

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 6, n. 6, 1º/2º sem. 2007



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADORA GERAL DO ESTADO
Gladys Jouffroy Bitran

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

MEMBROS
Rodrigo Marques de Abreu Júdice
Rafael Induzzi Drews
Horácio Augusto Mendes de Sousa

EQUIPE TÉCNICA:
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Isabela Bessa
Vera Caser

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Hesio Pessali
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Ivana Helena
Editoração: Bios
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2007. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria Geral do Estado
do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 1.500 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca

Av. Governador Bley, 236, 7º and. – Centro
29.010-150 Vitória – ES
Fone: (27) 3380-3032
Home page: www.pge.es.gov.br
E-mail: revista@pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria Geral do Estado.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Paulo César Hartung Gomes

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Gladys Jouffroy Bitran

PROCURADORA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	11
Editorial	15

1 DOCTRINA

1.1 Da impossibilidade da nomeação dos precatórios advindos da trimestralidade	23
<i>Gustavo Luís Teixeira das Chagas</i> <i>Leonardo de Medeiros Garcia</i>	
1.2 Impossibilidade de exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pelo empregador quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista	43
<i>Gustavo de Resende Raposo</i>	
1.3 Natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado e aplicabilidade dos atributos especiais do regime jurídico dos bens públicos ao seu patrimônio	77
<i>Robespierre Foureaux Alves</i>	
1.4 A regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros no Estado do Espírito Santo: desafios e proposições	123
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.5 Aspectos polêmicos da cláusula de reajuste nos contratos administrativos	177
<i>Flávio Amaral Garcia</i>	
1.6 Aspectos polêmicos da incidência do Imposto Sobre Serviços no BDI	201
<i>Elman Fontes Nascimento</i>	
1.7 Controvérsias sobre a natureza jurídica das contribuições	225
<i>Henrique Rocha Fraga</i>	
1.8 O Direito-Narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos	245
<i>Vanice Lírio do Valle</i>	

2 PARECERES

2.1 Poder de polícia ambiental. Prescrição da ação punitiva. Aplicabilidade da lei federal n.º 9.873/99 no âmbito da Administração Pública Estadual	269
<i>Rodrigo Francisco de Paula</i>	

- 2.2 Estabelecimento de parâmetros definitivos acerca do veículo normativo necessário para a fixação da remuneração devida aos instrutores e coordenadores dos cursos de capacitação destinados aos servidores da Administração Pública Estadual.... 301
Bruno Colodetti
- 2.3 Contribuição previdenciária – impossibilidade de incidência sobre parcelas remuneratórias de cargo em comissão e terço constitucional de férias recebidas por servidor ocupante de cargo efetivo – estudo de caso concreto 319
Flávio de Araújo Willeman

3 TRABALHO FORENSE

- 3.1 Informações prestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3818 351

4 JURISPRUDÊNCIA

- 4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 373
- 4.1.1 Acórdão na íntegra 373
- 4.1.1.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO – JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO – NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM – RECURSO IMPROVIDO. 373
- 4.1.2 Súmulas Vinculantes 386
- 4.1.2.1 SÚMULA 1 - Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001 386
- 4.1.2.2 SÚMULA 2 - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias 386
- 4.1.2.3 SÚMULA 3 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada

apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.	387
4.2 Superior Tribunal de Justiça	388
4.2.1 Acórdão na íntegra	388
4.2.1.1 ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DO FATO GERADOR. ART. 173, I, DO CTN. NOTIFICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO NO MESMO EXERCÍCIO DO FATO GERADOR. ANTECIPAÇÃO DO MARCO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN	388
4.3 Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo	398
4.3.1 Ementários	398
4.3.2 Decisão monocrática	407

ANEXO

Normas para Publicação	413
------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Sinto-me profundamente honrada com a tarefa de apresentar o 6º volume da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Após minha aposentadoria, ocorrida em 1997, voltar à PGE em 2003 e participar do início do Governo da restauração moral, ética, financeira e fiscal do meu Estado foi um presente que orgulhou e comoveu meu coração. Retornar em 2007 e encontrar concluídas as principais tarefas iniciadas, e muitas outras por avançar em direção ao equilíbrio e à eficiência, concedeu-me a bênção da energia renovada, do vigor restaurado e do impulso veemente de trabalhar com afinco para liderar e valorizar a carreira e o órgão que orientam os gestores públicos a construir o desenvolvimento do Espírito Santo sem desvios éticos ou legais.

A Revista da PGE foi um ideal longamente sonhado pelos procuradores sem que nos fossem assegurados os meios indispensáveis à realização deste projeto. Os primeiros volumes vieram a público pelo louvável esforço individual de alguns procuradores, destacando-se o então Procurador do Estado Dr. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do ES, e em seguida o Procurador Rodrigo Marques de Abreu Júdice, um dos mais brilhantes e dedicados procuradores que integram a PGE. Seu empenho pessoal assegurou, em tempos inóspitos, a divulgação dos qualificados trabalhos dos procuradores e de outros juristas e vem garantindo, hoje com total apoio do Governo, continuidade e elevada qualidade técnica e estética da publicação. O endosso dos demais procuradores que, com competência e brilho, vêm disponibilizando suas reflexões jurídicas por meio de artigos e pareceres, tem sido, também, decisivo para tanto sucesso, o que marca a contribuição efetiva da PGE no aperfeiçoamento dos institutos e das instituições jurídicas, cumprindo assim o dever atribuído a todo advogado.

Os que exercem alguma das profissões jurídicas têm, mais do que qualquer pessoa, absoluta necessidade de conhecer o Estado, sua organização, seu funcionamento e suas instituições políticas e jurídicas, pois só assim desenvolverão consciência do papel que representam e da capacidade que têm de intervir na realidade social e política com inteligência e vontade. Este papel a advocacia pública do Estado do Espírito Santo desempenha com maestria, inclusive a compartilhar os conceitos aqui construídos com a comunidade jurídica e com a sociedade por meio da publicação da Revista.

Penso que o grande prazer relacionado ao Direito é estudá-lo e compartilhar o seu conhecimento. Ao refletir sobre conceitos, o jurista e filósofo Gustav Radbruch, integrante do movimento germânico conhecido como Filosofia dos Valores, se orienta no sentido de vincular a idéia de Direito à de Justiça, pela afirmação de que, como conceito cultural, o Direito só tem sentido quando se lastreia nos valores éticos. Esses valores, por sua vez, só podem estar representados na idéia de Justiça, cuja essência pode ser encontrada na compreensão da distributividade e da igualdade que resulta no tratamento igual das coisas iguais e no desigual das coisas desiguais, conceito este, mais tarde, adotado por Rui Barbosa.

O vetor assim estabelecido fornece o conteúdo do Direito, mas não conduz objetivamente aos caminhos de sua efetivação. A perplexidade estaria, afirma Radbruch, na identificação da espécie de tratamento a ser adotado para alcançar essa superior finalidade que precisa ser rastreada por meio da reflexão, da pesquisa e do estudo desse magnífico campo científico que sofre interferência de quase todas as demais ciências sociais e que necessita, para melhor aplicação, socorrer-se de conceitos sociais, econômicos, antropológicos, filosóficos, psicológicos e tantos mais.

É do norueguês Henrik Ibsen, contumaz em questionamentos e na exploração das dúvidas, a pergunta: “Alguma vez conduziste até o fim um pensamento sem teres trope-

çado numa contradição?” Ele mesmo constrói a resposta quando afirma que a reflexão, o estudo e a pesquisa avançam, exatamente, na busca do esclarecimento das dúvidas e na harmonização dos conceitos para afastar as contradições, sendo estas, portanto, pedras angulares na construção de um Direito justo para uma sociedade melhor.

A sociedade contemporânea, compelida por questões de natureza econômica e conflitos sociais, está torneada por dúvidas e contradições. Voltada para os aspectos práticos da vida, abstrai as reflexões sobre o que lhe é essencial. A própria elite intelectual, aquela que dispõe de meios e recursos para graduar-se em nível superior, tem priorizado a formação em áreas de imediata aplicação e rápida profissionalização, gerando uma massa de profissionais que não se aprofundam nem questionam as bases científicas que sustentam o arcabouço da prática que pretendem exercer.

Filosofar tornou-se o sinônimo pejorativo da meditação vazia, sem aplicação do raciocínio indutivo sobre assuntos essenciais. O excesso de atualização e o apego exclusivo aos códigos induzem a uma distância abissal entre a teoria e a prática; perde-se, e muito, por desconhecer a gênese, a razão de ser e os fundamentos do Direito; a própria compreensão, para melhor aplicação do Direito Positivo, fica comprometida e rasa. A axiologia e a teleologia da norma se perdem em interpretações sem sentido e meramente justificadoras da posição esposada pelo seu relator, seja ele jurista, advogado ou magistrado ou qualquer profissional do Direito.

O Direito, sem a dimensão teleológica e sem lastro na compreensão de Justiça, como o querem os juristas, ou sem a objetividade e exatidão indicada pelos cientistas do normativismo, perde a própria finalidade, deixa de existir, resta morto, e com ele quedam-se a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Ubi societas, ibi jus. O legado de Aristóteles deixou à humanidade a sociabilidade do Direito como ponto assente. As soluções das questões sociais poderiam resultar sim-

plesmente do emprego da força, fácil e eficaz para a garantia da autoridade dos déspotas; o Direito, contudo, como ordem justa, propicia soluções jurídicas, com proporção e medida, harmonia e ética. Não resulta, assim, do simples gregarismo; é uma construção da sociedade, mas cultural e de natureza epistemológica, fundada no conhecimento da sociedade por ela própria e pelos seus líderes.

No pensamento de Aristóteles o resgate da sociedade está na responsabilidade com que o líder exerce o poder, e é de acordo com a ponderação com que o exerce que será julgado pelo mesmo grupo social submetido ao poder, aproximando, assim, as suas afirmações do vaticínio bíblico pelo qual cada indivíduo será julgado de acordo com as graças que receber e com a própria ciência.

As reflexões sócio-jurídicas agrupadas neste novo volume da Revista da PGE, que vem emoldurado pela encantadora obra de arte de Ivana Helena, representativa das tradicionais e combativas paineleiras do ES, conduzem o leitor exatamente para a direção do exercício do poder estatal concretizado na submissão à lei adequadamente formulada e a padrões éticos socialmente aceitáveis. Refletir o Direito com profundidade e indicar a melhor forma de sua aplicação revela, nesta Revista, o empenho dos talentosos Procuradores do Estado do Espírito Santo e dos demais autores que aqui divulgam seus estudos, na condução de uma atuação integrada pelo elemento ético e pelo proceder mais eficiente segundo a finalidade precípua de sua ação, mostrando que a mera obediência à lei não é suficiente para cristalizar a justiça.

Que todos sejam brindados com esta magnífica obra.

Gladys Jouffroy Bitran

PROCURADORA GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Cumprindo sua função institucional, o Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) edita o Volume 6 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES). A publicação dá seqüência ao compromisso do Governo do Estado de divulgar semestralmente o trabalho jurídico desenvolvido pelos Procuradores do Estado.

A edição sistemática da Revista representa a valorização do *organismo jurídico* que vem, ao longo dos anos, trazendo inúmeros benefícios ao povo capixaba, seja defendendo judicialmente o Erário, seja viabilizando a implementação de políticas públicas.

Na maioria das vezes, o trabalho da Procuradoria Geral do Estado é desenvolvido sem que a maior parte da população tenha conhecimento dos procedimentos adotados. Os Procuradores do Estado realizam seu labor despidos de alardes, visando unicamente a preservar os interesses públicos. Aliás, assim deveria ser a atuação das instituições jurídicas, mormente quando suas atividades envolvem interesses e direitos constitucionalmente assegurados a terceiros.

Nesse pormenor, tenho a máxima honra de pertencer a uma instituição que, apesar de deter competência constitucional de analisar os atos estatais (controle interno), inclusive antes dos demais órgãos fiscalizadores, não faz desta atuação rebuliço ou autopromoção.

Não custa mencionar o sempre proclamado artigo 132 da Constituição Federal para demonstrar que o “desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República (...) operou uma **inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional** aos membros integrantes da Advocacia

Pública do Estado.” (ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-93, DJ de 25-4-97)

Esta exclusiva atividade funcional garantida pela Constituição Federal não deve, sob pena de se transformar num simulacro sedicioso, ser exercida apenas formalmente. Não basta ao Procurador do Estado dizer sim ou não (pode ou não pode) às demandas judiciais ou administrativas que lhe são postas. Sua atividade detém o *poder-dever* de alcançar soluções para a implementação de ações (atividades) públicas que possam ser efetivadas do modo mais rápido e menos oneroso possível. Este raciocínio decorre da moderna visão de Estado e Direito na qual o paternalismo, a burocracia e a litigiosidade exacerbada não são mais admitidos pela sociedade que, ao revés, clama pela efetividade de seus direitos sociais.

Não tenho dúvidas. A Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo evolui *pari passu* às necessidades da sociedade capixaba, mediante a eficiente visão de gestão pública adotada pelo Governador Paulo Hartung de valorizar os órgãos e entidades diretamente relacionados à proteção da cidadania.

Basta manusear o volume 6 da Revista para comprovar isso. O leitor se defrontará com temas relevantes que, longe de pertencerem a um Governo específico e transitório, dizem respeito ao Estado, ou seja, ao cidadão, que ao final e a cabo é o destinatário do entendimento jurídico adotado pela Procuradoria Geral do Estado.

Imbuída desse espírito, a Comissão Editorial selecionou um leque de artigos jurídicos diretamente relacionados à prática da advocacia pública, mas também abrindo espaço para temas de outras áreas do Direito.

Assim, passo a descrevê-los resumidamente.

Primeiro destaco o artigo da professora Vanice Lírio do Valle, Doutora em Direito e Procuradora do Município do Rio de Janeiro, que abordou o tema *O direito-narciso: nova*

ameaça à jusfundamentalidade dos direitos. A autora aborda a necessidade premente de se implementar uma nova concepção de Direito que consulte permanentemente seus destinatários.

O artigo do Procurador do Estado e Mestre em Direito Tributário Henrique Rocha Fraga, a respeito das *Controvérsias sobre a natureza jurídica das contribuições*, merece elogios pela ousadia, pois aborda matéria pujante no seio do Direito Tributário Brasileiro.

O Procurador do Estado e Mestre em Direito Empresarial Horácio Augusto Mendes de Sousa disponibilizou substanciado artigo concernente à *Regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no Estado do Espírito Santo*.

O tema *Natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado e aplicabilidade dos atributos especiais do regime jurídico dos bens públicos ao seu patrimônio* foi escolhido pelo competente Procurador do Estado Robespierre Foureaux Alves.

A questão relativa à impossibilidade da nomeação à penhora de precatórios oriundos da não-aplicação da Lei Estadual 3.935/87 (Lei da Trimestralidade) foi enfrentada pelos Procuradores do Estado Gustavo Luís Teixeira das Chagas e Leonardo de Medeiros Garcia. Esse tema já vem há algum tempo sendo debatido administrativa e judicialmente, com a participação pró-ativa dos eminentes colegas citados, redundando, inclusive, em vitórias junto ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Já o Procurador do Estado Gustavo de Resende Raposo escreveu brilhante artigo atinente à *impossibilidade de exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pelo empregador quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista*. Matéria árida, carente de discussões dogmáticas, o que valoriza ainda mais a produção do autor.

A Revista contém ainda pareceres internos da PGE/ES. O primeiro, relativo à *Prescrição da ação punitiva no direito ambiental*, e o outro, a respeito da *Fixação da remuneração devida aos instrutores e coordenadores dos cursos de capacitação*, elaborados, respectivamente, pelos Procuradores do Estado Rodrigo Francisco de Paula e Bruno Colodetti.

A presente edição traz também um trabalho forense que se sobressai pela tecnicidade. Refiro-me às informações prestadas pela então Procuradora Geral do Estado Cristiane Mendonça, junto ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3818.

Congratulo ainda o advogado e Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União Elman Fontes Nascimento e os Procuradores do Estado do Rio de Janeiro Flávio Amaral Garcia e Flávio de Araújo Willeman pelos trabalhos que disponibilizaram.

Reporto-me agora à capa da Revista que, mantendo a tradição, destaca um trabalho artístico. Trata-se da obra “A Panela”, da artista plástica Ivana Helena, gratuitamente cedida, que retrata um dos mais conhecidos símbolos capixabas, a panela de barro. A pintura reproduz fotografia publicada no livro *Folclore no Espírito Santo*, de Hermógenes Fonseca.

Como editor, agradeço a todos que colaboraram para a concretização do presente volume. À Subprocuradora Geral para Assuntos Administrativos, Ana Maria Carvalho Lauff, e, em especial, aos membros da Comissão Editorial, os Procuradores do Estado Rafael Induzzi Drews e Horácio Augusto Mendes de Sousa; à Chefe do Núcleo de Informações Jurídicas, Cláudia de Oliveira Barros Feitosa, e à equipe do CEI e da Biblioteca da PGE-ES; à assessora de Comunicação da Procuradoria, Vera Caser, e à jornalista da assessoria, Isabela Bessa; ao revisor Hesio Pessali; à Superintendência Estadual de Comunicação (Secom), represen-

tada pela Senhora Márcia Leal; à equipe da agência Contemporânea; à Bios Editoração Eletrônica e à gráfica GSA, pelo profissionalismo demonstrado.

Por último, rendo minhas homenagens à Doutora Gladys Jouffroy Bitran, que com bravura e dedicação – características demonstradas ao longo de sua história profissional – assume novamente o cargo de Procuradora Geral do Estado, comprometida com os interesses institucionais da categoria.

Finalizando, desejo aos leitores um agradável e enriquecedor estudo.

Até a próxima edição.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS



1

DOCTRINA

1.1

DA IMPOSSIBILIDADE DA NOMEAÇÃO DOS PRECATÓRIOS ADVINDOS DA TRIMESTRALIDADE

GUSTAVO LUÍS TEIXEIRA DAS CHAGAS
LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA*

SUMÁRIO: 1 Intróito necessário. 2 Da impossibilidade da nomeação dos precatórios advindos da trimestralidade. 3 Outras questões que impedem o precatório de garantir o juízo na execução fiscal. 4 A errônea aceitação dos precatórios pela Vara Privativa das Execuções Fiscais de Vitória. 5 Conclusão.

1 Intróito necessário

Através do presente trabalho tentaremos alertar os estudiosos do direito, sobretudo os mais afetos à cobrança judicial dos créditos públicos, sobre o procedimento que vem sendo adotado por algumas empresas executadas. É percuçiente afirmar que as ilegalidades perpetradas neste procedimento, que serão objeto de estudo, já vêm há algum tempo sendo debatidas no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, com vitórias junto ao Egrégio Tribunal do Estado do Espírito Santo.

Tão mais segura será a presente análise quando se esclarecer, de primeva, que não se trata de simples possibilidade ou impossibilidade de utilização dos títulos judiciais, denominados precatórios, para fins de garantia do juízo nas Execuções Fiscais, bem como quanto à possibilidade ou não de compensação dos montantes dentro dos executivos fiscais.

Em que pese ser estéril esta discussão para corroborar a impossibilidade da nomeação dos precatórios advindos da

* Procuradores do Estado do Espírito Santo, PGE/Subprocuradoria Fiscal (SPFI). Advogados. Professores Universitários. Autores de livros jurídicos. Ex-Procuradores Federais.

trimestralidade, teceremos ao final outros argumentos no que tange à impossibilidade de nomeação destes títulos.

Não obstante, o cerne principal do presente texto será a impossibilidade da nomeação à penhora dos supostos direitos de crédito decorrentes de precatório que contempla pretensão crédito decorrente da aplicação da Lei Estadual 3.935/87¹.

Para o desenvolvimento do texto não foram utilizadas bibliografias relativas ao assunto. Por isso, preocupamo-nos menos em recheiar a análise de citações doutrinárias eruditas, que viriam apenas a cansar o leitor, ou dificultar-lhe a compreensão, e mais em despertar o seu interesse, dando-lhe uma visão atualizada da matéria.

Impende ainda agradecer por imprescindível a riqueza do ferramental do qual nos utilizamos à confecção do presente texto, de autoria dos Procuradores Cláudio Penedo Madureira, Rafael Induzzi Drews e Adnílton José Caetano.

2 Da impossibilidade da nomeação dos precatórios advindos da trimestralidade

Vem se tornando corriqueiro nos executivos fiscais, algumas empresas, geralmente patrocinadas pelos mesmos patronos, quando citadas para cumprir com o pagamento da dívida tributária excutida, procederem à nomeação de bens à penhora consubstanciada na oferta de supostos créditos decorrentes de precatórios que supõem possuírem em face de uma cessão de direitos creditórios que lhes foram feitos, colacionando uma escritura do cartório de registro civil.

O ponto primordial da querela trazida à baila e que merece especial atenção do leitor não reside no fato de ser

¹ Lei que instituiu a trimestralidade, na qual os plenários do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Espírito Santo já se manifestaram acerca da questão da inconstitucionalidade da trimestralidade dos reajustes dos vencimentos dos servidores públicos estaduais.

ou não possível a nomeação de crédito decorrente de precatório, mas no fato de no Estado do Espírito Santo existirem inúmeros precatórios cuja certeza e exigibilidade encontram-se suspensas, ou melhor, encontram-se *sub judice*, por conta de questão de ordem levantada acerca da inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.935/87, a qual embasou a decisão que deu origem aos processos que redundaram na expedição dos referidos títulos representativos das dívidas judiciais, dentre os quais o representativo do crédito em discussão.

A suscitada Lei Estadual 3.935/87, declarada inconstitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal, vinculava a correção dos vencimentos dos servidores públicos do Estado do Espírito Santo à variação trimestral do IPC.

Por se tratar de indexador fixado pela União, bem como prever o dispositivo sua vinculação automática na correção dos vencimentos dos servidores estaduais, revestiu-se a norma em comento em manifesta inconstitucionalidade, por afrontar o princípio da autonomia dos entes federativos em legislar em matéria de seu interesse.

Tal vício foi detectado e reconhecido por decisão do E. STF, sendo que, após o esgotamento das vias recursais naquela instância constitucional, foi suscitada questão de ordem no âmbito desta C. Corte Estadual de Justiça, levantando a inexigibilidade dos precatórios expedidos com base na inconstitucional norma estadual suso mencionada.

Por ocasião do julgamento da questão de ordem alavancada, foram suspensos os pagamentos dos 29 precatórios que contemplavam créditos decorrentes da aplicação da Lei Estadual 3.935/87, sendo certo que estes precatórios estão com seus pagamentos suspensos por decisão deste E. Tribunal.

Por conta de tais fatos, encontram-se tais créditos desprovidos de dois dos principais e indispensáveis requisitos que os autorizariam a ser dados em garantia à execução em curso, quais sejam a certeza e a exigibilidade.

Ademais, as cessões destes precatórios possibilitam que, através de outros instrumentos de cessão, o mesmo precatório seja usado, mediante traslado, como garantia em inúmeros outros processos nos quais os executados são devedores, bem como o cedente poderia vender o título a diversas outras empresas, sem que se possa aferir, senão após o encontro de contas na liquidação do precatório, quanto do crédito representado pelo título foi cedido a terceiros, e nesta fase os prejuízos causados ao Estado seriam irreparáveis.

Para quantas outras pessoas estes precatórios não foram repassados, pois não há nenhuma segurança jurídica, de tal forma que hoje no Estado existe uma mercancia destes títulos, cujo escopo é atravancar a atuação das execuções fiscais com prejuízos para a coletividade.

É pacífico no E. Supremo Tribunal Federal o entendimento sobre a inconstitucionalidade de leis que vinculam o reajuste de servidores públicos estaduais à variação de índices federais. A matéria está, inclusive, sumulada, consoante se observa do verbete de n.º 681 do STF:

“Súmula 681

É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.” (*Destacamos*)

O motivo é exatamente a violação da autonomia do Estado-membro e do princípio federativo. E isso porque a referida vinculação acaba por proporcionar verdadeiro reajuste automático (sempre que haja variação do índice estabelecido pela União), independentemente de decisão ou de

lei específica do Estado-membro, em total afronta à sua capacidade de auto-administração.

Com base nesse mesmo entendimento, o art. 6º e seu parágrafo único da Lei n.º 3.935/87 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários 166581/ES e 204882/ES, cujas decisões estão assim ementadas:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE TRIMESTRAL DE VENCIMENTOS/PROVENTOS NA FORMA DISCIPLINADA PELA LEI ESTADUAL N.º 3.935/87, PELA VARIAÇÃO DO IPC DO TRIMESTRE. VINCULAÇÃO A INDEXADOR DECRETADO PELA UNIÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1 A lei estadual, que determina que o reajuste da remuneração dos servidores fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia estadual em matéria que diz respeito a seu peculiar interesse. 2 Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido, para denegar a segurança requerida.” (RE n.º 166581/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 30.08.1996). (*Destacamos*)

“SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS COM BASE EM LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE VINCULAÇÃO AUTOMÁTICA A ÍNDICE FIXADO PELO GOVERNO FEDERAL. VINCULAÇÃO VEDADA. A vinculação, na lei estadual, da remuneração de servidores estaduais a índice de reajustamento ditado pelo Governo Federal vicia a autonomia dos Estados-membros, bem como a regra que veda a vinculação e reajustamento automático de remuneração no âmbito do Poder Público. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE n.º 204882/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 27.02.98) (*Destacamos*)

Em suma: os dispositivos impugnados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 porque

afrontam nitidamente a autonomia do Estado-membro e o princípio federativo (artigos 1º, 18 e 25 a 28 da CRFB/88).

Pois bem, conforme já explanado alhures, é imperioso de proêmio avaliarmos estas questões, que, em nosso sentir, estão umbilicalmente ligadas à eficácia da nomeação destes títulos e que afastam qualquer possibilidade de o crédito ser dado como garantia em qualquer feito executivo fiscal.

Assim, com supedâneo nestas considerações, podemos afirmar, sem medo de errar, que a nomeação destes títulos é absolutamente ineficaz, uma vez que o crédito nomeado não atende aos requisitos de certeza e exigibilidade necessários para que estes possam servir como garantia das execuções em curso enquanto pendente a questão de ordem acima apontada. Enfim, os supostos créditos que vêm sendo ofertados são incertos, pois a pendência judicial sobre sua validade e existência os reveste desta incerteza.

Neste diapasão, os créditos representativos dos precatórios da trimestralidade são inexigíveis, visto que estão sujeitos à condição para sua validade como direito creditório contra o Estado do Espírito Santo, consubstanciada no superamento da questão de ordem que dá conta da inconstitucionalidade da lei que lhe deu origem e que foi declarada pelo E. STF.

Assim, em que pese o precatório representar um crédito contra o Estado, para que este crédito possa servir de garantia, ainda que contra o próprio Estado em face do qual é expedido, é indispensável que este direito creditório seja líquido, certo e exigível, sob pena de ineficácia.

Julgar como eficaz a nomeação do crédito representativo do precatório em comento, que se encontra *sub judice*, representa aceitar penhora de direito sob condição, subordinado a evento futuro e incerto, em manifesto prejuízo do credor e benefício desmedido ao devedor serôdio, que dá à penhora algo não existente no mundo jurídico.

3 Outras questões que impedem o precatório de garantir o juízo na execução fiscal

Não obstante as questões declinadas no item precedente, outras, da mesma importância, impedem a eficácia da nomeação de créditos decorrentes de precatórios judiciais cedidos a outrem.

O *primeiro ponto* a ser mencionado diz respeito à cessão destes mesmos créditos em inúmeras execuções, em diversos processos onde o fisco capixaba figura como exequente. Ora, não há como se certificar em quantas outras execuções fiscais esses supostos precatórios já não foram oferecidos, pois essas cessões não são notificadas ao Estado do Espírito Santo, tampouco averbada a transferência do crédito no precatório requisitório. Ora, a empresa executada, ou o próprio cedente do título, poderiam até mesmo ter cedido seus supostos créditos a terceiros, sem que o Estado pudesse aferir, senão após o encontro de contas na liquidação do precatório, e nesta fase os prejuízos causados ao Estado seriam nefastos.

Essas cessões sequer são notificadas ao Estado, tampouco averbada a transferência do crédito no precatório requisitório respectivo, a fim de serem tomadas as devidas providências quanto ao encontro destes valores e a subsistência de saldo a ser cedido ou a garantir eventual execução, ou seja, não há nenhuma garantia de quantas pessoas estão se valendo destes supostos créditos, e em quantas execuções eles estão sendo oferecidos, não obstante estes precatórios serem inexigíveis conforme explanado alhures no ponto II.

Na prática, o cessionário do precatório objeto destas nomeações sequer promove a devida notificação do Estado, por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos em que foi registrada, para fins de confirmação da existência do precatório e controle do saldo remanescente, justamente por não existir nenhum saldo a ser liquidado, uma vez

que se trata de supostos créditos advindos da trimestralidade, debatida à exaustão no ponto II.

Atentemos que em grande parte dos casos as empresas executadas apenas colacionam aos autos mera fotocópia do traslado de escritura pública de cessão de direitos, celebrada sem os requisitos legais, inclusive no que tange à ciência ao devedor quanto à transferência, possibilitando a indicação deste mesmo crédito em inúmeros outros processos, sem que haja, senão quando do pagamento destes precatórios, a confrontação e mensuração do montante cedido com o montante devido pelo Estado.

Em segundo, a cessão destes créditos, que transfere a titularidade dos créditos em discussão, é nula de pleno direito e não tem qualquer efeito em face do Poder Público, diante do cristalino descumprimento do disposto no art. 290 do CCB, que obriga as partes, que entabularam a transferência creditória, a notificar o devedor, sob pena de não ter qualquer eficácia contra o mesmo, assim dispondo:

Art. 290 - A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular se declarou ciente da cessão feita.

Assim, diante da regra legal suso mencionada, a cessão da forma como vem sendo aventada é ineficaz, por não terem as partes contratantes cumprido com os requisitos exigido pelo art. 290 do CCB/02, não podendo tal crédito ser dado como garantia nos executivos fiscais.

Por terceiro, quadra registrar que os precatórios não se prestam a garantir o juízo, tendo em vista não possuírem cotação em bolsa, como exige o art. 11 da Lei 6.830/80, bem como por possuírem vencimento incerto, não podendo, também por esta razão, servir de garantia nos executivos fiscais.

É de salientar-se que a satisfação deste mencionado direito não é automática, mas submetida a limitações, inclusive constitucionais, como se depreende do art. 100, da CF, e dos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil.

Neste sentido, oportuno trazeremos o entendimento firmado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, sendo de se destacar o teor dos seguintes arestos, *verbis*:

“Preliminar: Fundamentação sucinta não significa falta de fundamentação. Rejeita-se a preliminar argüida nesse sentido. Mérito: Indevida a compensação de crédito cobrado via execução fiscal, válida é recusa de penhora sobre precatórios para garantir a dívida, se não satisfazem estes a gradação prevista na Lei n.º 6.830, posto não possuir cotação em bolsa nem prazo de vencimento fixado. Agravo desprovido. (TJES – AI 030019001442 – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho – J. 22.10.2002)”

“É justificável a recusa em processo de execução, de nomeação à penhora de crédito decorrente de precatório por carecer ele (precatório) de liquidez; ademais, o precatório não pode ser imediatamente convertido em dinheiro, nem possui ele (precatório) cotação no mercado de títulos. Precedentes do TJ. 2 Recurso Desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 007.059.000.211, Relator Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Relator Substituto Desembargador Fernando Estevão Bravin Ruy, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 23.3.2006).”

“O precatório não possui cotação em bolsa, não tendo, portanto, qualquer valor no mercado de títulos, além de ser de difícil conversão em dinheiro; 2 Inadmissível compelir ao exeqüente a aceitar, como garantia da dívida, o mencionado título, uma vez que a execução deve ser feita para atender os interesses do credor e não do devedor; 3 Ademais, o art. 15, inciso II, da Lei de Execu-

ções Fiscais, autoriza a Fazenda Pública substituir os bens penhorados por outros, independentemente da ordem de gradação prevista no art. 11 da referida legislação; 4. Recurso conhecido, mas não provido. (Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n.º 024.069.003.119, Relator Desembargador Arnaldo Santos Souza, Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 24.8.2006).”

Por quarto, os supostos créditos decorrentes de precatórios nomeados são adquiridos de terceiros, não se enquadrando como título da dívida pública, mas apenas e tão-somente como direitos sobre eventuais créditos do precatório sinalizado, o qual se afigura como último bem na ordem de preferência estabelecida pelo art. 11 da LEF e, portanto, as nomeações apresentadas não obedecem à ordem legal de preferência para nomeação, não podendo ser aceita, ainda mais quando dispõem os executados de bens em melhores condições de solvabilidade para garantirem os créditos excutados. Neste sentido:

Não se nega aqui a possibilidade de nomeação à penhora de direito de crédito decorrente de precatório judicial, mas apenas que, como se trata de direito de crédito, e não de título de crédito como sustentado pela Agravante, tal bem reside em último lugar na ordem de preferência tanto do art. 655 do CPC, como do art. 11, da Lei n.º 6.830/80, o que justifica a recusa do exequente na busca de bens situados em pregressa gradação e de mais fácil solução, sem que de tanto se possa falar em preclusão do direito de recusa, uma vez não se haver comprovado que mesmo após sua intimação quanto à penhora efetuada permanecera o Agravado silente. (...) (TJES – AgRg-AI 024029003191 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Rômulo Taddei – J. 04.06.2002) JCPC.655 JCPC.620

1 Fundamentada suficientemente a decisão agravada, rejeita-se a preliminar argüida nesse sentido. Mé-

rito: Vedada a compensação tributária em execução fiscal e não sendo o precatório adquirido de terceiro título capaz de garantir em penhora à execução fiscal, nega-se provimento ao agravo. (TJES – AI 030019001434 – 3ª C. Cív. – Rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho – J. 11.09.2002)

Por quinto, em aceitando o crédito representado por precatórios, estaríamos aceitando compensação de forma contrária à Lei, uma vez que o artigo 170 do CTN somente autoriza a compensação de crédito tributário por meio de autorização legislativa, e, para o caso em tela, não há previsão legal disciplinando a compensação pretendida.

Assim dispõe do dispositivo legal em comento:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

No mesmo sentido, não permite o art. 16, § 3º da Lei 6830/80, a possibilidade de efetivação da compensação no processo de execução fiscal:

§ 3º. Não será admitida renovação, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

Vale considerar mais detidamente a matéria de que trata o § 3º do artigo 16. Das causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação de pagar, exigível através do processo de execução fiscal, e respeitadas as leis especiais que dispõem em outro sentido, exclui-se a compensação, assim como a reconvenção.

Observa-se que, no campo tributário, a compensação é admissível quando a lei, taxativamente prevê aquela forma de extinção do crédito, como admite o artigo 170 do Código Tributário Nacional.

Mas, ainda que, em casos expressamente previstos em lei, a compensação pudesse vir a ser argüida como matéria de defesa, o devedor somente poderia fazê-lo depois de ter tornado líquido e certo o seu crédito, como impõe o citado artigo 170 do Código Tributário Nacional. Isso, sem dúvida, em processo outro que não o da própria execução proposta pela Fazenda Pública, salvo se lei especial permitisse a compensação.

Deveras, uma vez que a norma tributária tem caráter público submetido ao princípio da estrita legalidade tributária, a compensação tributária com os títulos judiciais expedidos sob a denominação de “precatório” torna-se impossível, salvo se houver plena concordância e autorização da Fazenda Pública mediante a edição de lei específica sobre o tema (art. 37 *caput* da Constituição Federal c/c artigo 170 do Código Tributário Nacional).

Neste sentido, *verbis*:

Preliminar: Fundamentação sucinta não significa falta de fundamentação. Rejeita-se a preliminar argüida nesse sentido. Mérito: Indevida a compensação de crédito cobrado via execução fiscal, válida é recusa de penhora sobre precatórios para garantir a dívida, se não satisfazem estes a gradação prevista na Lei n.º 6.830, posto não possuir cotação em bolsa nem prazo de vencimento fixado. Agravo desprovido. (TJES – AI 030019001442 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Nivaldo Xavier Valinho – J. 22.10.2002)

Esta pretensão é, por vias oblíquas, efetuar compensação entre duas obrigações heterogêneas, sem se perder de vista que, se admitida, poderia fulminar o princípio constitucional da ordem cronológica dos precatórios.

A compensação de créditos na seara tributária consiste em poder discricionário da Administração, sendo vedado ao magistrado deferi-la sem expressa vênia legal (cf. § 3º do artigo 16 da LEF).

Com efeito, inviável o oferecimento à penhora de precatórios adquiridos de terceiros, haja vista que representa, por via transversa, uma compensação de créditos, vedada em execução fiscal (art. 16, § 3º da LEF), não obstante o fato de esta oferta depender da anuência da Fazenda Pública por inteligência do art. 9º, IV da LEF.

Outrossim, uma vez que os títulos judiciais possuem natureza indenizatória, não caberia qualquer possibilidade de compensação *stricto sensu*, uma vez que a compensação exige homogeneidade entre os créditos. Crédito tributário, neste caso, somente poderia ser compensado com crédito tributário; crédito de natureza indenizatória poderia ser compensado com outros de natureza indenizatória.

Neste diapasão, descabe qualquer entendimento sobre a equivalência a dinheiro, uma vez que o precatório é título judicial que possui regras próprias de liquidação. O pagamento somente se dará de maneira anual, mediante prévia dotação orçamentária, sob pena de decretação de intervenção federal ou estadual. Contudo, enquadra-se como um “direito” do contribuinte, o qual se encontra em último lugar na lista de nomeação de bens à penhora prevista no artigo 11 da LEF.

Embora se tratando de crédito a que se opõe outro crédito, no caso em que se tratar de execução fiscal, onde há envolvimento de pessoa jurídica de direito público, as regras aplicáveis são as de direito público específicas para o caso, ou seja, as previstas na Lei 6.830/80, especialmente os artigos 9º e 11 e o artigo 170 do CTN.

No mesmo sentido, cabe explicitar o voto brilhante do Ministro Franciulli Neto, que de maneira singular explicita todo o trabalho até o presente momento apresentado:

- 1 Em execução fiscal, não é defesa a substituição de um bem penhorado por outro; daí, não há inferir que tal substituição possa ocorrer entre um bem que poderá ir à praça pública em condições de satisfazê-la com outro como aquele apresentado pela executada, i. e., crédito seu contra a Fazenda, uma vez que este não pode de pronto, tal qual se encontra, ser praxeado. Um crédito sujeito a precatório não atende ao fim teleológico da praça pública. A pretensão do devedor menos não fora que, por vias oblíquas, efetuar compensação entre duas obrigações heterogêneas, sem se perder de vista que, se aceita, poderia fulminar o princípio constitucional da ordem cronológica dos precatórios. A compensação de créditos na seara tributária consiste em poder discricionário da Administração, sendo vedado ao magistrado deferi-la sem expressa vênua legal (cf. § 3º do artigo 16 da LEF). Não há razão que justifique a condenação do ente político, vencedor na demanda, por litigância de má-fé. Recurso especial não conhecido. STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 157913 Processo: 199700876292 UF: RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 10/09/2002 Fonte DJ DATA: 31/03/2003 PÁGINA: 182 Relator(a) FRANCIULLI NETTO Decisão 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, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Por sexto, e último, a nomeação de precatório viola o disposto no art. 100 da CF, que obriga o pagamento dos precatórios de acordo com a ordem cronológica enviada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, de modo que, acei-

tando a satisfação do crédito fiscal pelo precatório, estar-se-ia burlando a regra que estabelece o pagamento dos referidos créditos na ordem cronológica de sua apresentação junto ao Tribunal para privilegiar aquele que ocupa posição mais distante na ordem de pagamento.

Com relação a este ponto, cumpre ressaltar que, uma vez admitida a nomeação de precatório à penhora, os efeitos desta decisão, que ocasiona a quebra da ordem cronológica de pagamento, redundarão na completa falência dos Estados, pois a própria norma constitucional prevê, nestes casos, o seqüestro dos valores diretamente nas contas do ente estatal para fazer frente a todos os precatórios posicionados em situação de preferência cronológica a aquele que ocasionou a quebra da ordem, prejudicando todo o funcionamento da máquina estatal e como consequência, toda a coletividade.

4 A errônea aceitação dos precatórios pela Vara Privativa das Execuções Fiscais de Vitória

Não obstante todos os argumentos expostos, principalmente o da suspensão dos referidos precatórios pelo STF, a i. juíza que responde pela Vara das Execuções Fiscais da Capital vem aceitando tais precatórios como garantia do juízo. Fundamentando seu posicionamento e valendo de argumentos metajurídicos, afirma que a nomeação deve ser levada a cabo tendo em vista que

“a carga tributária que assola o país é demasiadamente alta, de sorte que penhorar outros bens, que não aqueles oferecidos pelo devedor, afetaria o livre exercício de sua atividade econômica e, por consequência, a futura quitação da suposta dívida, já que a empresa teria que suportar mais um encargo, além da enorme carga tributária, transpondo-se em um fardo pesado demais para a mesma”.

Conforme claramente se verifica, data vênia, os argumentos expostos pela douta juíza não são hábeis para fundamentar sua decisão. Não há, sequer, indícios de juridicidade. Com todo o respeito que a douta juíza merece, sua decisão apenas procurou resguardar interesses de grandes empresas inadimplentes para com o Estado, deixando de lado o Interesse Público de reaver seus créditos, não obstante açoiar o dever do Estado em entregar a prestação jurisdicional de modo efetivo.

A douta juíza alega ainda que tal decisão está amparada no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Para tanto, cita decisão monocrática, portanto precária, da Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos. Nesse ponto, surge a seguinte pergunta: como se pode considerar que uma decisão monocrática seja “o entendimento” de determinado tribunal? Deveria, ao menos, citar outros julgados proferidos pelas câmaras do tribunal, a fim de constatarmos realmente a opinião dos demais desembargadores.

Em uma simples pesquisa jurisprudencial, percebe-se que, ao contrário do afirmado pela douta juíza, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo não tem aceitado a penhora sobre precatório judicial quando houver bens em melhor situação ou quando não houver razão que autorize relativizar a ordem de precedência. Ora, se o tribunal capixaba não vem aceitando simples precatórios, muito menos iria aceitar os da trimestralidade, uma vez que, conforme exposto, está com sua exigibilidade suspensa.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EFEITO SUSPENSIVO - INDEFERIDO - EXECUÇÃO - OFERTA DE PRECATÓRIOS - IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE LIQUÍDEZ - RECURSO DESPROVIDO. 1. É justificável a recusa em processo de execução, de nomeação à pe-

nhora de crédito decorrente de precatório por carecer ele (precatório) de liquidez; ademais, o precatório não pode ser imediatamente convertido em dinheiro, nem possui ele (precatório) cotação no mercado de títulos. Precedentes do TJ. 2 Recurso Desprovido. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 007.059.000.211, Relator Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Relator Substituto Desembargador Fernando Estevão Bravin Ruy, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 23.3.2006).”

“AGRAVO INOMINADO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1 O precatório não possui cotação em bolsa, não tendo, portanto, qualquer valor no mercado de títulos, além de ser de difícil conversão em dinheiro; 2 Inadmissível compelir ao exequente a aceitar, como garantia da dívida, o mencionado título, uma vez que a execução deve ser feita para atender os interesses do credor e não do devedor; 3 Ademais, o art. 15, inciso II, da Lei de Execuções Fiscais, autoriza a Fazenda Pública substituir os bens penhorados por outros, independentemente da ordem de gradação prevista no art. 11 da referida legislação; 4 Recurso conhecido, mas não provido. (Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n.º 024.069.003.119, Relator Desembargador Arnaldo Santos Souza, Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, DJ de 24.8.2006).”

Especificamente, no tocante à trimestralidade, destaca-se a decisão do i. Des. Arnaldo Santos Souza:

“(...) depreende-se dos autos que o fisco estadual afo-rou ação executiva a fim de haver crédito fiscal constante da certidão de dívida ativa n.º 5258/2001, em face

da recorrida, a qual, citada, nomeou à penhora os direitos sobre o crédito do precatório n.º 200100158530. Ato contínuo, a julgadora monocrática entendeu por bem aceitar a oferta da agravada, o que provocou o inconformismo da Fazenda Pública Estadual. Eis o âmagô da controvérsia.

Sustenta o recorrente que a decisão hostilizada não merece prosperar, eis que colide frontalmente com jurisprudência do colendo STJ e deste Egrégio Tribunal de Justiça. Revela que o título oferecido pela recorrida não traduz liquidez a fim de atender à medida executiva determinada pelo juízo a quo, na medida que o STF tem entendido ser inconstitucional a lei estadual 3.935/87, “[...] a qual embasou a decisão que deu origem aos processos que redundara na expedição dos referidos títulos representativos das dívidas judiciais, dentre os quais, o representativo do crédito em discussão.” (sic) (fl. 04) realmente, tenho entendido ser justa a resistência do Estado quando a executada oferece à penhora créditos de precatórios, ainda que provenientes da própria fazenda exeqüente. A uma porque, inobstante tratar-se de título da dívida pública, tais precatórios não possuem cotação em bolsa e, portanto, sem qualquer valor no mercado de títulos; e, a duas, pois não se pode compelir ao exeqüente a aceitar a garantia oferecida, vez que a execução deve ser feita para atender os interesses do credor e não da devedora. No caso vertente, além das duas premissas antes mencionadas, *há um outro elemento que culmina por robustecer tal juízo, qual seja, o fato de que os precatórios oferecidos pela executada, ora agravada, decorrem de direitos reivindicados com base em lei estadual que, ao que tudo indica, cinge-se de inconstitucionalidade.*” (grifos nossos) (Agravado de Instrumento N.º 24079003257, 1ª Câmara Cível, DJES 13/04/2007)

Não bastasse, a própria Des. Catharina Maria Novaes Barcellos, em brilhante voto no Agravo de Instrumento 024.06.901106-2, DJES 30/03/2007, verificando a real situação dos precatórios da trimestralidade, considerou ineficaz a nomeação de tais precatórios, condenando, inclusive, a empresa que ofereceu os supostos créditos em litigância de má-fé, pois a omissão da real situação dos precatórios levou a Desembargadora a erro, prolatando decisão liminar a favor da empresa.

Segue a ementa:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - OFERTA DE DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE PRECATÓRIO JUDICIAL - DECISÃO PLENÁRIA RELATIVIZANDO A COISA JULGADA - INEXIGIBILIDADE - NOMEAÇÃO À PENHORA INEFICAZ - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - MULTA - RECURSO DESPROVIDO.

- 1 Hipótese em que a devedora agravante ofereceu à penhora direito de crédito decorrente de precatório judicial, cuja obrigação foi declarada anteriormente inexigível pelo Egrégio Tribunal Pleno, fundada na inconstitucionalidade da Lei n.º 3.935/87, que instituiu a trimestralidade dos reajustes dos vencimentos dos servidores públicos estaduais.
- 2 Informação omitida maliciosamente pela devedora agravante, o que por certo mudaria completamente a sorte do julgamento do presente agravo, induzindo a Relatora a erro na concessão da tutela de urgência.
- 3 É manifestamente infundada a alegação segundo a qual, enquanto não transitado em julgado o v. acórdão que relativizou a coisa julgada, seria possível a nomeação à penhora feita pela devedora agravante, afinal a desconstituição do título executivo judicial tem por consequência lógica e irremediável a ine-

xistência dos direitos de créditos que lhe foram cedidos, e o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo (art. 497 do CPC).

- 4 Assim, vislumbra-se claramente a má-fé processual da agravante, que omitiu fato relevante, cujo conhecimento tornou manifestamente infundado e protelatório o recurso interposto, sendo tal conduta temerária e passível de sanção, na forma dos arts. 17, II e VII, e 18 do CPC.
- 5 Recurso desprovido, com a aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa atualizado, por litigância de má-fé.”

5 Conclusão

Face o exposto, acreditando que este texto foi realizado de modo a aclarar o assunto referente à penhora dos precatórios decorrentes da trimestralidade, não usando argumentos utópicos, espera-se que a douta juíza da Vara Privativa das Execuções Fiscais repense seu posicionamento, não aceitando precatórios como garantia de dívidas, principalmente os da trimestralidade. Assim, estará evitando uma sobrecarga desnecessária de recursos ao Tribunal, uma vez que pacificado está o tema.

1.2

IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR DO TOMADOR DE SERVIÇOS O PAGAMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL DEVIDA PELO EMPREGADOR QUANDO DECLARADA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA TRABALHISTA

GUSTAVO DE RESENDE RAPOSO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A inexistência de previsão legal do instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista. 3 A competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício contribuições previdenciárias. 4 A modificação da redação do art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98 e a natureza da retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. 5 Impossibilidade de exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pelo empregador quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista. 6 A responsabilidade da Administração Pública nos casos de contratação de empresas prestadoras de serviços. 7 A subsistência da responsabilidade nos casos de empreitada e trabalho temporário. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

A juridicidade da declaração de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empregador em face do empregado é matéria que parece não comportar maiores discussões no âmbito do Direito do Trabalho.

Elaborado sob o influxo do princípio protetivo e lastreado no próprio valor social do trabalho, o instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista representa típica construção pretoriana, estando hoje consagrado na Súmula 331

* Graduado em Direito pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo, PGE/Procuradoria Trabalhista (PTR).

do TST. De fato, conquanto tenha ampla aplicação, o instituto não tem previsão legal estrita.

A ausência de previsão legal, se por um lado não se coloca como obstáculo para a aplicação do instituto, por outro legitima perquirir a sua extensão.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho para promover a execução de ofício das contribuições previdenciárias devidas em razão das condenações proferidas autoriza a exigência de imediato recolhimento de tais exações por parte do empregador, quando do pagamento dos valores devidos ao empregado.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que, na atualidade, tal exigência não se mostra legítima frente ao tomador de serviços quando declarada sua responsabilidade subsidiária.

2 A inexistência de previsão legal do instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – remonta ao ano de 1943. É intuitiva, portanto, a afirmação de que o contexto econômico e social daquela época sofreu profundas transformações até o momento presente. Por corolário, a própria dinâmica do trabalho e do emprego continua a sofrer o impacto de novas tecnologias e processos, mas também de novos modelos organizacionais e de gestão, calcados não só na redução de custos, mas também na especialização intensa da atividade produtiva e laboral.

Nesse cenário, a figura da terceirização da mão-de-obra, tão combatida no passado, encontra hoje utilização disseminada de tal forma que foi admitida pela lei e mesmo pela jurisprudência.

Com efeito, nos primórdios do Direito do Trabalho a visualização do vínculo empregatício se dava a partir da simples integração do labor humano na atividade da empresa.

Na atualidade, porém, admite-se a interação do trabalho humano à atividade produtiva da empresa, sem que isso

implique necessariamente o estabelecimento de vínculo de emprego entre eles. Para tanto, é preciso que os serviços não estejam ligados à atividade-fim do empregador e que não exista pessoalidade e subordinação direta.

Nesse contexto, a responsabilidade subsidiária trabalhista representa, na verdade, o estabelecimento de um vínculo mínimo, ou melhor, de um traço de responsabilidade do tomador de serviços em relação ao trabalhador empregado da empresa prestadora de serviços, a efetiva empregadora.

Pela responsabilidade subsidiária trabalhista atribui-se ao tomador de serviços a condição de garantidor do adimplemento dos créditos trabalhistas devidos pela empresa prestadora de serviços ao empregado.

Para os fins deste trabalho importa destacar que a responsabilidade subsidiária trabalhista não tem previsão em lei escrita. Ressalvadas as situações de trabalho temporário e de contrato de empreitada, confira-se a lição de MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

“Há situações, entretanto, em que lei estabelece tão-somente responsabilidade (solidária ou subsidiária) pelas verbas trabalhistas derivadas de uma relação de emprego, sem conferir, contudo, ao responsabilizado a qualidade jurídica de empregador. Não se reconhece relação de emprego (essa verificou-se com outra pessoa física ou jurídica): reconhece-se apenas responsabilidade pelo pagamento das parcelas resultantes. Típicas e incontroversas são as situações incidentes sobre a empresa tomadora de trabalho temporário (Lei 6019/74) e sobre o empreiteiro principal (art. 455, CLT). *As demais hipóteses verificáveis resultam ou de construções jurisprudenciais ou de propostas interpretativas doutrinárias, sem expreso comando literal da legislação vigente*”¹.

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 417-418.

Conforme salientado, a ausência de previsão legal² não se colocou como obstáculo para a sedimentação e ampla utilização do instituto, mas tem relevo no plano da delimitação de seu alcance.

Por fim, registre-se que não é difícil entender o porquê da inexistência de previsão na CLT da figura da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Conforme salientado, os mecanismos de terceirização de mão-de-obra eram vedados de modo praticamente absoluto, quando do advento desse diploma legal. A repercussão jurídica decorrente da violação dessa vedação implicava no reconhecimento do próprio vínculo empregatício. A mitigação desse postulado é resultado da modificação da dinâmica das relações econômicas e sociais, absorvida de algum modo pela jurisprudência ao longo de mais de meio século.

3 A competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício contribuições previdenciárias

A fixação da competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições previdenciárias decorrentes das condenações proferidas remonta ao art. 12 da Lei 7787/89 e posteriormente à Lei 8620/93, que promoveu alterações na Lei 8212/91, alcançando previsão constitucional pela veiculação da Emenda Constitucional 20 de 1998.

Após o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, a competência da Justiça do Trabalho em matéria de contribuições previdenciárias foi delimitada no inciso VIII do art. 114 da Constituição Federal, assim redigido:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

² A responsabilidade do empregador principal pelos débitos do subempregador está expressamente prevista no art. 455 da CLT, ao passo que a responsabilidade da empresa tomadora de serviços em relação à empresa de trabalho temporário está prevista no art. 16 da Lei 6019/74.

(...)

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (...).

Em função da remissão, vale transcrever parte do art. 195 da Constituição:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

(...)

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (...).

O que se constata, portanto, é que a competência da Justiça do Trabalho em matéria de execução de contribuições previdenciárias se limita à chamada contribuição previdenciária patronal e à contribuição previdenciária do trabalhador, justamente porque as mesmas têm por base de cálculo a própria condenação. Não está abrangida na competência da Justiça do Trabalho a execução das contribuições incidentes sobre a receita ou faturamento e sobre o lucro (art. 195, I, a e b da CF).

Deve-se considerar que a obrigação de dar fixada em condenação proferida pela Justiça do Trabalho integra,

se paga a tempo e a modo, a folha de salários e demais rendimentos do trabalho, sujeitando-se então à incidência da contribuição previdenciária patronal. Da mesma forma, paga a tempo e a modo, a condenação, ou pelo menos parte dela, viria a integrar o salário-de-contribuição, tal como preconiza o art. 28 da Lei 8212/91.

Para os fins deste trabalho, o que se deve salientar é que a execução das contribuições previdenciárias se fará em face do respectivo contribuinte, nos moldes preconizados pelo Direito Tributário. Com efeito, a natureza tributária das contribuições previdenciárias é questão que não comporta divergências na atualidade. Confira-se a lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

“Com características ora de imposto, ora de taxa, as contribuições ditas paraestatais, ou sociais, ou de previdência, constituem para a doutrina jurídica, nacional e estrangeira, um ponto de intermináveis controvérsias.

No plano do Direito positivo brasileiro vigente, ou, por outras palavras e mais precisamente, em face da Constituição Federal de 1988, o conceito de contribuição social ganhou um elemento importante para sua formulação, e de notável relevo no pertinente à definição de limites do Poder de Tributar.

Realmente, segundo o art. 149 da vigente Constituição, compete à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas. Isto significa dizer que essas contribuições sociais caracterizam-se pela correspondente finalidade. Não pela destinação do produto da respectiva cobrança, mas pela finalidade da instituição, que induz à idéia de vinculação de órgãos específicos do Poder Público à relação jurídica com o respectivo contribuinte.

Estabeleceu, ainda, o supracitado dispositivo constitucional que na *instituição das contribuições sociais devem ser observadas as normas gerais do Direito Tributário e os princípios da legalidade e da anterioridade*, ressaltando, quanto a este último, a regra especial pertinente às contribuições de seguridade social.

Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a *contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida*, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social.

É *induidosa a natureza tributária dessas contribuições*. Aliás, a identificação da natureza jurídica de qualquer imposição do Direito só tem sentido prático porque *define o seu regime jurídico*, vale dizer, define quais são as normas jurídicas aplicáveis. No caso de que se cuida, a Constituição afastou as divergências doutrinárias afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela as normas gerais de Direito Tributário e os princípios da legalidade e da anterioridade tributárias, com ressalva, quanto a este das contribuições de seguridade, às quais se aplica regra própria, conforme veremos adiante³.

Portanto, a contribuição previdenciária patronal somente poderá ser exigida do próprio empregador, do mesmo modo que a contribuição previdenciária devida pelo trabalhador somente poderá ser exigida dele próprio. Ou melhor dizendo, tanto a contribuição previdenciária patronal como a contribuição previdenciária devida pelo trabalhador somente poderão ser exigidas dos respectivos *sujeitos passivos*.

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 362-363.

4 A modificação da redação do art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98 e a natureza da retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços

A redação original do art. 31 da Lei 8212/91 trazia expressa a previsão de responsabilidade do tomador de serviços pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pela empresa prestadora de serviços.

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, *responde solidariamente* com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para a garantia do cumprimento das obrigações desta lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação.

Vale destacar que a responsabilidade fixada originalmente no art. 31 da Lei 8212/91 era solidária, não se admitindo confusão com a idéia de obrigação solidária, ao teor do que preleciona MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Distinguem-se, então, as hipóteses de obrigação solidária e de responsabilidade solidária. No primeiro caso,

há uma pluralidade de co-obrigados, em situação de equivalência. O credor pode exigir o pagamento total ou parcial de todos, alguns ou de um dos co-devedores. Diversa é a responsabilidade solidária, em que a dívida é de titularidade de um ou mais sujeitos, atribuindo-se a responsabilidade solidária a terceiro. Isso significa que o adimplemento é imposto a determinados sujeitos, somente se tornando efetiva a responsabilidade em caso de inadimplemento do devedor principal”⁴.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar, portanto, que no período de vigência da redação original do art. 31 da Lei 8212/91, mostrava-se plenamente válida a exigência, junto ao tomador dos serviços, da contribuição previdenciária patronal devida pela empresa prestadora de serviços decorrente de condenação imposta pela Justiça do Trabalho, caso o pagamento não fosse efetuado pelo empregador⁵.

A rigor, no período de vigência da redação originária do art. 31 da Lei 8212/91, parece claro que o tomador de serviços era reputado responsável tributário pelo adimplemento das contribuições previdenciárias devidas em razão de serviços a ele prestados.

Com efeito, do mesmo modo que no Direito do Trabalho se processa o instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista, pelo qual se permite exigir de terceiro, que não o próprio empregador, o adimplemento dos direitos trabalhistas devidos ao empregado, também no Direito Tributário se conhece meio apto a permitir exigir o tributo de terceiro que não o próprio contribuinte. Confira-se o art. 128 do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 514.

⁵ A Lei 9032/95 previu a possibilidade de ser elidida a responsabilidade solidária prevista na redação original do art. 31 da Lei 8212/91, por meio de comprovação de recolhimento prévio, ao incluir parágrafo terceiro no referido artigo, que foi posteriormente modificado pela Lei 9711/98.

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 de cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Justamente por isso, ao teor do disposto no parágrafo único do art. 121 do CTN, diz-se sujeito passivo tanto o contribuinte como o responsável.

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.

Sobre o tema da responsabilidade tributária, confira-se mais uma vez a lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

“A palavra responsabilidade liga-se à idéia de ter alguém de responder pelo descumprimento de um dever jurídico. Responsabilidade e dever jurídico não se confundem. A responsabilidade está sempre ligada ao descumprimento do dever, isto é, à não-prestação. É a sujeição de alguém à sanção. Tal sujeição geralmente é de quem tem o dever jurídico, mas pode ser atribuída a quem não o tem.

No Direito Tributário a palavra responsabilidade tem um sentido amplo e outro estrito.

Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade

de vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária.

Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculado ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva.

No CTN, a expressão responsabilidade tributária é empregada em sentido amplo nos arts. 123, 128, 136 e 138, entre outros. Mas também é usada em sentido restrito, especialmente quando o Código refere-se ao responsável como sujeito passivo diverso do contribuinte (art. 121, II).

Com efeito, denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, vale dizer, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, tem seu vínculo com a obrigação decorrente de dispositivo expresso da lei.

Essa responsabilidade há de ser atribuída a quem tenha relação com o fato gerador, isto é, a pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 128). Não uma vinculação pessoal e direta, pois em assim sendo configurada está a condição de contribuinte. Mas é indispensável uma relação, uma vinculação com o fato gerador para que alguém seja considerado responsável, vale dizer, sujeito passivo indireto.

A lei pode, ao atribuir a alguém a responsabilidade tributária (em sentido restrito), liberar o contribuinte. Mas pode também atribuir responsabilidade apenas supletiva, isto é, sem liberar o contribuinte. E tanto pode ser total como pode ser apenas parcial (CTN, art. 128)⁶.

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132-133.

Todavia, esse cenário sofreu profunda alteração com a modificação da redação do art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98⁷. Com efeito, foi suprimida a figura da responsabilidade solidária e prevista a retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Confira-se a redação atual do art. 31 da Lei 8212/91:

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

§ 1º O valor retido de que trata o *caput*, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

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

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

⁷ A Lei 9711 de 20/11/1998 é resultado de conversão da MP 1663-15 de 22/10/1998.

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

Portanto, o regime de responsabilidade solidária inicialmente previsto foi substituído por um regime de retenção pela fonte pagadora do tributo devido⁸.

A referenciada alteração da redação do art. 31 da Lei 8212/91, promovida pela Lei 9711/98, deu ensejo a diversas interpretações acerca da natureza da obrigação de retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura. Conforme registro de GABRIEL LACERDA TROIANELLI, “*não tem sido matéria de consenso a verdadeira natureza da retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91*”⁹.

A diversidade de entendimentos sobre o tema pode ser melhor verificada na análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 393.946. Trata-se de recurso extraordinário em que se discutiu a validade da retenção de 11% prevista na redação dada ao art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98.

A empresa recorrente impugnou a validade da figura introduzida no art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98 sob diversos fundamentos, a saber: a retenção caracterizaria, na verdade, nova contribuição; ocorrência de confisco; vio-

⁸ Nesse sentido: MATTOS, Aroldo Gomes. A retenção de 11% a título de contribuição para a seguridade social e TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Retenção da contribuição previdenciária sobre a remuneração relativa à cessão de mão-de-obra. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3, p. 35 e 95; MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 188.

⁹ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Retenção da contribuição previdenciária sobre a remuneração relativa à cessão de mão-de-obra. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3, p. 96.

lação aos princípios da equidade na forma de participação do custeio e exigência de lei complementar.

Nada obstante, a argumentação veiculada no recurso extraordinário foi superada pelo relator, Min. CARLOS VELLOSO, ao entendimento de que a sistemática arrecadatória prevista na redação do art. 31 da Lei 8212/91 conferida pela Lei 9711/98 caracterizaria mecanismo de simplificação de arrecadação do tributo, assim como da fiscalização de seu recolhimento. Confira-se:

“Como salientado no acórdão recorrido, a alteração introduzida pela Lei 9.711, de 1998, objetiva, apenas, simplificar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização do seu recolhimento. No caso, nem há falar que o fato gerador do tributo ocorreria posteriormente ao recolhimento. Não. Aqui, simplesmente está o sujeito passivo obrigado a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33 e as disposições inscritas nos parágrafos do citado art. 31. Prevê a lei, inclusive, a restituição de saldos remanescentes, na impossibilidade de haver compensação integral na forma do § 1º do art. 31 (art. 31, § 2º).

A Constituição autoriza coisa maior: a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. C.F., art. 150, § 7º. E o Código Tributário Nacional, art. 128, prescreve que, “*Sem prejuízo do disposto neste Capítulo (Capítulo V – Responsabilidade Tributá-*

ria), a lei pode atribuir de modo expresse 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.”

No caso, entretanto, registra Fábio Zambitte Ibrahim, com propriedade, que, “*mutatis mutandis*” é possível comparar a obrigatoriedade da retenção dos 11% com o desconto do imposto de renda na fonte. Em ambas as situações, a fonte pagadora tem dever legal de efetuar determinada retenção, diminuindo o valor pago. É um facere, isto é, uma prestação positiva imposta a determinada pessoa, no interesse da arrecadação de exações devidas.” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A retenção de 11% sobre a mão-de-obra*. São Paulo: LTr, 2000. p. 23).

Não se tem, portanto, contribuição nova. Tem-se, sim, “*mera obrigação acessória*.” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. ob. cit., p. 32).

Aqui, repete-se, o tomador do serviço, ou o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigado a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente.

Não há falar, portanto, vale repetir, em contribuição nova, ou contribuição decorrente de outras fontes - C.F., art. 195, § 4º.

Não há falar, em conseqüência, em ofensa à técnica da competência residual da União - C.F., art. 154, I.

Não se tem, também, no caso, hipótese de empréstimo compulsório - C.F., art. 148. Os valores retidos em montante superior ao devido pela empresa contratada deverão ser restituídos (art. 31, § 2º, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.711/98). Também por isso incorre

a hipótese do art. 150, IV, da C.F.: utilização de tributo com efeito de confisco.

Do exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento¹⁰.

Divergindo do entendimento do relator, o Min. MARCO AURÉLIO apontou que a lei, de modo ilegítimo, acabou por fixar uma nova base de incidência da contribuição previdenciária.

“Senhor Presidente, pelo figurino constitucional, temos a incidência da contribuição sobre a folha de salários. Esses são exatamente os parâmetros revelados pela Carta da República. Ora, a pretexto de se ter a substituição tributária - não diria aqui que é para frente, já que não se trata de um fato gerador posterior, nem se atribui o ônus tributário àquele que implementa inicialmente o negócio jurídico -, é possível a substituição dessa base de incidência, folha de salários, por algo diverso, que não está previsto no artigo 195 da Constituição Federal? Considerada uma técnica de cobrança, de arrecadação, há base constitucional para que a incidência, ainda que de um percentual intermediário, recaia sobre aquele que incidirá sobre a folha de salário? A incidência é sobre o valor da nota fiscal, tendo em conta serviços executados, valor que não corresponde, em si, ao que é satisfeito aos prestadores de serviços? A meu ver, não. A meu ver, o artigo 31, não na redação primitiva da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, mas no decorrente da Medida Provisória n.º 1.663, de 22 de outubro de 1998, acabou por introduzir - muito embora de forma precária e efêmera, utilizando até mesmo o eufemismo de adiantamento - uma nova base de incidência da contribuição, que não tem a ver, já

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 393.946. Relator: Min. Carlos Velloso. P&M Instalações Ltda e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2007. Excerto do voto do relator Min. Carlos Velloso.

que essa base de incidência suplanta a folha de salário, com o fixado na Carta da República”¹¹.

O Min. CEZAR PELUSO, por sua vez, em voto-vista, acompanhou o relator, mas por fundamento diverso. A rigor, entendeu o Min. CEZAR PELUSO tratar-se de instituição de modalidade de substituição tributária, lastreada no art. 128 do CTN.

“2 Acompanho o voto do eminente Min. Relator, posto que com ressalvas quanto aos fundamentos.

2.1 Não se está, deveras, perante nova hipótese de incidência tributária, senão de transferência de responsabilidade pelo recolhimento do tributo, ou de *substituição tributária*, prevista no art. 128 do Código Tributário Nacional:

(...)

Trata-se de substituição tributária na relação jurídica da contribuição social incidente sobre a folha de salários e devida pela prestadora de serviço. Daí, não vejo insulto aos arts. 148, 194, V, e 195, § 4º, da Constituição Federal.

2.2 Quanto ao art. 150, § 7º, que cuida da antecipação da ocorrência do fato gerador, entendo que, nos termos em que foi instituída, com previsão de compensação ou de devolução do montante eventualmente retido a maior (art. 31, §§ 1º e 2º, 1 da Lei 8.212/91), a retenção prevista no art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98, não lhe é incompatível:

“Cronologicamente a retenção pode ocorrer antes da incidência factual da regra matriz, ou seja, antes da ocorrência do fato gerador. Basta que a nota fiscal seja emitida até o último dia do mês de referência. Neste caso, a substituição configurará uma antecipação e por

¹¹ Ibid. Excerto do voto do Min. Marco Aurélio.

não guardar identidade com o valor devido em decorrência da ocorrência do fato gerador poderá implicar em uma tributação a maior, e em uma apropriação indevida do patrimônio do prestador do serviço.

(...)

Assim, teremos a incidência de duas normas jurídicas: (i) de substituição (logo que pago o valor relativo à cessão de mão de obra) e da (ii) regra matriz de incidência (contribuição social sobre a folha de salários), ligadas pelo liame lógico da substituição.

Como se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação em que o cálculo do montante devido e o recolhimento são efetuados pelo próprio contribuinte (art. 150 do Código Tributário Nacional) o cálculo das relações jurídicas produzidas pela incidência das normas é efetuado por ele próprio, ou seja, por expressa autorização legal (art. 31, § 1º da Lei 8.212/91), o prestador do serviço compensará o valor retido com o valor devido a título de contribuição sobre a folha de pagamento.

Uma relação jurídica (débito de contribuição social sobre a folha de pagamento) é anulada por outra relação jurídica (crédito pela retenção sofrida quando do recebimento pela prestação dos serviços – 11%).

Caso a retenção seja superior ao valor devido, o que não é raro acontecer visto que a retenção ocorre sobre o faturamento e a folha de salários lhe é em regra menor, o prestador do serviço será restituído do valor retido a maior, nos exatos termos do artigo 31, § 2º da Lei 8.212/91, dando-se cumprimento à norma constitucional insculpida no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Deve ser salientado que a “autorização para compensação” é única e exclusiva às contribuições incidentes sobre a folha de pagamentos, o que nos autoriza afirmar que na verdade não se trata de compensação, mas sim de verificação da legitimidade da substituição, ou

seja, se o valor retido corresponde ao valor devido e sucessivamente na previsão de devolução do valor retido em excesso” (PAULA JUNIOR, Aldo de. *A retenção das contribuições sociais*. In: CUTAIT NETO, Michael. (Org.). *Contribuições sociais em debate*. São Paulo: JH Mizuno, 2003. p. 454).

2.3 Não há confisco, pois a contribuição social incidente sobre a folha de salários é de 20% (art. 22, I, da Lei n.º 8.212/91), enquanto a retenção é de 11% sobre o “valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços” (art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98), resguardando-se o direito de restituição de eventual excesso (art. 31, § 2º).

2.4 Por fim, quanto à alegação de ausência de “vinculação entre o substituto tributário e o fato gerador da obrigação referente ao pagamento da contribuição social incidente sobre a folha de salários”, observo que tal questão transpõe os contornos do recurso, por envolver a aplicação do art. 128 do Código Tributário Nacional e nenhum dos dispositivos invocados pelo recorrente.

Concordo com o Min. MARCO AURÉLIO, no asserto de que a técnica de substituição tributária deve obedecer a limites, mas, no caso, atenho-me aos temas que constituem objeto do recurso extraordinário e, nessa moldura, acompanho o voto do Min. Relator¹².

Os debates avançaram, manifestando-se o Min. EROS GRAU no mesmo sentido do relator, ressaltando a validade do paralelo entre a retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91 com a retenção do imposto de renda na fonte.

Presentes à sessão os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, CELSO DE MELLO, CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO, GILMAR MENDES, CEZAR PELUSO, CARLOS

¹² Ibid. Excerto do voto-vista do Min. Cezar Peluso.

BRITTO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU, o recurso não foi provido, por maioria, restando vencido o Min. MARCO AURÉLIO.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que três correntes se formaram no julgamento do RE 393.946/MG quanto à natureza da retenção prevista no art. 31 da Lei 9711/98.

A primeira, capitaneada pelo relator Min. CARLOS VELLOSO e expressamente acompanhada pelo Min. EROS GRAU, vislumbrou tratar-se de simples técnica de arrecadação, com paralelo na retenção do imposto de renda na fonte.

A segunda, extraída do voto do Min. MARCO AURÉLIO, reconheceu a ilegitimidade da retenção, na medida em que discrepante a sua base de cálculo (valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços) da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal (folha de salários).

A terceira, extraída do voto-vista do Min. CEZAR PELUSO, enquadra a figura da retenção do art. 31 da Lei 9711/98 no instituto da responsabilidade tributária previsto no art. 128 do CTN.

Na doutrina, encontramos críticas ao entendimento da figura da retenção na fonte como hipótese de substituição tributária, melhor dizendo, de responsabilidade tributária por substituição.

RENATO LOPES BECHO aponta que a delimitação do sujeito passivo de um tributo está inexoravelmente limitada à materialidade da hipótese de incidência fixada na própria Constituição¹³. Mais do que isso, sustenta que a natureza da figura do responsável tributário é de garantidor do crédito tributário, resvalando o tema para uma ótica eminentemente processual¹⁴. E nessa linha de raciocínio, embora

¹³ BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 85 e seguintes.

¹⁴ *Ibid*, p. 152.

referindo-se ao imposto de renda retido na fonte, indica que em tal caso não se está diante de um sujeito passivo, mas de um sujeito ativo auxiliar. Para ele, no caso de retenção de imposto na fonte temos mera atividade auxiliar de natureza administrativa¹⁵.

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, distinguindo responsabilidade tributária e dever de reter tributo alheio, por sua vez, leciona:

“Quanto aos “retentores de tributos” (desconto na fonte), estes são pessoas obrigadas pelo Estado a um ato material de fazer (fazer a retenção de imposto devido por terceiros). Devem assim, reter e recolher ao Estado o tributo devido. Não são sujeitos passivos de obrigação tributária, mas antes sujeitados a uma potestade administrativa. Podem, entretanto, se a lei de cada tributo assim dispuser, ficar “responsáveis” por dívida tributária alheia. O fato de sub-rogação será o inadimplemento do dever de reter. A estes, evidentemente, não são transferíveis as multas. Poderão, isto sim, responder pela própria mora e ser multados por ela, caso a lei assim o determine”¹⁶.

GABRIEL LACERDA TROIANELLI elenca os entendimentos que se firmaram quanto à natureza da regra inserida no art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98, afirmando que uns entenderam se estar defronte uma nova contribuição e outros de uma hipótese de substituição tributária, consignando, ao final, entender tratar-se de mera hipótese de retenção sob base de cálculo presumida, da mesma natureza da retenção na fonte do imposto de renda¹⁷.

¹⁵ Ibid, p. 120 e seguintes.

¹⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 613.

¹⁷ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Retenção da contribuição previdenciária sobre a remuneração relativa à cessão de mão-de-obra. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3, p. 97-99.

Em que pese a autoridade dos entendimentos quanto à natureza jurídica da retenção de tributo pela fonte pagadora, vale ter em vista a observação que faz JOHNSON BARBOSA NOGUEIRA, citado por SACHA CALMON:

“A introdução acrítica de certas noções dogmatizadas a respeito do substituto tributário, por força principalmente do prestígio da doutrina italiana, permitiu que se aceitassem, sem maior indagação sobre a natureza jurídica da substituição tributária, certos equívocos em sede doutrinária, já a grassar no direito positivo.

O primeiro desses enganos é considerar o contribuinte substituto dentro da categoria dos responsáveis, como uma modalidade de sujeito passivo indireto. Este é um erro muito arraigado na doutrina pátria, que transbordou para o Código Tributário Nacional, pelo menos segundo a intenção e o depoimento dos seus inspiradores. Deste modo, o substituto estaria previsto no art. 121, parágrafo único, II, como um tipo de responsável.

O segundo desses desvios é representado pela concepção da tributação na fonte como exemplo típico de substituição tributária. Na verdade, se fosse melhor analisada nossa tributação do imposto de renda na fonte, verificaríamos que o tributo sempre foi retido e recolhido em nome do beneficiário, ou seja, do contribuinte, cabendo à fonte pagadora e retentora mero dever acessório (obrigação de fazer). Só mais recentemente, na área de tributação dos rendimentos auferidos por estrangeiro, é que se vem utilizando a figura do contribuinte substituto do imposto de renda (...)¹⁸.

Ou seja, pode-se afirmar que, não obstante as abalizadas opiniões referenciadas e mesmo o entendimento dos Ministros CARLOS VELLOSO e EROS GRAU quanto à na-

¹⁸ NOGUEIRA, Johnson Barbosa. O Contribuinte substituto do ICM, tese aprovada no I Congresso Internacional de Direito Tributário realizado em São Paulo, 1989. Citado por COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 606.

tureza da retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9711/98, persiste o entendimento de que a retenção na fonte caracteriza hipótese de responsabilidade tributária por substituição, entendimento perfilhado pelo Min. CEZAR PELUSO.

Como não é nosso objetivo delimitar a natureza da retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9711/98, o que nos importa é demonstrar que, em qualquer caso, tanto numa perspectiva quanto em outra, não se pode, a partir do dever de retenção previsto em tal dispositivo legal, compelir o tomador dos serviços a efetuar o pagamento da contribuição previdenciária patronal, quando declarada sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas do empregador.

5 Impossibilidade de exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pelo empregador quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista

Qualquer discussão em matéria de encargos tributários tem como ponto de partida a perspectiva imposta pela idéia de legalidade estrita, que marca esse ramo do Direito. A propósito, confira-se a lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“Sabemos da existência genérica do princípio da legalidade, acolhido no mandamento do art. 5º, II, da Constituição. *Para o direito tributário, contudo, aquele imperativo ganha feição de maior severidade, como se nota da redação do art. 150, I (...).*”

Em outras palavras, qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei.

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém *o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade*¹⁹.

Ao contrário do que se dá na área trabalhista, em que o instituto da responsabilidade subsidiária tem reconhecida sua legitimidade independentemente de previsão legal, para que se atribua a terceiro o encargo de promover o recolhimento de tributo devido por outrem, inclusive na condição de responsável tributário, é imprescindível estrita previsão legal, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária insculpido no art. 150, I da Constituição.

Conforme já salientado, por força da modificação da redação do art. 31 da Lei 8212/91 pela Lei 9711/98, o que se constata é que a possibilidade de se exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal devida pela empresa prestadora, inclusive nos casos em que declarada a responsabilidade subsidiária trabalhista, foi suprimida, já que não mais existente previsão de responsabilidade solidária e sim um mecanismo de retenção pela fonte pagadora.

O dever imposto ao tomador de serviços, portanto, não guarda mais qualquer relação com o efetivo e posterior recolhimento da contribuição previdenciária por parte da empresa prestadora de serviços. Com efeito, a obrigação de-

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 114-115.

corrente da atual redação do art. 31 da Lei 8212/91 esgota-se com a retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

O que se constata, portanto, é que atribuindo à retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9711/98, natureza de mero dever administrativo, tal encargo não tem qualquer relação com o adimplemento de pagamento dos haveres trabalhistas devidos ao empregado.

A obrigação imposta ao tomador dos serviços é deflagrada e tem origem estritamente no pagamento do valor consignado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, ocasião em que se deverá proceder à retenção de 11% e depois ao recolhimento em favor do órgão arrecadador, em nome da empresa prestadora de serviços.

Considerando que em uma reclamação trabalhista, por natureza, não se coloca em questão o cumprimento do dever de retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a declaração de responsabilidade subsidiária trabalhista não poderá importar em determinação de proceder ao pagamento da contribuição previdenciária patronal, por absoluta inexistência de previsão legal. Nesse caso, não poderá o tomador dos serviços ser reputado sujeito passivo, não se enquadrando na previsão do parágrafo único do art. 121 do CTN.

A rigor, somente o próprio órgão incumbido da arrecadação da contribuição previdenciária patronal poderá exigir do tomador dos serviços, em ação específica, não o seu pagamento propriamente dito, mas pagamento correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou de prestação de serviços. Ou seja, o tomador de serviços somente poderá ser compelido a recolher algum valor ao órgão incumbido da arrecadação da contribuição previdenciária devida pela empresa prestadora de serviços se, e somente se, deixar de efetuar a retenção e assim deixar de proceder ao respectivo recolhimento em nome da empresa prestadora de serviços.

Por outro lado, ainda que a retenção prevista na atual redação do art. 31 da Lei 8212/91 revista-se da natureza de hipótese de responsabilidade tributária, ela é bastante diferente da modalidade de responsabilidade solidária prevista na redação original do dispositivo legal em comento.

Com efeito, na redação originária do art. 31 da Lei 8212/91 era expressa a previsão de responsabilidade solidária pelos recolhimentos das próprias contribuições previdenciárias. Ou seja, não havia qualquer limitação, bastava a constatação de inadimplemento do recolhimento das contribuições previdenciárias para deflagrar a responsabilidade atribuída ao tomador dos serviços. Na redação da Lei 9711/98, se de responsabilidade tributária se trata, ela é limitada, sendo naturalmente afastada pela retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Perceba-se a diferença: num primeiro momento, o tomador de serviços só se via livre da possibilidade de ser compelido a efetuar qualquer pagamento ao órgão arrecadador se tivesse ocorrido o oportuno recolhimento de todo o montante devido a título de contribuições previdenciárias pelo empregador ou empresa prestadora de serviços, ao passo que agora essa possibilidade se afasta pela simples comprovação de que se procedeu à retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, seguindo-se o recolhimento em nome da empresa prestadora de serviços.

De qualquer sorte, certo é que, independentemente da natureza da retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, comprovado nos autos de reclamação trabalhista em que declarada responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços a oportuna retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela empresa prestadora de serviços, não poderá o tomador de serviços ser compelido ao pagamento, na condição de responsável subsidiário pelo adimplemento dos créditos trabalhistas, a efetuar o pagamento da contribuição previdenciária patronal. Entendimento em sentido contrário viola o princípio de es-

trita legalidade insculpido no art. 150, I da CF, que norteia o Direito Tributário. E caso se entenda estar defronte à hipótese de responsabilidade tributária, tal exigência implicará em violação do comando do art. 128 do CTN.

Quanto à contribuição previdenciária devida pelo próprio empregado, não se perca de vista que ela é descontada do valor pago ao mesmo, quando vier a receber parcelas que integrem o conceito de salário de contribuição previsto no art. 28 da Lei 8212/91.

6 A responsabilidade da Administração Pública nos casos de contratação de empresas prestadoras de serviços

Uma leitura desavisada do disposto no parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93 poderia levar à conclusão de que a limitação de responsabilização do tomador dos serviços, quanto ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal, não se aplicaria à Administração Pública, quando declarada sua responsabilidade subsidiária.

Art. 71. O contratante é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

(...)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8212 de 24 de julho de 1991.

O parágrafo segundo do art. 71 foi introduzido na Lei 8666/93 pela Lei 9032/95. Tal lei também promoveu alterações no art. 31 da Lei 8212/91, introduzindo um parágrafo terceiro, que fixava possibilidade de ser elidida a responsabilidade solidária prevista em sua redação originária; confira-se:

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

Ou seja, a interpretação sistemática do direito positivo conduz à conclusão de que a regra prevista no parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93 estava estritamente vinculada ao regime de responsabilidade delineado na redação originária do art. 31 da Lei 8212/91, tanto que lhe fez expressa remissão.

Nesse sentido, suprimida no art. 31 da Lei 8212/91 a possibilidade de responsabilização solidária do tomador de serviços pela redação que lhe deu a Lei 9711/98, deve-se considerar tacitamente revogado o parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93 com a redação que lhe deu a Lei 9032/95. Se no art. 31 da Lei 8212/91 não consta mais a previsão de responsabilidade solidária, não se pode pretender sua subsistência quanto à Administração Pública, até mesmo por força da expressa remissão que lhe faz o parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93. Entendimento em sentido contrário implica admitir parcial subsistência da redação anterior do art. 31 da Lei 8212/91, apesar de sua modificação pela Lei 9711/98.

Enfim, comprovando a Administração Pública a oportuna retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura, seguida do recolhimento em nome da empresa prestadora de serviços, tal como o particular, não poderá ser compelida ao pagamento da contribuição previdenciária patronal em reclamação trabalhista na qual seja declarada sua responsabilidade subsidiária pelos haveres devidos ao empregado.

7 A subsistência da responsabilidade nos casos de empreitada e trabalho temporário

A tese defendida precedentemente não se aplica nos casos em que for reconhecida responsabilidade subsidiária do dono da obra ou do tomador de serviços nos casos de empreitada e trabalho temporário, respectivamente. Isto porque, nesses casos, ainda se mantém expressa a previsão de responsabilidade quanto aos valores devidos a título de contribuição previdenciária.

Quanto ao dono da obra, verifique-se o teor do inciso VI do art. 30 da Lei 8212/91, com a redação que lhe deu a Lei 9528/97:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

(...)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem;

Em que pese o que preconiza a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-1 do TST²⁰, vale consignar que, pelo menos no âmbito do TRT da 17ª Região a declaração de

²⁰ OJ 191 da SDI-1 do TST: Dono da Obra. Responsabilidade. Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

responsabilidade subsidiária trabalhista do dono da obra se processa de modo reiterado.

Por outro lado, no caso de trabalho temporário, o art. 16 da Lei 6019/74 preconiza:

Art. 16. No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta lei.

8 Conclusão

Diante de todo o exposto, as conclusões deste trabalho podem ser assim compendiadas:

- O instituto da responsabilidade subsidiária trabalhista, fruto de eminente atividade pretoriana, carece de previsão legal estrita, exceto nas hipóteses de subempregada e trabalho temporário.
- A competência da Justiça do Trabalho para executar de ofício as contribuições previdenciárias somente pode ser exercida perante os respectivos sujeitos passivos, nos moldes preconizados pela legislação tributária.
- O regime de responsabilidade solidária do tomador de serviços pelo adimplemento das contribuições previdenciárias, previsto na redação originária do art. 31 da Lei 8212/91, foi substituído pelo mecanismo de retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, ao teor da redação conferida ao referido dispositivo legal pela Lei 9711/98, resultado de conversão da Medida Provisória 1663-15 de 22/10/1998.
- Independentemente da natureza jurídica da retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da

Lei 9711/98, dela não se pode extrair o dever do tomador de serviços de proceder ao pagamento de contribuição previdenciária patronal devida pela empresa prestadora de serviços, quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista.

- Atribuindo-se à retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9711/98, natureza de mero dever administrativo, não haverá margem para compelir o tomador de serviços a efetuar o recolhimento de contribuição previdenciária patronal quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista, na medida em que não se coloca em discussão, em sede de reclamação trabalhista, o descumprimento do referido dever administrativo. Nesse caso, somente o órgão incumbido da arrecadação da contribuição previdenciária poderá, em ação específica, exigir do tomador dos serviços não propriamente o pagamento da contribuição previdenciária patronal, mas, na verdade, valor equivalente a 11% da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.
- Ainda que à retenção prevista no art. 31 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 9711/98, se atribua natureza de hipótese de responsabilidade tributária, ela é naturalmente limitada a valor correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.
- Sempre que comprovada a efetiva retenção de 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, seguida do recolhimento ao órgão arrecadador, será inviável exigir do tomador de serviços o pagamento da contribuição previdenciária patronal quando declarada responsabilidade subsidiária trabalhista, sob pena de violação do princípio da legalidade tributária insculpido no art. 150, I da CF. Especificamente no caso de atribuição à retenção de natureza

de hipótese de responsabilidade tributária, também restará violado o art. 128 do CTN.

- Nenhuma ressalva pode ser oposta à Administração Pública quando a tomadora de serviços tiver declarada responsabilidade subsidiária trabalhista, já que deve ser reputado tacitamente revogado o parágrafo segundo do art. 71 da Lei 8666/93.
- Nos casos de empreitada e trabalho temporário, mantém-se a previsão de responsabilidade solidária do tomador dos serviços, nos termos do inciso VI do art. 30 da Lei 8212/91 e art. 16 da Lei 6019/74, respectivamente.

9 Referências

BECHO, Renato Lopes. *Sujeição passiva e responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 393.946. Relator: Min. Carlos Velloso. P&M Instalações Ltda. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 29 mar. 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do contrato de trabalho: o empregador. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATTOS, Aroldo Gomes. A retenção de 11% a título de contribuição para a seguridade social. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Retenção da contribuição previdenciária sobre a remuneração relativa à cessão de mão-de-obra. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 3.

1.3

NATUREZA JURÍDICA DOS BENS PERTENCENTES ÀS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DE DIREITO PRIVADO E APLICABILIDADE DOS ATRIBUTOS ESPECIAIS DO REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS AO SEU PATRIMÔNIO

ROBESPIERRE FOUREAUX ALVES*

SUMÁRIO: 1 Explicação inicial: entidades administrativas de direito privado. 2 Natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado. 2.1 Direito Positivo. 2.2 Correntes doutrinárias. 2.3 Orientações jurisprudenciais. 2.4 Nosso posicionamento. 3 Regime jurídico dos bens públicos. 3.1 Noção. 3.2 Conteúdo. 3.2.1 Alienabilidade condicionada. 3.2.2 Impenhorabilidade. 3.2.3 Imprescritibilidade. 3.2.4 Impossibilidade de oneração. 4 Aplicabilidade dos atributos do regime jurídico dos bens públicos aos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado. 4.1 Manifestações da doutrina e nosso entendimento. 4.2 Fatores determinantes e requisitos para a incidência dos atributos especiais. 4.3 Conseqüências. 4.3.1 Alienabilidade condicionada. 4.3.2 Impenhorabilidade. 4.3.3 Imprescritibilidade. 4.3.4 Impossibilidade de oneração. 5 Conclusões.

1 Explicação inicial: entidades administrativas de direito privado

Inicialmente, vale registrar o que se deve entender por entidades administrativas de direito privado. A expressão será aqui utilizada para abranger os entes com personalidade jurídica de direito privado que integram a Administração Pública Indireta de todas as esferas da Federação, ou seja, inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista federais, estaduais, distritais e municipais.

* Procurador do Estado do Espírito Santo, PGE/Subprocuradoria de Consultoria Administrativa (SCA).

2 Natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado

2.1 *Direito Positivo*

Não há na Constituição Federal norma expressa dispondo sobre o conceito de bem público, estando a matéria tratada na legislação infraconstitucional.

O revogado Código Civil de 1916 prescrevia serem públicos somente os bens pertencentes aos entes políticos, conforme norma a seguir transcrita:

“Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

O Código Civil de 2002, por sua vez, alargou o conceito, já que enuncia serem públicos os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, incluindo, portanto, na referida categoria, os bens das autarquias e fundações públicas de direito público¹. Vale transcrever a norma que trata da matéria:

“Art. 98. São públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Destarte, de acordo com o ordenamento positivo, são privados os bens que integram o patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista, já que essas entidades têm personalidade jurídica de direito privado.

¹ Percebe-se que adotamos a corrente doutrinária que entende haver fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e de direito privado, devendo-se levar em consideração os atos constitutivos da entidade, bem como a origem de seus recursos, para identificação da natureza pública ou privada das referidas entidades.

2.2 Correntes doutrinárias

Para melhor organização do tratamento doutrinário conferido à questão, após leitura das lições de vários autores acerca da matéria, entendemos por bem agrupá-las, o que torna possível afirmar que existem hoje três correntes. A primeira considera como privados os bens das entidades administrativas de direito privado. A segunda entende que os referidos bens são públicos. Por sua vez, a terceira pondera que tais bens são públicos enquanto afetados à prestação de um serviço público.

Como adepto da primeira corrente, citamos José dos Santos Carvalho Filho, para quem “[...] os bens das pessoas administrativas privadas, como é o caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado, *devem ser caracterizados como bens privados [...]*”². Assevera o doutrinador que após a entrada em vigor da norma contida no artigo 98 do Novo Código Civil não há mais que se discutir a questão, não restando dúvidas sobre o assunto.

Esse também é o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, que assim lecionam:

“O atual Código Civil, a nosso ver, veio corroborar a posição que propugnávamos ainda sob o ordenamento passado. Com efeito, sempre consideramos como bens públicos somente aqueles pertencentes às entidades de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público), em face das características de impenhorabilidade, de inalienabilidade, de não onerabilidade e de imprescritibilidade, que informam essa categoria de bens”³.

² *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 924.

³ *Direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 574.

A obra de Hely Lopes Meirelles pode ser considerada como manifestação da segunda corrente, já que, apesar de mencionar o supracitado artigo do Código Civil, registra que são bens públicos em sentido amplo

“[...] todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais”⁴.

De acordo com o autor, os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista seriam *bens públicos com destinação especial e administração particular*, sendo quatro os argumentos apresentados para sustentar a assertiva: a) a origem total ou predominante dos bens das referidas entidades é pública, por terem sido repassados pelo ente político que os criou; b) haveria mera transferência de administração dos bens aos entes que têm personalidade jurídica de direito privado; c) a destinação conferida aos bens é pública; e d) a reversão dos bens das referidas entidades, em caso de sua extinção, ao ente estatal criador.

Ainda que não se posicione de forma expressa sobre a questão, Odete Medauar parece coadunar com o referido posicionamento. Essa é a inteligência que se extrai do seguinte trecho de sua obra:

“Bens públicos é expressão que designa os bens pertencentes a entes estatais, para que sirvam de meios ao atendimento imediato e mediato do interesse público e sobre os quais incidem normas especiais, diferentes das normas que regem os bens privados”⁵.

Como filiado à terceira corrente, podemos citar Celso Antônio Bandeira de Mello, que não parte da titularidade do bem

⁴ *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 501.

⁵ *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 276.

para analisar a questão, mas sim do regime jurídico a que está submetido, apresentando o seguinte conceito para o instituto:

“Bens públicos são todos os bens que pertencem às *peessoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”⁶.

Também partidária da terceira corrente é Maria Sylvia Zanella di Pietro, que ao discorrer sobre o tema em seu manual, assim conclui:

“[...] são bens públicos de uso especial não só os bens das autarquias e das fundações públicas, como também os das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, desde que afetados diretamente a essa finalidade”⁷.

2.3 Orientações jurisprudenciais

Não se encontrou acórdão do Supremo Tribunal Federal que tenha decidido especificamente sobre a questão aqui tratada, especialmente porque, como já colocado, a matéria não tem sede constitucional.

Entretanto, em diversas oportunidades o Pretório Excelso já cuidou de analisar o assunto, ao deliberar sobre temas que demandaram sua prévia apreciação, senão vejamos.

Ao julgar, em 07.03.2002, o Mandado de Segurança n.º 23.627/DF (decisão publicada na imprensa oficial em 16.06.2006), em que foi relator originário o Ministro aposentado Carlos Velloso, restou assentado pelo Plenário que

⁶ *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 876.

⁷ *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 430.

os bens pertencentes às sociedades de economia mista seriam privados, tendo sido este um dos motivos pelo qual foi firmado entendimento no sentido de que os atos das referidas entidades não estariam sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União.

Assim restou ementado o acórdão:

“OS ADMINISTRADORES DE BENS E DIREITOS DAS ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO - COMO EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA - *NÃO SE SUBMETEM ÀS REGRAS DOS ADMINISTRADORES DE BENS DO ESTADO. NÃO SE SUJEITAM A PRESTAR CONTAS AO TCU. EXCEÇÃO QUANTO A QUESTÕES A ENVOLVER DINHEIRO, BENS E VALORES PÚBLICOS E ATOS DE ADMINISTRAÇÃO QUE CAUSEM PREJUÍZO AO TESOURO*”⁸.

Do voto condutor da decisão, proferido pelo Ministro Ilmar Galvão, destacamos o seguinte trecho, que enuncia a orientação da Corte Suprema sobre a questão à época:

“Evidente, pois, que a competência do Tribunal de Contas diz com as contas dos responsáveis por valores públicos, expressão que exclui, de pronto, desenganadamente, dessa competência do Tribunal de Contas, o julgamento das contas dos administradores de entidades de direito privado, como as *empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo patrimônio, incluídos bens e direitos, não revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.*

Na verdade, os bens desses entes, enquanto integrantes de seu patrimônio, são deles próprios, não se confundindo com os bens do Estado.

A participação majoritária do Estado na composição de seu capital não tem o efeito de transmudar em públicos tais

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n.º 23.627/DF. Relator para o Acórdão: Ministro Ilmar Galvão. DJU 16.06.2006.

bens, que conservam a condição de bens de natureza privada, tanto que não gozam de favores fiscais de qualquer espécie, não se lhes estendendo os benefícios de natureza processual que protegem os bens públicos, estando sujeitos a responder por quaisquer obrigações, civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, por elas assumidas.”

Em outra ocasião, quando do julgamento do Mandado de Segurança n.º 23.875 (decisão publicada no DJU em 30.04.2004) o Plenário, desta vez tendo como relator o então Ministro Nelson Jobim, manteve o referido entendimento. Segue excerto da ementa do julgamento:

“CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A., SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE ‘PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA’. [...] O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS [...]”⁹.

Ocorre que, posteriormente, o STF, parcialmente renovado em sua composição, após a aposentadoria de alguns ministros e a nomeação de novos membros, ao apreciar os Mandados de Segurança 25.092-DF e 25.181-DF, modificou expressamente a orientação externada nos julgados acima quanto à sujeição dos atos das sociedades de economia mista ao controle do Tribunal de Contas da União, para admiti-lo.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n.º 23.875/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. DJU 16.06.2006.

Já se alegou que o referido novo posicionamento acerca da submissão ao controle do TCU não contradiz ou modifica as conclusões a que tinha chegado a Corte Suprema em relação à natureza dos bens que integram o patrimônio das entidades administrativas de direito privado, tendo em vista que o argumento que embasaria as decisões posteriores não seria a qualificação jurídica dos bens dos referidos entes, como registram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo ao comentar o assunto:

“[...] o fundamento para considerar as sociedades de economia mista sujeitas à tomada de contas especial pelo TCU não foi a natureza de seus bens, mas, sim, o argumento segundo o qual, ‘em razão de a sociedade de economia mista constituir-se de capitais do Estado, em sua maioria, a lesão ao patrimônio da entidade atingiria, além do capital privado, o erário.

Em suma, é nossa opinião que a orientação incidentalmente exposta pelo STF no julgamento dos MS 23.067 e MS 23.875, nos termos da qual os bens das sociedades de economia mista não são bens públicos, não foi prejudicada pela decisão dos MS 25.092 e 25.181, porque estes foram contrários àqueles somente quanto à questão principal – sujeição, ou não, das sociedades de economia mista ao instituto da tomada de contas especial procedida pelo TCU -, não quanto à questão incidental relativa à natureza dos bens das sociedades de economia mista, tema que nem sequer foi abordado na decisão dos MS 25.092 e MS 25.181^{10 11}.

Todavia, da leitura do inteiro teor dos acórdãos, verificamos que a questão foi sim objeto de apreciação pelo Pretório Excelso, senão vejamos.

¹⁰ Op. cit., p. 574.

¹¹ Logo após, os autores admitem que a questão não se encontra pacificada, especialmente quanto aos bens das entidades que prestam serviços públicos.

O culto Ministro Eros Grau, no voto-vista proferido nos julgamentos dos dois mandados de segurança, consignou:

“[...] cumpre prioritariamente indagarmos se a circunstância de tais sociedades serem dotadas de personalidade jurídica de direito privado teria o condão de subtraí-las ao controle pelo Congresso Nacional e de transformar os bens integrados aos seus patrimônios em bens privados.

[...]

[...] se as sociedades de economia mista forem entendidas como entidades da administração indireta e/ou se seus bens forem concebidos como públicos, por força estarão elas sujeitas àquele controle e, logo, ao controle do TCU.

05 Ora, sem qualquer sombra de dúvida, as sociedades de economia mista – seja as prestadoras de serviço público, seja as empreendedoras de atividade econômica em sentido estrito – são entidades da Administração Indireta.

[...]

07 Permito-me a esta altura voltar a três lapidares pequenas lições de RUY CIRNE LIMA:

‘Sinal distintivo dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo é o fato de participarem da atividade administrativa da União, dos Estados, dos Municípios, ou das entidades autárquicas’;

‘De fato, se é suficiente para reputar-se um bem incorporado ao domínio público ou ao patrimônio administrativo que esse bem participe da administração pública como atividade e se ache, portanto, vinculado ao fim peculiar desta, então devemos concluir que o conceito de domínio público e patrimônio administrativo excedem ao de propriedade pública e que, além dos bens do domínio nacional, ainda outros podem classificar-se como tais’;

‘Podemos dizer, conseqüentemente, sem ofensa ao Código, que formam o domínio público e o patrimônio administrativo todos os bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta’.

[...]

08 *São seguramente bens públicos os bens pertencentes às sociedades de economia mista, razão pela qual força é concluirmos, também neste capítulo, estarem essas entidades da Administração Indireta submetidas ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.”*

É certo que a tese acima esposada não constitui o único fundamento das decisões proferidas pelo STF. Todavia, ao nosso juízo, não pode ser desprezada, por constituir um dos argumentos enumerados para julgar os *mandamus* impetrados. E mais, outra circunstância que nos impede de desconsiderar as ponderações tecidas sobre o assunto é o fato de o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Eros Grau não ter sido contestado por seus pares. Muito pelo contrário, outros Ministros acompanharam em todos os termos o pronunciamento do julgador, e o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, registrou sua inquietação com a afirmativa contida nos acórdãos anteriores pela natureza jurídica de bens privados daqueles que perfazem o patrimônio das sociedades de economia mista.

Destarte, podemos concluir que a questão não se encontra pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, devendo-se considerar, no mínimo, que os julgamentos proferidos nos Mandados de Segurança 25.092-DF e 25.181-DF indicam que a Corte Suprema tende a reputar como públicos todos os bens que estejam afetados a uma utilidade pública.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, corte competente para pacificar a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional federal, também não se pode dizer que a matéria se encontre sedimentada.

O STJ, em reiteradas decisões, vem decidindo que os bens das sociedades de economia mista são, de regra, penhoráveis, ressalvados aqueles diretamente vinculados à prestação de serviços públicos, conforme decisões abaixo transcritas:

“PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

1 A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, *nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição*. Precedentes.

2 Recurso Especial desprovido”¹².

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA EM BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE PRESTA SERVIÇO PÚBLICO.

A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, *nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público*.

Recurso especial conhecido e provido”¹³.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial n.º 521.047-SP. Relator: Ministro Luiz Fux. DJU 16.02.2004.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial n.º 176.078-SP. Relator: Ministro Ari Pargendler. DJ 08.03.1999.

Também já é cediço na jurisprudência do tribunal que os bens das sociedades de economia mista podem ser adquiridos por terceiros por meio de usucapião, por serem bens privados. Confira-se:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA DE DEFESA. BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

I – Entre as causas de perda da propriedade está o usucapião que, em sendo extraordinário, dispensa a prova do justo título e da boa-fé, consumando-se no prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, em consonância com o artigo 550 do Código Civil anterior, sem que haja qualquer oposição por parte do proprietário.

II – *Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Precedentes*¹⁴.

“USUCAPIÃO. Sociedade de Economia Mista. CEB.

- *O bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião.*

- Precedente.

- Recurso conhecido e provido”¹⁵.

Da última decisão, colhemos o seguinte trecho do voto condutor:

“Na verdade, a definição da natureza do bem, para efeito da prescrição aquisitiva, é feita pela natureza jurídica da proprietária. Admitido que se trata de sociedade de economia mista, a sua natureza é de direito privado, os seus bens estão inseridos na ordem privada, e os imóveis são para esse fim, bens particulares, suscetíveis de usucapião”.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n.º 647.357/MG. Relator: Ministro Castro Filho. DJU 23.10.2006.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n.º 120.702/DF. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJU 20.08.2001.

No mesmo diapasão, citamos duas decisões monocráticas, uma proferida pela Ministra Nancy Andrighi ao apreciar o Recurso Especial n.º 725.764/DF (DJ 03.05.2005) e outra emitida pelo Ministro Fernando Gonçalves, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 589.846-RJ (DJ 09.08.2004).

Por fixar os entendimentos acima expostos, poderíamos concluir que estaria o STJ negando a natureza pública dos bens que integram o patrimônio das entidades administrativas de direito privado, já que constituem atributos do regime jurídico a que estão submetidos os bens públicos a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

Entretanto, a leitura de outros julgados proferidos pelo tribunal não nos permite chegar a essa conclusão, senão vejamos.

Recentemente, em outubro de 2006, ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 695.298/DF, emitiu o Tribunal decisão que reconheceu serem públicos os bens da TERRACAP, declarando-os não sujeitos à usucapião. Segue ementa do acórdão:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMÓVEIS PERTENCENTES À TERRACAP. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO.

- 1 Tratam os autos de embargos de divergência apresentados por Maria Lúcia Pereira dos Santos em face de acórdão proferido em sede de recurso especial que exarou entendimento no sentido de que, embora a TERRACAP possua natureza jurídica privada, gere bens públicos pertencentes ao Distrito Federal, impassíveis de usucapião. Colaciona a embarcante julgados oriundos desta Casa em sentido oposto, onde se externa o posicionamento de que os imóveis da TERRACAP integram-se na categoria de bens particulares.

- 2 *Os imóveis administrados pela Companhia Imobiliária de Brasília (Terracap) são públicos, sendo insuscetíveis de usucapião.*
- 3 Embargos de divergência não-providos¹⁶.

Em outra oportunidade, o STJ já havia externado idêntico entendimento, conforme decisão abaixo:

“INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, PERTENCENTE À “COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA – TERRACAP”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO CASO.

– A ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do CC/1916).

Recurso especial não conhecido¹⁷.

Ocorre que a TERRACAP – Companhia Imobiliária de Brasília (antiga NOVACAP) – é uma empresa pública distrital, a quem foram transferidos, pelo Distrito Federal, quando da criação da entidade para execução de atividades imobiliárias, diversos bens imóveis outrora pertencentes àquele ente federado.

Destarte, nesses casos, o STJ conferiu expressamente natureza pública a bens de uma empresa pública, contrariando tendência externada em diversos julgados anteriores, que indicavam que o tribunal considerava tais bens como privados.

Assim, após análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, podemos

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 695.298/DF. Relator: Ministro José Delgado. DJU 18.12.2006.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n.º 146.367/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJU 14.03.2005.

afirmar que a matéria ainda não está pacificada no âmbito dos tribunais superiores.

2.4 Nosso posicionamento

Perfilhamos o entendimento esposado pelos autores da primeira corrente doutrinária, qual seja, aquela que considera que os bens das entidades de direito privado não são bens públicos, mas sim bens privados, pelos motivos a seguir expostos.

Primeiro, porque, repita-se, há disposição legal expressa sobre a questão, e a lei, sendo fonte primária de qualquer ramo do Direito, especialmente do Direito Administrativo¹⁸ – tendo em vista que o *caput* do artigo 37 da Constituição sujeita a Administração Pública à observância do princípio da legalidade, não pode ser totalmente desconsiderada ou tratada como um nada jurídico. Ainda, a norma existente acerca da matéria (artigo 98 do Novo Código Civil) não comporta interpretação no sentido de que os bens das entidades em questão são públicos, pela clareza de sua redação.

Segundo, porque, com o devido respeito, não nos impressionam os argumentos desenvolvidos pelos autores e pela jurisprudência para considerá-los como públicos, se não vejamos.

A circunstância de os bens que integram o patrimônio das entidades em tela terem origem total ou parcial pública, por haverem sido transferidos pelos entes políticos que as criaram, não autoriza a conclusão de que tais bens são públicos.

Ora, quando um ente político, por meio da chamada descentralização por serviços ou funcional, cria uma entidade administrativa, ele insere no mundo jurídico ente dis-

¹⁸ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46.

tinto dele e que com ele não se confunde, tanto é que a nova entidade tem personalidade jurídica própria, capacidade de auto-administração, receita e patrimônio próprios. Assim, os bens transferidos ao patrimônio da entidade, quando de sua criação ou no curso de sua existência, deixam de integrar o acervo de bens do ente político, passando a compor o do ente descentralizado, devendo, portanto, estar sujeitos às regras aplicáveis aos bens do ente criado.

Data venia, não há mero repasse da administração dos bens, mas sim transferência de sua titularidade para as entidades descentralizadas, conclusão ratificada pelo trecho abaixo, transcrito da obra de Fernanda Marinela, na parte que trata do patrimônio próprio das entidades da Administração Indireta:

“[...] quando de sua criação, a entidade responsável transfere parte de seu patrimônio que, daí em diante, *passa a pertencer a esse novo* ente e servirá para viabilizar a prestação de suas atividades, bem como para garantir o cumprimento de suas obrigações [...]”¹⁹.

Se assim não fosse, eventual venda de um bem de uma empresa pública ou sociedade de economia mista realizada pela própria entidade seria viciada, por significar, para o adquirente, *compra a non domino*, já que ninguém pode transferir direito de que não seja titular. O bem só poderia ser alienado pelo ente político que criou a entidade, o que não se pode admitir, além de não se verificar na prática.

Ainda, a prevalecer esse raciocínio, todos os bens que integram o patrimônio de quaisquer entidades administrativas descentralizadas estariam acobertados pela regra da imunidade recíproca prevista na alínea “a” do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal, já que, na verdade, sem-

¹⁹ *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Podivm, 2007. v. 1, p. 72.

pre pertenceriam a um dos entes federados. Assim, seria inútil a disposição contida no § 2º do mesmo artigo constitucional, que estende a imunidade aos bens das autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público que estejam vinculados às suas finalidades essenciais ou às dela decorrentes. De igual forma, desprovida de sentido seria a norma contida no § 3º, que nega imunidade aos bens das entidades vinculados à exploração de atividades econômicas ou à prestação de serviço público em que há contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários.

Por sua vez, a destinação pública conferida a um bem ou sua vinculação ao exercício da função administrativa também não é critério suficiente para definir sua natureza jurídica, uma vez que tal entendimento significaria negar a natureza pública dos bens dominicais e considerá-los como bens privados, já que estes não estão sendo utilizados para nenhuma finalidade pública. Tal inteligência é inadmissível, especialmente porque o Código Civil (artigo 99, III) enumera os bens dominicais como espécie de bens públicos e a própria Constituição Federal atribui a titularidade das terras devolutas, que são bens dominicais, à União e aos Estados (artigos 20, II e 26, IV).

Reforça ainda o raciocínio a circunstância de que, mesmo nos casos de autorização de uso de bem público, em que a utilização, segundo doutrina majoritária, dá-se no interesse exclusivo do particular para o exercício de atividade privada, não havendo interesse público envolvido, o bem não perde sua natureza pública.

A previsão de retorno dos bens ao ente criador no caso de extinção do ente descentralizado também é irrelevante para justificar a natureza pública dos bens das entidades de direito privado. O referido retorno, sem sombra de dúvidas, é legítimo, já que os bens que compunham o patrimônio da entidade originalmente integravam o patrimônio público. Entretanto, somente após a extinção da entidade,

quando efetivamente voltarem a pertencer ao ente federado criador, é que os bens readquirirão sua natureza pública, por terem sido reintegrados ao patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público.

Finalmente, a circunstância de os bens serem privados não torna impossível que se apliquem a eles os atributos do regime jurídico dos bens públicos, como será demonstrado neste artigo.

3 Regime jurídico dos bens públicos

3.1 Noção

Os bens públicos, por se destinarem ao uso da coletividade (bens de uso comum) e serem (bens de uso especial) ou poderem vir a ser (bens dominicais) utilizados pelos órgãos e entidades que integram a Administração Pública direta e indireta para o exercício da função administrativa, que tem como norte o interesse público, estão submetidos a regime jurídico diverso daquele aplicável aos bens particulares, que lhes confere proteções especiais e, ao mesmo tempo, lhes impõe sujeições extraordinárias.

3.2 Conteúdo

De acordo com as disposições do ordenamento jurídico pátrio, são quatro os atributos especiais dos bens públicos, todos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência: a) alienabilidade condicionada; b) impenhorabilidade; c) imprescritibilidade; e d) impossibilidade de oneração.

Vejamos em separado cada um deles.

3.2.1 Alienabilidade condicionada

Aliénar significa transferir voluntariamente a propriedade de um bem, de forma onerosa ou gratuita, abrangendo

quaisquer espécies de negócios jurídicos hábeis para tanto, como a venda, a doação, a permuta e a dação em pagamento, dentre outros.

Aos particulares é permitido alienar seus bens segundo sua vontade, já que eles não têm o dever de simplesmente curá-los ou administrá-los, podendo dispor deles de acordo com sua conveniência.

A assertiva acima, todavia, não significa que a alienação de bens particulares é totalmente livre, havendo normas de direito privado a serem observadas, como, por exemplo, a exigência de formalização através de escritura pública nos casos de transferência de direitos reais sobre imóveis cujo valor ultrapasse 30 (trinta) salários mínimos, contida no artigo 108 do Novo Código Civil, e a necessidade de registro do título no Registro Imobiliário para a efetiva transmissão entre vivos do direito de propriedade sobre imóveis, prescrita no artigo 1.245 do Novo Código Civil²⁰.

Os bens públicos, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, não podem ser livremente alienados pela Administração de acordo a vontade do administrador, estando a transferência de propriedade, através de quaisquer instrumentos jurídicos, condicionada ao estrito cumprimento de exigências legais específicas, enumeradas no artigo 17 da Lei n.º 8.666/93. São elas: a) apresentação de justificativa com base no interesse público; b) prévia avaliação do bem; c) realização de licitação, ressalvadas as exceções legais; e d) prévia autorização legislativa, caso se trate de bem imóvel que integre o patrimônio dos entes políticos, das autarquias ou das fundações públicas de direito público.

²⁰ Vale registrar que ao nosso juízo, ressalvada a existência de norma administrativa expressa, as exigências contidas nos supracitados artigos também se aplicam à alienação de bens públicos, uma vez que as normas de Direito Civil têm aplicação subsidiária no Direito Administrativo.

Quanto à justificativa, não há muito a comentar. Como a Administração, por força dos princípios da impessoalidade e da finalidade, só pode perseguir bens públicos, deverá demonstrar que a alienação daquele bem específico satisfaz, de alguma forma, o interesse coletivo.

A prévia avaliação, que ao nosso sentir poderá ser realizada por órgãos especializados da própria Administração Pública ou por particulares contratados para essa finalidade, tem por fim evitar que os bens públicos sejam alienados por valores inferiores ao de mercado, o que significaria prejuízo ao erário.

Sobre o tema, nos ensina Marçal Justen Filho:

“A alienação nunca poderá fazer-se simplesmente pelo ‘maior’ preço. Há um preço mínimo, obtido através de avaliação, insuscetível de ser ignorado. Logo, se o maior preço for inferior ao mínimo, a alienação é inviável.

A avaliação poderá ser produzida através da atividade dos próprios agentes administrativos ou, mesmo, pelo concurso de terceiros. Como regra, seria aconselhável recorrer à atividade de terceiros, especializados no ramo de avaliação. O avaliador ficará pessoalmente responsável pela idoneidade de suas conclusões”²¹.

O procedimento licitatório é cogente por força do princípio da isonomia, e para alienação de bens da Administração Pública é exigido como regra, estando listadas nas alíneas dos incisos I e II do supracitado artigo 17 as exceções à obrigatoriedade de sua realização. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 927-3, por entender que a União extrapolou sua competência para editar normas gerais ao estabelecer algumas condições acerca

²¹ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 173.

da dispensa de licitação para alienação de bens públicos, deu interpretação conforme às alíneas “b” (em sua redação original) e “c” do inciso I e à alínea “c” do inciso II, bem como ao § 1º do artigo, para fixar que todas essas regras só se aplicam à Administração Pública Federal.

No que toca à autorização legislativa, reiteramos que só se aplica a bens imóveis da Administração Direta e das entidades com personalidade jurídica de direito público. Registramos ainda que, da mesma forma que Marçal Justen Filho²², reputamos ser necessária autorização específica para cada bem imóvel a ser alienado, que identifique o bem e disponha sobre as condições a serem observadas. Ainda, a autorização deverá ser concedida por meio de lei em sentido formal, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, após votação na respectiva casa legislativa.

Importante ressaltar ainda que, na hipótese de pretender a Administração alienar bens públicos de uso comum (categoria em que se enquadram aqueles destinados ao uso indistinto e geral pela coletividade, como as ruas, praças, parques e avenidas) ou bens públicos de uso especial (que são aqueles utilizados para o exercício da função administrativa, como os prédios onde funcionam os órgãos públicos e as viaturas policiais em uso para o patrulhamento ostensivo), é imprescindível sua prévia desafetação, ou seja, deve cessar a destinação pública que lhes era conferida antes de serem alienados. Essa é a prescrição contida no artigo 100 do Novo Código Civil.

Quanto aos bens dominicais (que são aqueles que não se destinam ao uso indistinto pela coletividade e não estão sendo utilizados para o exercício da função administrativa), tendo em vista que não estão afetados a nenhuma utilidade pública, bastará o cumprimento dos requisitos previstos no

²² Op. cit., p. 174.

artigo 17 da Lei Geral de Licitações e Contratos. Nesse sentido dispõe o artigo 101 do Novo Código Civil.

3.2.2 *Impenhorabilidade*

Penhora, segundo Humberto Theodoro Júnior²³,

é o ato do processo de execução que define o bem do devedor que irá se submeter à expropriação judicial para satisfação do credor, tendo como funções individualizar o bem que ficará sujeito à futura transferência coativa para pagamento do credor, apreendê-lo, quando possível, e torná-lo indisponível para o devedor. Como ressabido, o bem penhorado em uma execução judicial, caso o crédito não seja satisfeito voluntariamente pelo devedor em tempo hábil, irá a leilão público, e o produto da arrematação será revertido ao credor.

Todos os bens particulares podem ser objeto da referida restrição judicial, ressalvados aqueles considerados absolutamente impenhoráveis e relativamente impenhoráveis, enumerados nos artigos 649 e 650 do Código de Processo Civil, respectivamente, bem como aqueles cuja impenhorabilidade é conferida pela legislação extravagante, como os imóveis residenciais do casal ou entidade familiar, cuja não submissão à penhora é prevista e regulamentada pela Lei n.º 8.009, de 29.03.1990.

Para os bens públicos, por sua vez, a regra é a impenhorabilidade, sendo impossível ao juiz, em execução judicial promovida contra entidades administrativas de direito público, determinar que a referida restrição incida sobre bens que integram seu acervo patrimonial.

A prerrogativa é de fácil compreensão quanto aos bens públicos de uso comum e de uso especial, porque estão

²³ Cf. *Curso de direito processual civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2. p. 167

sendo livremente utilizados pela coletividade ou usados pela Administração Pública, não podendo ser coativamente transferidos a um particular para satisfação de seu direito de crédito, já que tal conduta constituiria afronta ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A aplicabilidade da impenhorabilidade também aos bens dominicais fica clara quando se considera que o fundamento jurídico deste atributo em relação a quaisquer bens públicos é o artigo 100 da Carta Magna de 1988, que prevê procedimento especial para satisfação de créditos decorrentes de decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, procedimento este que não inclui o ato de penhora.

Essa, inclusive, é a orientação doutrinária, uma vez que o sistema dos precatórios, como leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, exclui “[...] implicitamente, a penhora sobre qualquer tipo de bem público [...]”²⁴.

Ainda em relação aos bens dominicais, vale lembrar que tais bens poderão a qualquer momento se transmutar em bens de uso comum ou de uso especial, desde que lhes seja conferida alguma utilidade pública.

3.2.3 Imprescritibilidade

O atributo da imprescritibilidade denota que os bens públicos não podem ser adquiridos por terceiros por meio da usucapião, também conhecida como prescrição aquisitiva.

No que toca aos bens particulares, se um terceiro sobre eles exerce posse durante lapso temporal previsto em lei, com *animus domini* e de forma ininterrupta e pacífica, o proprietário deixa de sê-lo, adquirindo o possuidor a propriedade do bem. Esses são os contornos gerais da aquisição por meio da usucapião, havendo ainda exigências especiais

²⁴ Op. cit., p. 622.

previstas em lei para cada espécie deste instituto. Vide artigos 1.238 a 1.240, 1.260 e 1.261, todos do Novo Código Civil, assim como o *caput* dos artigos 183 e 191 da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos bens públicos, a aquisição da propriedade por esta forma é impossível, tendo em vista proteção especial conferida expressamente pelo ordenamento jurídico através das normas contidas nos artigos 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Carta Magna, reiteradas pelo artigo 102 do Novo Código Civil.

Podemos afirmar que a imprescritibilidade é decorrência lógica da alienabilidade condicionada. Ora, se para a transferência voluntária da propriedade de um bem público a terceiro é necessário o cumprimento de diversas exigências legais, não se pode admitir que ocorra de uma transferência não consentida pela Administração à míngua da satisfação dos requisitos impostos pela lei.

Vale consignar que estão acobertados quaisquer bens públicos, inclusive os dominicais, como já pacificou o Supremo Tribunal Federal, nos termos do enunciado da Súmula n.º 340 (“Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”).

Além disso, entendemos por bem registrar que outro fundamento a corroborar ser juridicamente impossível a um terceiro adquirir propriedade pública por meio de usucapião é a circunstância de que para a configuração da prescrição aquisitiva, em qualquer de suas modalidades, é essencial que o adquirente exerça posse sobre a área, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se encontra assente no sentido de que a ocupação não consentida de bem público não induz posse, mas mera detenção, como exemplificam os acórdãos abaixo transcritos:

“MANUTENÇÃO DE POSSE. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, ADMINISTRADA PELA ‘TERRACAP – COM-

PANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA'. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

- *A ocupação de bem público não passa de simples detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito de proteção possessória contra o órgão público.*
- Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do Código Civil/1916)²⁵.

“EMBARGOS DE TERCEIRO - MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA - INEXISTÊNCIA DE POSSE - DIREITO DE RETENÇÃO NÃO CONFIGURADO.

- 1 Posse é o direito reconhecido a quem se comporta como proprietário. Posse e propriedade, portanto, são institutos que caminham juntos, não havendo de ser reconhecer a posse a quem, por proibição legal, não possa ser proprietário ou não possa gozar de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.
- 2 A ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção.
- 3 Se o direito de retenção depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daquele direito advindo da necessidade de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias, e assim impedir o cumprimento da medida imposta no interdito proibitório²⁶.

Ainda em relação à usucapião, destacamos que o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo pela possibilidade de aquisição por esta via do domínio útil de

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n.º 489.732/DF. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJU 13.06.2005.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial n.º 556.721/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJU 03.10.2005.

bem público sujeito à enfiteuse, em virtude da inexistência de efeitos danosos ao patrimônio público, uma vez que o domínio direto permaneceria sendo do Estado. Essa é a orientação explicitada no recente aresto abaixo colacionado:

“Civil e processo civil. Recurso especial. Usucapião. Domínio público. Enfiteuse.

- É possível reconhecer a usucapião do domínio útil de bem público sobre o qual tinha sido, anteriormente, instituída enfiteuse, pois, nesta circunstância, existe apenas a substituição do enfiteuta pelo usucapiente, não trazendo qualquer prejuízo ao Estado”²⁷.

Quanto a essa hipótese, entretanto, o STJ já decidiu que a ação de usucapião, como não poderia deixar de ser, deve ser ajuizada contra o enfiteuta ou foreiro, e não contra a entidade pública titular do domínio direto²⁸.

3.2.4 Impossibilidade de oneração

Onerar um bem é instituir sobre ele um direito real de garantia, deixando-o como caução para o credor no caso de inadimplemento da obrigação contraída.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira²⁹,

através dos direitos reais de garantia, um ou mais bens são vinculados ao pagamento de uma dívida, tendo o credor o privilégio de receber o preço apurado na venda judicial da coisa. Essa é a inteligência que se extrai dos artigos 1.419 e 1.422 do Novo Código Civil, que tratam genericamente do penhor, da hipoteca e da anticrese.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial n.º 575.572/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJU 06.02.2006.

²⁸ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n.º 507.798/RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho. DJ 16.03.2004.

²⁹ Cf. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2001. v. 4, p. 202 e 204.

Os particulares proprietários podem livremente oferecer seus bens como garantia de suas dívidas, desde que não haja vedação legal para tanto, como, por exemplo, no caso de bens de menores sujeitos ao poder familiar, que não podem ser onerados pelos pais, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, após autorização judicial (art. 1.691 do Novo Código Civil).

Já os bens públicos, não podem ser gravados com garantia real pelos administradores públicos em favor de terceiros, por duas razões.

Primeiro, se um crédito assegurado por garantia real não for pago pelo devedor, o credor deverá ingressar em juízo com uma execução por título extrajudicial (artigo 585, III, do CPC) em que será penhorada a coisa oferecida como caução, nos termos do § 1º do artigo 655 da Lei Processual. Assim, admitir a oneração de um bem público significaria, por via oblíqua, permitir sua posterior penhora e, como já se viu, esta não é admitida, em virtude da norma contida no *caput* do artigo 100 da Constituição Federal de 1988, que fixa regime próprio para pagamento de créditos de terceiros pela Fazenda Pública.

Segundo, porque, como bem lembrado por José dos Santos Carvalho Filho³⁰, de acordo com o artigo 1.420 do Novo Código Civil, “só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese”, e quaisquer bens públicos, para serem alienados, se sujeitam ao cumprimento de diversos requisitos, não podendo ser livremente alienados.

Salutar deixar consignado que segundo a doutrina majoritária a não onerabilidade se aplica a todas as espécies de bens públicos, inclusive aos dominicais. Nesse sentido se manifesta Maria Sylvia Zanella di Pietro³¹, que registra

³⁰ Op. cit., p. 935.

³¹ Op. cit., p. 623.

as opiniões de Hely Lopes Meirelles, consentânea com seu pensamento, e de Seabra Fagundes, que tem entendimento divergente sobre o assunto.

Para encerrar, cabe fazer menção às consequências de uma indevida instituição de direito real de garantia sobre um bem público, que são descritas com precisão pelo já citado José dos Santos Carvalho Filho:

“Se, por desvio jurídico, as partes assim ajustarem, a estipulação é nula e não pode ensejar os efeitos normalmente extraídos desse tipo de garantia. O credor terá que se sujeitar ao regime previsto no mandamento do artigo 100 da Carta Magna em vigor, isto é, o regime dos precatórios”³².

4 Aplicabilidade dos atributos do regime jurídico dos bens públicos aos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado

Analisada a natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado e o conteúdo do regime jurídico a que estão submetidos os bens públicos, é de se perguntar: as características especiais que compõem o regime dos bens públicos são aplicáveis aos bens pertencentes às sociedades de economia mista e às empresas públicas? Em que circunstâncias?

4.1 *Manifestações da doutrina e nosso entendimento*

Encontramos respostas variadas à indagação inicial na doutrina pátria.

José dos Santos Carvalho Filho, que considera os bens que integram o patrimônio das entidades em questão como

³² Op. cit., p. 935.

privados, responde negativamente, como se pode verificar da leitura do seguinte trecho de seu manual:

“Os bens que passam a integrar, inicialmente, o patrimônio das empresas públicas e sociedades de economia mista provêm geralmente da pessoa federativa instituidora. Esses bens, enquanto pertenciam a esta última, tinham a qualificação de bens públicos. Quando, todavia, são transferidos ao patrimônio daquelas entidades, passam a caracterizar-se como *bens privados*, sujeitos à sua própria administração. Sendo bens privados, não são atribuídas a eles as prerrogativas próprias dos bens públicos, como a imprescritibilidade, a impenhorabilidade, a alienabilidade condicionada etc.”³³.

Hely Lopes Meirelles, apesar de considerar os bens das referidas entidades como públicos, considera que os atributos do regime jurídico típico dos bens dessa categoria se aplicam apenas parcialmente. Vejamos:

“A despeito de serem públicos, dada sua destinação especial às organizações de personalidade privada e sua administração em moldes particulares, os bens das empresas estatais prestam-se a oneração como garantia real e sujeitam-se a penhora por dívidas da entidade, como, também, podem ser alienados na forma estatutária, independentemente de lei autorizativa, se móveis. Os bens imóveis dependem de lei para sua alienação (Lei 8.666/93, artigo 17, I). No mais, regem-se pelas normas de Direito Público, inclusive quanto à imprescritibilidade por usucapião, uma vez que, se desviados dos *fins especiais* a que foram destinados, retornam à condição originária do patrimônio a que se des-tacaram”³⁴.

³³ Op. cit., p. 416.

³⁴ Op. cit., p. 502.

Já Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem os bens são públicos, desde que afetados ao serviço público, expõe outro posicionamento:

“Com relação às entidades da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado, grande parte presta *serviços públicos*; desse modo, a mesma razão que levou o legislador a imprimir regime jurídico publicístico aos bens de uso especial, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, tornando-os inalienáveis, imprescritíveis, insuscetíveis de usucapião e de direitos reais, justifica a adoção de idêntico regime para os bens de entidades da Administração Indireta afetados à realização de serviços públicos.

[...]

Por isso mesmo, entende-se que, se a entidade presta serviço público, os bens que estejam vinculados à prestação do serviço não podem ser objeto de penhora, ainda que a entidade tenha personalidade jurídica de direito privado.

Também pela mesma razão, não podem as entidades prestadoras de serviços públicos alienar seus bens afetados a essa finalidade, sem que haja prévia desafetação...”³⁵.

Com as devidas vênias aos dois primeiros autores citados, apesar de não concordarmos com a conclusão externada por Maria Sylvia Zanella di Pietro – no sentido de que, por serem aplicáveis os atributos especiais, os bens das entidades em questão são públicos – consideramos acertado o raciocínio desenvolvido pela culta doutrinadora para justificar a incidência das prerrogativas e sujeições típicas dos bens públicos aos bens das empresas públicas e soci-

³⁵ Op. cit., p. 429-430.

idades de economia mista, em condições específicas, a seguir analisadas.

4.2 Fatores determinantes e requisitos para a incidência dos atributos especiais

Entendemos que os fatores determinantes para a incidência das prerrogativas e sujeições especiais próprias dos bens públicos aos bens das entidades administrativas de direito privado são a natureza das atividades por elas exercidas e a efetiva utilização do bem para sua execução, e não a natureza jurídica dos bens que compõem seu patrimônio.

Ou seja, para responder à primeira situação-problema posta no início desse item, é irrelevante saber se os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista são públicos ou privados, devendo ser verificadas as finalidades para as quais foram criadas as entidades de direito privado e a vinculação do bem ao seu desempenho.

Embasamos nosso raciocínio na circunstância de que, para nós, o fundamento dos atributos especiais do regime jurídico dos bens públicos é o *princípio da continuidade dos serviços públicos*, que não se aplica somente quando a referida atividade é exercida por pessoas jurídicas de direito público, mas também quando o serviço é prestado por entidades com personalidade jurídica de direito privado.

Confirma a assertiva acima a circunstância de a continuidade da prestação do serviço ser exigida inclusive para os casos em que os serviços públicos são prestados por particulares alheios ao aparato estatal, como os concessionários e permissionários, por força da norma contida no § 1º do artigo 6º da Lei n.º 8.987, de 13.02.1995.

A noção do postulado da continuidade dos serviços públicos nos é dada, com precisão, por José dos Santos Carvalho Filho:

“Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A conseqüência lógica desse fato é o de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade”³⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello, que considera a continuidade dos serviços públicos como subprincípio do postulado da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, registra que “[...] a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe em quaisquer circunstâncias”³⁷.

Nesse sentido, da mesma forma que os serviços públicos prestados diretamente pelos entes políticos ou através de suas autarquias não podem ser suspensos ou interrompidos, os serviços prestados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista também não podem sofrer solução de descontinuidade.

Também por esse motivo, a incidência dos atributos do regime jurídico próprio dos bens públicos aos bens das entidades de direito privado é excepcional, estando sujeita à observância de condições, a serem verificadas em cada caso concreto.

Nesse momento, já é possível identificar quais são esses requisitos:

- a) a empresa pública ou sociedade de economia mista deve ter por objeto social a prestação de serviço público, não se admitindo sua incidência àquelas que exploram atividade econômica;
- b) as prerrogativas e sujeições só incidem sobre os bens vinculados à prestação do serviço público.

³⁶ Op. cit., p. 26.

³⁷ Op. cit., p. 77.

Quanto ao primeiro requisito (ser a entidade prestadora de serviço público), há, inclusive, fundamento constitucional, qual seja, o inciso II do § 1º do artigo 173 da Carta Magna de 1988, que sujeita as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. É certo que a lei definidora do referido regime ainda não foi editada, mas a sua sujeição ao Direito Privado está explícita na norma constitucional.

Segundo Fernanda Marinela, para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, “[...] a regra é a aplicação do direito privado; o direito público é a exceção e deve ser aplicado restritivamente, quando tiver previsão expressa”³⁸.

Já o regime das prestadoras de serviço público, também de acordo com a citada autora, “[...] em muito se aproxima do direito público, até porque são inafastáveis do conceito de serviços públicos. No silêncio da lei, aplicam-se as regras do regime jurídico-administrativo”³⁹.

A segunda condição (estar o bem vinculado à prestação do serviço público) se justifica na medida em que as proteções e sujeições especiais têm por objetivo impedir a descontinuidade no fornecimento de utilidades e comodidades materiais essenciais à coletividade, e não resguardar o patrimônio das entidades, por isso só se aplicam àqueles bens necessários para o desempenho da atividade, não se justificando sua incidência sobre todos os bens que compõem o acervo das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Corroboram a necessidade de atendimento das duas exigências aqui citadas recentes decisões proferidas pelos

³⁸ Op. cit., p. 110.

³⁹ Op. cit., p. 109.

Tribunais Regionais Federais da 4ª e 5ª Regiões, em que foi discutida a validade de penhora que recaiu sobre bens de empresas estatais:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ART. 730 DO CPC. INAPLICABILIDADE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. NATUREZA NÃO PÚBLICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS (INFORMÁTICA). ATIVIDADE-MEIO. PENHORABILIDADE DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. BENS AFETADOS A FINALIDADE PÚBLICA.

- 1 A execução contra a Fazenda Pública, fundada em título judicial ou extrajudicial, deve observar o procedimento previsto no art. 730 do CPC. Tal norma legal não se aplica às execuções movidas contra pessoas jurídicas de direito privado, estejam ou não vinculadas à Administração Pública. *Apenas excepcionalmente, e desde que se trate de prestadora de serviço público, é que se tem admitido a impenhorabilidade dos bens afetados à consecução de seu objeto social, em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, sobre o qual, de regra, não prevalece o interesse creditício de terceiros. Com efeito, o parâmetro “forma de constituição da pessoa jurídica” cede espaço para o elemento material “natureza da atividade” (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) como critério definidor do rito processual a ser adotado.*
- 2 Os serviços prestados pela agravante na área da informática, telemática, teleinformática, assessoramento técnico não possuem natureza pública própria nem são de titularidade do Estado, de molde a justificar um regime jurídico diferenciado daquele a que está submetida a iniciativa privada. Na realidade, trata-se de atividade-meio, cuja natureza jurídica não se transmuda pelo fato de serem destinatários (usuários dos serviços), em sua maioria, órgãos públicos. A figura do usuário não constitui critério di-

ferenciador de serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito.

- 3 Ainda que se acolha o argumento de que os serviços de informática estão afetados a uma finalidade pública, porque prestados a órgãos públicos, daí não se infere a impenhorabilidade de todo o patrimônio da empresa. *O reconhecimento desse privilégio processual é admitido excepcionalmente e pressupõe a efetiva utilização do bem na prestação de serviços, não se podendo confundir o patrimônio da agravante, entidade com personalidade jurídica própria, com o de seu sócio majoritário, o Município de Porto Alegre, sendo impenhoráveis apenas os bens pertencentes a este*⁴⁰.

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA INCIDENTE SOBRE O FATURAMENTO DE EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DE TAL PENHORA QUANDO TRATAR-SE DE EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO, COMO OCORRE “IN CASU”, EM FACE DA IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS. CITAÇÃO DO ENTE ESTATAL (MUNICÍPIO DO RECIFE). POSSIBILIDADE.

- 1 Objetiva-se no presente recurso cassar a decisão que indeferiu a liminar, - que objetivava a penhora de valor correspondente a 10% dos repasses mensais efetuados pelo Município, para garantia de créditos tributários devidos e não pagos pela Empresa;
- 2 Não se pode olvidar ser possível a realização de penhora sobre o faturamento da empresa, entretanto, esta somente há de ser efetivada quando o exequente comprovar que não lhe resta outra opção para

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1ª Turma. Agravo de Instrumento n.º 200604000112217. Relatora: Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJU 04.12.2006.

satisfazer o seu crédito, face a ausência de bens do executado ou, havendo estes, que não sejam de difícil alienação. Tal assertiva se impõe de modo a garantir a sobrevivência da executada, cuja necessidade de dispor de verbas disponíveis, a título de capital de giro, é notória;

- 3 *É perfeitamente possível fazer incidir a penhora sobre o faturamento de empresas estatais, (empresas públicas e sociedade de economia mista), a depender da atividade exercida, ou seja, desde que exploradoras de atividade econômica, por submeterem-se ao regime jurídico das empresas privadas. A “contrariu sensu”, tal penhora deixa de ser aplicável quando tratar-se de empresa estatal prestadora de serviço, em face da impenhorabilidade a que estão vinculados seus bens, como forma de não permitir a solução de continuidade do serviço público, cuja finalidade está determinada pela lei que a instituiu;*
- 4 In casu, efetivada uma análise da lei instituidora, no caso, a Lei Municipal n.º 10.930, de 07 de fevereiro de 1973, e observando-se da mesma que a Empresa de Urbanização do Recife, além de ter como finalidade implantar planos urbanísticos e executar serviços de caráter econômico, realiza também serviços públicos, o que por si só justifica a impenhorabilidade de seus bens.
- 5 Portanto, irreparável a decisão singular, que caminhou no sentido de determinar que a exequente promovesse a citação do ente estatal (Município do Recife), para responder subsidiariamente pelo débito ora executado;
- 6 Agravo regimental prejudicado;
- 7 Agravo de instrumento improvido⁴¹.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. 2ª Turma. Agravo de Instrumento n.º 200305000264249. Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. DJU 27.11.2006.

4.3 Conseqüências

Uma vez identificadas as condições para aplicação dos atributos do regime jurídico dos bens públicos aos bens que compõem o acervo das entidades administrativas de direito privado, cumpre-nos analisar as conseqüências da aplicação dos referidos atributos extraordinários.

4.3.1 Alienabilidade condicionada

Em relação à alienação, *exigir-se-á, inicialmente, que o bem seja previamente desvinculado da prestação do serviço público. Enquanto estiver sendo utilizado para o exercício da atividade, ele será inalienável*, da mesma forma que os bens públicos de uso especial enquanto afetados.

Ainda que não mais esteja ligado à prestação do serviço, circunstância que desautoriza a incidência dos atributos próprios do regime jurídico dos bens públicos, cabe registrar que a alienação está sujeita ainda ao cumprimento de outras exigências, não por extensão das prerrogativas e sujeições extraordinárias dos bens públicos, mas em virtude de disposição legal expressa, contida no artigo 17 da Lei n.º 8.666/93, abaixo transcrito:

“Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para os órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

[...]

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos.”

Confira-se que o *caput* utiliza a expressão *Administração Pública*, que, sem sombra de dúvidas abrange as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são entidades da administração indireta.

Inclusive, o conceito da locução para fins da Lei Geral de Licitações e Contratos é conferido pelo inciso XI de seu artigo 6º, que assim dispõe:

“Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XI – Administração Pública – a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.”

Portanto, para alienar bens que integram o seu patrimônio, as entidades deverão, além de desvincular o bem da prestação do serviço: a) justificar a alienação, com base no interesse público; b) avaliar previamente o bem; c) realizar licitação.

Ressaltamos que não se exige autorização legislativa, nem mesmo para os bens imóveis, condição imposta somente aos entes políticos e às autarquias e fundações públicas. É suficiente deliberação do órgão ou autoridade responsável da entidade pela alienação do bem.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS.

- 1 A sociedade de economia mista tem como órgão soberano a Assembléia-Geral que administra a sociedade, podendo autorizar a alienação de seus bens.
- 2 O Poder Público como acionista, despe-se do seu jus imperii, igualando-se aos demais acionistas.

- 3 *Alienação que, autorizada pela Assembléia-Geral, não sofre o crivo político do Legislativo.*
- 4 Recurso provido, segurança concedida⁴².

Do voto condutor extraímos o seguinte trecho:

“A razão está com a impetrante que, na qualidade de pessoa jurídica de Direito Privado, integrando a administração indireta, não está imune às regras de licitação, só podendo alienar bens do seu patrimônio mediante licitação.

Entretanto, tal alienação independe de autorização legislativa.

Tendo a Assembléia-Geral da sociedade autorizado a alienação (fls. 93/94), a só concorrência pública legítima o ato.”

4.3.2 *Impenhorabilidade*

Acerca da penhora, não há muito mais o que se acrescentar.

De acordo com os precedentes já colacionados neste artigo, inclusive quando da análise da natureza jurídica dos bens pertencentes às entidades em questão, *só não poderá incidir a restrição judicial sobre os bens vinculados e necessários à prestação do serviço público. Todos os demais bens são penhoráveis.*

Cabe ainda trazer à baila, para melhor ilustrar a questão, recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Cautelar que determinou a suspensão da penhora de receitas de bilheteria da Companhia do Metropolitano de São Paulo, por entender que a referida sociedade de economia mista presta serviço público e que

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 9.012/SP. Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJU 17.12.1999.

a restrição judicial poderia inviabilizar o exercício da atividade. Segue a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. SISTEMA METROVIÁRIO DE TRANSPORTES. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. PENHORA INCIDENTE SOBRE RECEITA DE BILHETERIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM ALEGAÇÃO DE OFENSA AO INCISO II DO § 1º DO ART. 173 DA MAGNA CARTA. MEDIDA CAUTELAR.

Até o julgamento do respectivo recurso extraordinário, fica sem efeito a decisão do Juízo da execução, que determinou o bloqueio de vultosa quantia nas contas bancárias da executada, Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ.

Adota-se esse entendimento sobretudo em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público, sobre o qual, a princípio, não pode prevalecer o interesse creditício de terceiros. Conclusão que se reforça, no caso, ante o caráter essencial do transporte coletivo, assim considerado pelo inciso V do art. 30 da Lei Maior.

Nesse entretempo, restaura-se o esquema de pagamento concebido na forma do art. 678 do CPC.

Medida cautelar deferida⁴³.

Sobre o tema, vale ainda registrar a situação peculiar dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, de acordo com a jurisprudência do Pretório Excelso.

O STF, após grande discussão entre seus componentes, assentou entendimento segundo o qual a ECT, apesar de ser empresa pública, por prestar serviço público de competência da União Federal em regime de monopólio, é equi-

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Cautelar n.º 669/SP. Relator: Ministro Carlos Brito. DJU 26.05.2006.

parada à Fazenda Pública, tendo sido recepcionado pela ordem constitucional vigente o artigo 6º do Decreto-lei n.º 509/69, que confere impenhorabilidade aos seus bens.

Destarte, os bens da ECT, de acordo com o STF, são impenhoráveis, devendo os credores da entidade se sujeitar ao regime dos precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

Segue ementa do *leading case* da questão:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI N.º 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- 1 À Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei n.º 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.
- 2 Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido⁴⁴.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário n.º 220.906/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. DJU 14.11.2002.

No mesmo sentido, foram proferidas as seguintes decisões: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 230.161/CE (DJU 10.08.2001) e Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n.º 230.051/SP (DJU 08.08.2003).

4.3.3 Imprescritibilidade

Em relação à imprescritibilidade, é imperioso oferecer uma explicação.

É certo que há diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a aquisição de bens de sociedades de economia mista por usucapião.

Entretanto, as referidas decisões, ao nosso sentir, não negam o entendimento de que a imprescritibilidade pode ser aplicável aos bens que integram o patrimônio das entidades administrativas de direito privado.

Para que se configure a prescrição aquisitiva de coisa móvel ou imóvel por terceiro é essencial, para todas as espécies de usucapião, que o adquirente tenha exercido posse mansa sobre o bem por um lapso temporal razoável (o menor prazo é o de três anos ininterruptos).

Ora, se nos casos decididos pelo STJ foi possível a um terceiro possuir como seu, por tanto tempo, bem de sociedade de economia mista, fica latente que a referida coisa não estava vinculada ao exercício de seu objeto social. Afinal, se a coisa fosse necessária para a prestação de serviço público ou exercício de atividade econômica, ela estaria sendo efetivamente utilizada pela entidade, sendo impossível que um terceiro exercesse posse sobre ela por tanto tempo, com *animus domini* e sem oposição.

Assim sendo, mesmo diante das decisões proferidas pelo STJ, os requisitos para a incidência da imprescritibilidade sobre os bens que integram o patrimônio das entidades administrativas de direito privado são os mesmos identificados para a aplicação dos demais atributos.

Destarte, serão usucapíveis todos os bens pertencentes às entidades exploradoras de atividade econômica, assim como aqueles que integram o acervo dos entes que prestam serviço público mas não estão vinculados à prestação do serviço.

4.3.4 Impossibilidade de oneração

No que toca à instituição de direitos de garantia, também valem as mesmas condições.

Sendo a entidade prestadora de serviço público, não poderá onerar os bens vinculados à prestação do serviço, já que tal ato os sujeitaria a posterior penhora em caso de inadimplemento da obrigação.

Por outro lado, os bens das prestadoras de serviço público não vinculados, assim como todos aqueles que pertencerem às entidades exploradoras de atividade econômica, poderão ser onerados.

5 Conclusões

Após o detido estudo ora realizado, sem pretender esgotar os assuntos tratados, que são complexos e suscitam grandes divergências, chegamos às seguintes conclusões:

- 1 De acordo com o direito positivo (artigo 98 do Novo Código Civil), os bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado não são bens públicos, mas sim bens privados;
- 2 Em que pese a disposição expressa contida na lei, podemos afirmar que há atualmente três correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica dos bens das entidades em tela: a) a primeira, da qual são adeptos José dos Santos Carvalho Filho, Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo, considera-os bens pri-

vados; b) a segunda, da qual é partidário Hely Lopes Meirelles e, ao que parece, Odete Medauar, entende que os bens são públicos; e c) a terceira, à qual se filiam Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro, sustenta que os bens são públicos enquanto vinculados à prestação de serviços públicos.

- 3 A natureza jurídica dos bens que compõem o acervo patrimonial das empresas públicas e sociedades de economia mista não se encontra assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tendendo o primeiro a considerá-los públicos e o segundo a classificá-los como privados;
- 4 Nosso entendimento é que os bens pertencentes às empresas públicas e às sociedades de economia mista são bens privados, diante da existência de regra jurídica clara nesse sentido e da insuficiência dos argumentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência para considerá-los como bens públicos;
- 5 Os bens públicos estão sujeitos a regime jurídico diferenciado, composto de prerrogativas especiais e sujeições extraordinárias, quais sejam: a) alienabilidade condicionada; b) impenhorabilidade; c) imprescritibilidade; e d) impossibilidade de oneração;
- 6 Os atributos especiais do regime jurídico diferenciado dos bens públicos também podem ser aplicáveis aos bens pertencentes às entidades administrativas de direito privado, já que seu fundamento é o princípio da continuidade dos serviços públicos, pouco importando se os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista são reputados públicos ou privados;

- 7 São condições para a incidência dos atributos especiais do regime jurídico dos bens públicos aos bens das empresas públicas e sociedades de economia mista: a) que a entidade seja prestadora de serviço público, excluindo-se as exploradoras de atividade econômica; e b) que o bem esteja vinculado à prestação do serviço;
- 8 São conseqüências da aplicação dos atributos do regime jurídico dos bens públicos ao acervo patrimonial das empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de serviço público: a) a necessidade de desvincular previamente o bem da prestação do serviço público para que possa ser alienado; e b) impenhorabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de oneração dos bens vinculados ao serviço público.

1.4

A REGULAÇÃO JURÍDICA DO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: DESAFIOS E PROPOSIÇÕES

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 Introdução e delimitação do tema. 2 As competências regulatórias do DETRAN e do DERTES: campos de ordenação jurídico-setoriais distintos embora conexos. 3 As competências do DERTES em matéria sancionatória. 3.1 A regulação sancionatória nos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. 3.2 A regulação sancionatória nas atividades econômicas de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. 4 A estrutura e o papel do Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros. 5 O processo administrativo regulatório no ordenamento setorial do transporte rodoviário de passageiros e o regime extintivo das pretensões sancionatórias estatais. 6 Proposições conclusivas. 7 Referências.

1 Introdução e delimitação do tema

O presente exame jurídico pretende demonstrar algumas complexidades, desafios e proposições que o marco regulatório do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, no Estado do Espírito Santo, apresenta em sua concretização prática, com a finalidade de explicitar a necessidade do seu aperfeiçoamento.

Neste sentido, a partir da observação da aplicabilidade do citado marco regulatório estadual, como decorrência das experiências vivenciadas como Procurador do Estado vinculado ao Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal,

* Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Procurador do Estado do Espírito Santo. Representante da Procuradoria Geral do Estado no Conselho de Transporte Coletivo Intermunicipal de Passageiros do Estado do Espírito Santo. Professor de Direito da Pós-Graduação em Direito do Estado da Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Advogado e Parecerista no Estado do Espírito Santo.

passo a realçar alguns pontos no citado ordenamento setorial que merecem pronta reestruturação, sem prejuízo da reforma de outros pontos, da mesma maneira relevantes, mas que não foram contemplados no presente pronunciamento.

Reforço que as modificações estruturais, abaixo compendiadas, não dispensam outras reestruturatórias do setor, em especial pelo fato de que, no ano 2011, na forma do art. 52 da Lei n.º 5720/98, todas as concessões do serviço público de transporte atualmente vigorantes, outorgadas sem prévio procedimento licitatório, deverão ser licitadas.

Daí, pois, a necessidade de que o Estado se prepare adequadamente para a reengenharia do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Assim, a partir da metodologia tópica acima apresentada, passo ao exame da matéria.

2 As competências regulatórias do DETRAN e do DERTES: campos de ordenação jurídico-setoriais distintos embora conexos

No âmbito da regulação judicante¹ das questões envolvendo o sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros neste Estado, tem sido comum o argumento apresentado pelos agentes econômicos do segmento em tela, a usurpação, por parte do DERTES – que é o agente regulador do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros neste Estado, como se demonstrará adiante – de competências próprias do DETRAN.

De início, merece registro que as competências do DETRAN e do DERTES não se confundem, posto se tratarem

¹ Sobre a regulação judicante, confirmam-se as obras de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

de campos de ordenação jurídico-setoriais distintos, embora sejam conexos.

Com efeito, o DETRAN é competente para aferir as condições de circulabilidade dos veículos e dos condutores, de modo a garantir a adequada segurança no trânsito.

É, pois, atividade voltada para a disciplina da utilização de vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga².

O que se pretende com a disciplina jurídica do trânsito é, fundamentalmente, a proteção da vida, por meio da fixação de normas para circulação dos veículos e requisitos de segurança a serem atendidos pelos condutores³.

A obrigação de garantir um trânsito adequado, dada a sua relevância, fez com que o legislador federal estabelecesse as bases de um sistema nacional de trânsito⁴, com os objetivos gerais de segurança, fluidez, conforto, defesa ambiental e educação no trânsito, padronizando-se os critérios técnicos, financeiros e administrativos para a execução das atividades de trânsito⁵.

E o sistema nacional de trânsito ensejou a necessidade de organização de atribuições entre as diversas entidades da federação, dentre as quais, os Estados-membros, por meio dos seus órgãos e entidades executivos de trânsito e rodoviário⁶.

Neste contexto, estabelece o Código de Trânsito Brasileiro – CTB – um amplo campo de competências para os órgãos e entidades estaduais executivos de trânsito e rodoviários⁷, sempre com vistas à concretização do direito ao

² Lei n.º 9503/07, art. 1º, par. 2º.

³ Lei n.º 9503/07, art. 1º, par. 5º.

⁴ Lei n.º 9503/07, art. 5º.

⁵ Lei n.º 9503/97, art. 6º.

⁶ Lei n.º 9503/97, art. 7º, III e IV.

⁷ Lei n.º 9503/97, art. 21 e 22.

trânsito seguro e adequado⁸, a partir da adequação técnica dos veículos e dos respectivos condutores⁹.

Avançando, resta incontroverso, da própria disciplina sistemática do CTB, a distinção entre a atividade de regulação do trânsito, própria do DETRAN estadual, e a regulação dos serviços públicos e atividades econômicas inerentes ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, neste Estado, inerente ao DERTES. É o que se infere dos arts. 107, 108, 135 e 329, todos da Lei n.º 9503/97.

Assim, do sistema nacional de trânsito acima descrito, bem se percebe que a preocupação do Código de Trânsito Brasileiro é *a segurança efetiva no trânsito*, de maneira ampla, disciplinando as *condições de circulabilidade dos veículos e os requisitos a serem atendidos pelos condutores*, de modo a garantir, fundamentalmente, a preservação da vida na circulação das pessoas e veículos.

Parecendo trilhar o mesmo entendimento, averba DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...)

Os meios de *transporte*, a par de sua ponderável importância na vida das sociedades contemporâneas, trazem contínuos perigos ao homem. Desenvolveu-se, para disciplinar a sua utilização, uma *polícia de viação*, que impõe as necessárias limitações ao direito individual de usar os meios e as vias de transporte, no interesse da segurança da pessoa humana e dos bens, distinguindo-se, a partir daí, as polícias de *trânsito* e de *tráfego*, em suas modalidades *terrestre, marítima e aérea*. A *polícia de trânsito* disciplina a circulação de pessoas e veículos, enquanto à *polícia de tráfego* cabe regular o deslocamento de veículos em missão de transporte.

⁸ Lei n.º 9503/97, art. 1º, par. 2º.

⁹ Neste sentido, confira-se a dicção dos arts. 21 e 22 da Lei n.º 9503/97.

(...)

O Código Nacional de Trânsito em vigor define matérias de competência federal, tais como condições para a circulação de veículos, suas categorizações, seus equipamentos obrigatórios, registros, licenciamentos, condições para a condução dos veículos, deveres, proibições, penalidades e recursos, dispondo especificamente sobre os sinais de trânsito, que se constituem em ordens simbólicas de polícia¹⁰.

No âmbito deste Estado, as competências do DETRAN, que tem natureza jurídica de autarquia, estão fixadas na Lei n.º 2482/69, tendo sido reorganizada a autarquia pela Lei Complementar estadual n.º 226/2002.

Neste contexto, sendo a lei de regência do DETRAN anterior à Constituição da República de 1988, à Constituição deste Estado de 1989, à Lei n.º 9503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), e às próprias Leis Complementares 223/2002 e 311/2005 (que criam e reestruturam o DERTES), merece adequada releitura, à luz dos diplomas mencionados, para se alcançar o real papel da entidade reguladora do trânsito estadual e, neste sentido, apartar as suas atribuições daquelas conferidas ao regulador do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Com efeito, pode-se afirmar que as normas atributivas de competência ao DETRAN, em matéria de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, previstas na Lei n.º 2482/69¹¹, foram revogadas, por incompatibilidade, com a novel disciplina¹² conferida pelas Leis Complementares 223/2002 e 311/2005.

¹⁰ *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 405-406.

¹¹ Como, por exemplo, os arts. 10, *caput*, parte final, 11, n.º 18, 20, "n", 29, "d", parte final e 46, parte final.

¹² Decreto-lei n.º 4657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), art. 2º, par. 1º.

Destarte, a primeira criou o DERTES como entidade autárquica e a segunda reorganizou a sua estrutura, ambas atribuindo ao DERTES a regulação do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, seja o serviço público, quer a atividade econômica de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Assim, as leis complementares citadas disciplinaram, pois, inteiramente e de maneira diversa, a matéria pertinente ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros prevista anteriormente na Lei n.º 2482/69. É o que se infere dos arts. 3º e 4º da LC n.º 223/2002.

Sob outro prisma, é o que se extrai da própria estrutura organizacional do DETRAN, remodelada pela LC n.º 226/2002, que, ao tratar da disciplina do trânsito estadual, nada mencionou sobre o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, com exceção do transporte escolar, o que se justifica pelo próprio tratamento da matéria conferido pelo Código de Trânsito Brasileiro, que cuidou especialmente do tema¹³.

Significa dizer que, no caso, houve *silêncio propositado e eloqüente do legislador estadual*, já que tais atribuições se inserem no âmbito de competência de outra autarquia estadual, no caso, o DERTES, responsável pela regulação do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, como demonstrado.

Assim, pelo quadrante legal mencionado, a *regulação do trânsito*, competência do DETRAN, não se confunde com a *disciplina regulatória dos serviços públicos e atividades econômicas inerentes ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros*, de competência do DERTES.

Logo, o que se pretende com a disciplina jurídica do transporte rodoviário intermunicipal é, fundamentalmente,

¹³ Lei n.º 9503/97, arts. 136 a 139.

o adequado desempenho da atividade de transporte de pessoas.

Noutro passo, *a disciplina do trânsito*, como mencionado alhures, almeja garantir *a segurança na circulabilidade dos veículos e pessoas*, cuidando-se, pois, de campos de irradiação normativa que, embora conexos, apresentam-se distintos em suas estruturas e finalidades.

É dizer, a regulação do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, além de normas específicas do setor, deve observar, prévia e necessariamente, as condições de circulabilidade próprias dos veículos e dos respectivos condutores, inseridas no âmbito da disciplina trazida pelo CTB.

Sobre o tema, analisando a necessária convivência entre a regulação de trânsito e a regulação do serviço de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, já tive a oportunidade de manifestar em trabalho específico sobre o tema que:

(...)

Observar-se-á, da mesma maneira, como *standard* limitador da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na regulamentação do serviço de interesse econômico geral de transporte rodoviário alternativo a disciplina geral nacional fixada na Lei n.º 9503, de 23.09.97 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB). Neste passo, o CTB estabelece que os veículos prestadores de serviços de utilidade pública gozam de livre parada e estacionamento no local da prestação do serviço, desde que devidamente sinalizado e identificado na forma estabelecida pelo CONTRAN, responsável pela regulação nacional do trânsito no Brasil. Fixa-se, da mesma maneira, o princípio geral segundo o qual os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores e, em conjunto, pela incolumidade dos pedestres. Avançando nas considerações, deve o Chefe do Poder Executivo regulamentar o direito público subjetivo dos cidadãos, diretamente ou através dos res-

pectivos grupos intermédios representativos, de verem seus pleitos apreciados e respondidos em prazo razoável, a propósito da segurança do transporte rodoviário alternativo. Em matéria de segurança e meio ambiente, dispõe o CTB que os veículos em circulação terão suas condições de segurança e o grau de emissão de poluentes e de ruído avaliados periodicamente, mediante inspeção, que, para a sua operacionalização, necessitará da previsão no regulamento em apreço da possibilidade de convênios do Estado do Rio de Janeiro com as entidades competentes, tais como CONTRAN e CONAMA. Ainda no campo da segurança dos veículos utilizados no serviço de transporte alternativo, pouca liberdade remanesce ao Chefe do Poder Executivo, pois devem ser observadas as prescrições constantes do CTB e as normas regulatórias de trânsito emanadas pelo CONTRAN, sem prejuízo da regulação operativa do DETRO/RJ em razão do transporte em foco”¹⁴.

Como exemplo da convivência sistêmica entre os dois ordenamentos setoriais, registre-se que o licenciamento dos veículos utilizados no transporte rodoviário intermunicipal de passageiros junto ao DETRAN só atesta a condição de circulabilidade dos mesmos, mas não a possibilidade de realizar o transporte intermunicipal de passageiros, o que supõe a prévia observância do marco regulatório que disciplina o setor.

Se é assim, dada a diversidade de ordenamentos setoriais – *um para a regulação do trânsito e adequabilidade dos meios de transporte e condutores e outro para a realização do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros* – é plenamente possível a *diversidade de regimes jurídicos regulatórios*, inclusive no campo sancionatório.

¹⁴ SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 99-100.

É dizer, apresenta-se plenamente passível a *convivência sistêmica* de regimes jurídicos sancionatórios distintos, embora conexos, conforme se trate de infrações às normas regulatórias de trânsito ou, de outro lado, inerentes às atividades de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, com pressupostos e procedimentos recursais distintos, como ocorre no âmbito deste Estado.

Em outros termos, com a mesma conduta, por exemplo, pode um agente econômico do segmento de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros violar as normas regulatórias do trânsito brasileiro e, também, as normas regulatórias da atividade de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, o que ensejará conseqüências jurídicas sancionatórias conexas, embora distintas.

Entender diferente significa sustentar que existem, no âmbito deste Estado, duas entidades autárquicas para desenvolver a mesma atividade regulatória, o que não se coaduna com os princípios jurídicos setoriais da eficiência e da economicidade dos atos e atividades estatais (CR/88, arts. 37, *caput* e 70, *caput*).

Nesta ordem de idéias, não procede o argumento comumente sustentado pelos agentes econômicos do segmento de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no sentido de que haveria uma superposição e usurpação das competências do DETRAN pelo DERTES.

Isto porque, como se pretendeu demonstrar, a competência para a regulação do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, seja para o serviço público, quer a atividade econômica, se situam no âmbito da competência do DERTES, à luz do disposto nos arts. 3º e 4º da LC n.º 223/2002, independentemente das competências próprias do DETRAN.

Registre-se, contudo, que o fato de o DERTES ser o regulador dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e das atividades econômicas

de transporte não significa que a dita entidade seja uma agência reguladora, por não ostentar as características que a doutrina e o ordenamento jurídico pátrio vêm apresentando para a configuração de uma agência reguladora, consubstanciadas, em síntese, numa densa e específica autonomia decisional e econômico-financeira, inexistentes neste Estado.

Vistos os contornos fundamentais a respeito da competência do DERTES para a regulação das atividades inerentes ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, vale enfrentar a questão referente às competências sancionatórias do regulador estadual, consoante se passa a explicitar no tópico seguinte.

3 As competências do DERTES em matéria sancionatória

Como demonstrado acima, o DERTES é a entidade reguladora estadual dos serviços públicos e atividades econômicas envolvendo o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Neste contexto, se a própria lei atribuiu ao DERTES as competências para planejar, fiscalizar e controlar as atividades de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito deste Estado, com vistas à eficiência no segmento regulado¹⁵, é razoável acreditar que a mesma lei indicou os meios e os instrumentos para o alcance da almejada eficiência no setor de transporte.

Significa dizer, se a lei traçou os objetivos e os fins a serem atendidos com a regulação do setor, essa mesma lei deve apresentar os meios e instrumentos para o alcance das finalidades pretendidas.

¹⁵ LC n.º 223/2002, arts. 3º e 4º.

Neste sentido, cumpre verificar, em especial, o travejamento legal para a atuação sancionatória do DERTES.

Para tanto, considerando que o DERTES regula tanto os serviços públicos quanto as atividades econômicas inerentes ao transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, necessária se faz a distinção quanto à natureza da atividade (serviço público ou atividade econômica), tendo em vista a variação dos fundamentos de legalidade e legitimidade do DERTES para a sua atuação regulatória.

3.1 A regulação sancionatória nos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros

Como é do conhecimento convencional, a lei geral nacional de concessões e permissões de serviços públicos (Lei n.º 8987/95), que, tradicionalmente, vem disciplinando os serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros¹⁶, se constitui em relevante paradigma normativo, de observância obrigatória para o Estado.

Isto porque, além da importância e cogência de seu sistema normativo, percebe-se do exame sistemático de sua disciplina, *uma ponderável abertura para a densificação de seus princípios no âmbito estadual*, quer pela via legislação, seja por meio da regulamentação e da regulação¹⁷,

¹⁶ Não se abordará aqui as concessões previstas na Lei n.º 11.079/2004, pois o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros é tradicionalmente regido pela Lei n.º 8987/95 e respectivas leis estaduais específicas do serviço público em tela, como no caso vertente, razão porque não se apresenta necessário o exame do marco regulatório citado, cujo formato se destina, precipuamente, às parcerias entre o Estado e a iniciativa privada em atividades e empreendimentos não auto-sustentáveis.

¹⁷ Fixo como premissa teórica para o presente exame a distinção entre o ato regulamentar e o ato regulatório. Tais institutos não se confundem, já que possuem, até mesmo, sedes constitucionais distintas (CR/88, arts. 84, IV e 174). Destarte, com a regulação, na forma do modelo brasileiro contemporâneo, desenvolvida por Agências Reguladoras, se emite ato administrativo de cunho técnico explicador da lei, portanto, vinculado seu fundamento de validade e eficácia ao disposto em lei, sem possibilidade de inovação no mundo jurídico, ao passo que o regulamento, como regra, é ato administrativo de cunho político, expedido pelo Chefe do Poder Executivo, sem se inovar, de regra, na ordem jurídica. Neste sentido entende a doutrina mais atualizada que se debruçou sobre o estudo da atividade regulatória no Brasil, consoante se infere dos magistérios doutrinários de SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 24-26 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132.

consoante se passa a demonstrar, sempre com vistas à disciplina do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Com efeito, logo em seu artigo inaugural, prevê que as concessões e permissões de serviços, inclusive as estaduais, devem conformação à referida lei e são disciplinadas, também, pelas normas contratuais pertinentes, fazendo-se necessárias, a partir da entrada em vigor da lei em exame, as adaptações pertinentes no marco regulatório estadual, incluindo os atos administrativos regulamentares e regulatórios dos serviços públicos de transporte, abrangidos no amplo conceito de “legislação” previsto no parágrafo único da norma em exame (Lei n.º 8987/95, art. 1º e par. único).

Avançando, estabelece que as concessões devem observar, além da disciplina da lei nacional de serviços públicos e do edital de licitação, as normas específicas pertinentes, no que inclui os atos administrativos regulamentares e regulatórios estaduais expedidos pelas autoridades competentes para tanto¹⁸.

Adiante, ao delinear as bases fundamentais para o conceito jurídico de serviço adequado, vincula o conceito citado à *densificação específica nas normas estaduais pertinentes*¹⁹.

No mesmo sentido, estabelece como direito subjetivo do usuário do cometimento a fruição do serviço público com liberdade de escolha entre os diversos prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do Poder Concedente²⁰.

Podem ser compendiados, ainda, como exemplos eloqüentes de *espaço normativo para a disciplina legal, regulamentar e regulatória no âmbito estadual*, as questões ineren-

¹⁸ Lei n.º 8987/95, art. 4º.

¹⁹ Lei n.º 8987/95, art. 6º, *caput*.

²⁰ Lei n.º 8987/95, art. 7º, III.

tes à política tarifária²¹ e os requisitos e condições para a participação na licitação²², merecendo destaque, por relevante, a disciplina do conteúdo dos contratos de concessão.

Neste sentido, estabelece a lei nacional de concessões e permissões de serviços públicos as cláusulas essenciais do contrato de concessão, o que não impede que *outras previsões adequadas, proporcionais e específicas sejam inseridas pelo regulador estadual no instrumento contratual*.

Dentre as cláusulas contratuais essenciais, prevê a citada lei nacional, além de outras, a disciplina negocial dos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço, as formas e instrumentos para a fiscalização da execução dos serviços, as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação, bem como os casos de extinção da concessão²³.

Mais adiante, visando à efetivação dos *princípios da celeridade, eficiência e consensualidade na prestação dos serviços públicos*, prevê a Lei geral nacional a possibilidade expressa de arbitragem como forma de resolução dos conflitos nas concessões²⁴.

No mesmo contexto, estabelece a Lei geral nacional a possibilidade de subconcessão, assim como a transferência da concessão, nos termos a serem explicitados pelo regulador estadual do serviço público²⁵.

Avançando, também se prevê, na forma e nos limites a serem detalhados pelo regulador estadual, a possibilidade de o concessionário oferecer, em garantia, os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço²⁶.

²¹ Lei n.º 8987/95, arts. 9º a 13.

²² Lei n.º 8987/95, arts. 18 a 21.

²³ Lei n.º 8987/95, art. 23, V, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XIV e XV.

²⁴ Lei n.º 8987/95, art. 23-A.

²⁵ Lei n.º 8987/95, arts. 26 e 27.

²⁶ Lei n.º 8987/95, art. 28.

Neste mesmo sentido, visando à garantia de contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, prevê a norma nacional que as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros (Lei n.º 8987/95, art. 28-A, incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005).

Adiante, impõe como obrigação do Poder Concedente a *efetiva regulamentação e regulação do serviço público concedido*, o que deve ser feito em vista das *respectivas realidades estaduais pertinentes*, a confirmar, como mencionado, um *relevante campo de atuação regulamentar e regulatória no Estado* (Lei n.º 8987/95, art. 29, I).

Destarte, como decorrência da regulação efetiva do serviço público, prevê a norma nacional a obrigação do Poder Concedente de cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, aplicando as penalidades contratuais, regulamentares e regulatórias estabelecidas no marco regulatório próprio de cada serviço público (Lei n.º 8987/95, art. 29).

Sob outro prisma, é obrigação da concessionária o acatamento das normas regulatórias e regulamentares baixadas pelo Poder Concedente (Lei n.º 8987/95, art. 31), que poderá se utilizar, inclusive, de órgão técnico competente para a fiscalização e formulação das regras regulamentares e regulatórias do serviço.

Em matéria de extinção do contrato de concessão, prevê a norma nacional como causa de caducidade do vínculo contratual o não cumprimento, por parte da concessionária, das disposições regulamentares e regulatórias próprias do serviço (Lei n.º 8987/95, art. 38).

Do que foi sumariamente exposto, percebe-se que o legislador nacional, diante da impossibilidade de prever, em abstrato, *todas as potencialidades de condutas, direitos, obrigações, ônus e responsabilidades dos agentes econô-*

micos envolvidos nas concessões (Usuários, Poder Concedente, Agente Regulador e Prestadores dos serviços públicos), estabeleceu, tão-somente, *as matrizes, os objetivos e os fins a serem perseguidos com a disciplina contratual*.

Conseqüentemente, deixou o detalhamento contratual casuístico no âmbito de cada ente da federação e diante de cada situação específica, a partir da expedição de normas regulamentares e regulatórias pertinentes.

Visto o ponderável espaço regulamentar e regulatório deixado pelo legislador nacional ao legislador e administrador estaduais, vale conferir, por oportuno, o tratamento para as concessões do serviço público no âmbito deste Estado, de modo a adequar a disciplina legal estadual aos contornos próprios do tratamento do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

No âmbito deste Estado, como se verificou em outros Estados-membros da federação, a Lei de concessões de serviços públicos estaduais (Lei n.º 5720/98) pouco inovou no tratamento da matéria, limitando-se, praticamente, a reproduzir, no âmbito estadual, a disciplina prevista na lei geral nacional.

Não obstante isso, merecem destaque alguns preceitos do referido diploma legal estadual e que, da mesma maneira, reforçariam o amparo jurídico necessário para a atuação sancionatória do DERTES em relação aos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Destarte, estabelece a lei estadual que as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo Poder Concedente responsável pela outorga – no caso, o DERTES – com a cooperação dos usuários²⁷.

Daí se extrai, inicialmente, que de nada adiantaria a competência para a regulação fiscalizatória, por parte do

²⁷ Lei n.º 5720/98, art. 4º.

DERTES, se não fosse conferida ao regulador estadual a possibilidade de aplicar sanções pelo descumprimento das normas regulamentares e regulatórias do ordenamento setorial em exame e por ele fiscalizadas, entendimento que não se pode admitir.

Avançando, há previsão de que as concessões de serviços públicos deverão regências às normas pertinentes, incluindo-se, no conteúdo do preceito em exame, as normas regulatórias e regulamentares expedidas para o equilíbrio do segmento regulado²⁸, com vistas à adequada prestação dos serviços²⁹.

Em matéria sancionatória, se estabelecem, dentre outras, como normas essenciais à disciplina dos contratos de concessão: as formas de exercício da regulação fiscalizatória das instalações, equipamentos, métodos e práticas de execução dos serviços; a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e a sua forma de aplicação³⁰.

Adiante, se estabelece como obrigação do Poder Concedente – neste Estado, o DERTES – a regulação normativa e fiscalizatória permanente dos serviços concedidos, assim como a aplicação das penalidades regulamentares, regulatórias e contratuais³¹.

Destacados estes pontos fundamentais inerentes e legítimos da disciplina da atuação sancionatória do DERTES, no restante, a norma estadual, como dito, praticamente reproduziu, com pouca carga de criatividade, a lei geral nacional de concessões e permissões de serviços públicos.

²⁸ Lei n.º 5720/98, art. 5º.

²⁹ Lei n.º 5720/98, art. 7º.

³⁰ Lei n.º 5720/98, art. 24, VIII e IX.

³¹ Lei n.º 5720/98, art. 29, I e II.

Merece relevo, ainda, o tratamento conferido pela lei de regência do próprio DERTES enquanto regulador estadual do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Em consonância com os objetivos e competências legais acima mencionados, estabelece a lei fundamental de regência do DERTES (Lei Complementar n.º 223/2002), entre suas receitas, as decorrentes das multas aplicadas pelas infrações contratuais nos serviços públicos concedidos, permitidos ou autorizados³².

Mais adiante, estabelece a lei de regência do DERTES que a sua atuação regulatória, inclusive de natureza sancionatória, será exercida de acordo com as diretrizes fixadas em marcos regulatórios instituídos para a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Neste contexto, e em consonância com o marco regulatório acima mencionado, o DERTES exercerá as fiscalizações operacional e executiva dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, inclusive aplicando multas e demais sanções pelas infrações contratuais, bem como, em razão da gravidade da falta na prestação dos serviços, poderá aplicar sanções mais rigorosas, inclusive a extinção de concessão ou permissão. Vale conferir, por oportuna, a dicção legal:

“(…)

Art. 31. O DERTES exercerá suas atribuições em consonância com a política estabelecida pelo Governo do Estado para execução nas áreas de sua competência, e com as diretrizes fixadas em marcos regulatórios instituídos para a prestação dos serviços públicos, diretamente ou mediante permissão ou concessão.

³² LC n.º 223/2002, art. 25. Constituem receitas do DERTES: (...) V - produto de multas por infração de cláusula contratual ou decorrente de fiscalização de concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos, dispostos no art. 3º da presente Lei Complementar.

Parágrafo único. O DERTES exercerá as fiscalizações operacional e executiva dos serviços públicos delegados a terceiros, no âmbito de sua atuação, podendo aplicar multas e demais sanções pelo descumprimento de cláusulas contratuais, representando ao órgão ou entidade reguladora de tais serviços quando, pela gravidade da falta, for recomendável a aplicação de sanções mais rigorosas, inclusive extinção de concessão ou permissão.”

Em esclarecimento ao parágrafo único do art. 31 da LC n.º 223/2002, vale lembrar que o DERTES, como demonstrado acima, é o regulador dos serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no âmbito deste Estado, não mais existindo a agência reguladora estadual de serviços públicos³³.

Contudo, o controle da regulação no setor de transportes operada pelo DERTES se dá por meio de um órgão componente da estrutura da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura e Transportes, que é o Conselho de Transporte Intermunicipal, sobre o qual se mencionará adiante.

Avançando, ainda sob a vigência da Lei n.º 3220/78, o antigo Departamento de Estradas de Rodagem – DER – que foi substituído pelo DERTES³⁴, autarquia estadual responsável pela regulação do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros³⁵, por meio do seu Conse-

³³ Embora a Lei n.º 5271/98 tenha instituído, sob a forma autárquica, a Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo - AGESP, antes mesmo de sua efetiva instalação, foi extinta pelo art. 25 da Lei n.º 7860/2004, nos seguintes termos: (...) Art. 25. Fica extinta a Agência Estadual de Serviços Públicos do Estado do Espírito Santo - AGESP, autarquia criada pela Lei n.º 5.721, de 19.8.1998.

³⁴ Vale conferir a dicção do art. 27 da LC n.º 223/2002.

³⁵ Lei n.º 3220/78, arts. 3º, *caput*, 11, “b”, 15 e par. 2º: “(...) Art. 3º - Ao DER-ES compete exercer, privativamente, todas as atividades que couberem à Administração Estadual, no Setor Rodoviário. Art. 11 - A receita do DER-ES será constituída dos seguintes recursos: (...); b) - as participações que lhe couberem nos tributos, fundos e taxas incidentes sobre rodovias e transportes rodoviários estabelecidos pela legislação específica; Art. 15 - Mediante delegação da Secretaria de Estado do Interior e Transportes, caberá ao DER-ES o controle e a fiscalização da concessão dos serviços e dos padrões de segurança e de qualidade do setor de transportes rodoviários de que trata o artigo 32 da Lei n.º 3 043, de 31 de dezembro de 1975. (...) § 2º - O Departamento encaminhará à deliberação do Conselho de Transporte Coletivo Intermunicipal projetos de concessão, permissão ou autorização para exploração de linhas de transporte rodoviário intermunicipal.”

Iho Rodoviário Estadual – CRE – no uso de suas atribuições legais³⁶, editou a Resolução CRE n.º 3635/91³⁷, que regulamenta o Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros deste Estado – SITRIP – que permanece em vigor³⁸, sendo o marco regulatório infralegal fundamental, neste Estado, da disciplina dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros³⁹.

Neste sentido, a mencionada Resolução, que foi complementada por diversos atos normativos infralegais, expedidos pelo Conselho de Transporte Intermunicipal⁴⁰, constitui o núcleo fundamental dos diversos direitos, obrigações, ônus, responsabilidades e penalidades para os atores envolvidos na regulação dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Assim, em se tratando de ato administrativo de caráter normativo, cabe verificar a sua aptidão para criar direitos, obrigações, ônus e, em especial, prever penalidades aos agentes econômicos envolvidos pela regulação do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

Uma primeira linha de entendimento, fundada na presunção de constitucionalidade, legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos estatais, poderia sustentar que o marco regulatório legal dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros ape-

³⁶ Lei 3220/78, arts. 6º, I “b” e 8º: “(...) Art. 6º - Compete ao Conselho Rodoviário Estadual; I - deliberar, encaminhando à aprovação do Governador do Estado, sobre os seguintes assuntos: (...) b) - projetos de alteração da estrutura organizacional; Art. 8º - Ficam delegados ao Conselho Rodoviário Estadual poderes para estabelecer as atribuições dos órgãos relacionados no art. 4º, exceto as do próprio Conselho, as subdivisões administrativas e aprovar o Regimento Interno do DER-ES, bem como os demais regulamentos pertinentes.”

³⁷ A mencionada Resolução foi homologada pelo Decreto Estadual n.º 3288-N/92.

³⁸ E a vigência da mencionada Resolução n.º 3635/91 se dá em razão da sua compatibilidade com as normas que instituíram o DERTES, em especial a LC n.º 223/2002, aplicando-se, no caso, o princípio geral da recepção do ordenamento jurídico anterior compatível com a nova ordem jurídica, como decorrência da própria unidade do ordenamento jurídico e da presunção de constitucionalidade, legalidade, legitimidade e veracidade inerente aos atos administrativos estatais.

³⁹ Não custa lembrar que as atividades econômicas de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros são objeto de disciplina própria, que será abordada adiante.

⁴⁰ A estruturação do CTI será tratada em tópico específico adiante.

nas preuiu os objetivos, os fins e as bases fundamentais para a atuação sancionatória do DERTES.

Isto porque, tanto a Lei n.º 8987/95, quanto as Leis n.º 5720/98 e a LC n.º 223/2002 já disciplinaram, em abstrato, as bases da atuação sancionatória do DERTES, prevendo a possibilidade de atos normativos infralegais detalharem os direitos, obrigações, ônus, responsabilidades e até mesmo penalidades aos agentes econômicos do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

E o detalhamento infralegal dos direitos, obrigações, ônus, responsabilidades e até mesmo penalidades aos agentes econômicos do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros seria possível por força do instituto da deslegalização.

Sobre o tema, um dos principais trabalhos contemporâneos específicos produzidos no Brasil decorre da pena autorizada de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que tratou, de maneira sistemática, dos institutos da regulação e da deslegalização⁴¹.

Consoante o referido autor, os bons resultados obtidos com entidades reguladoras em todo o mundo, que justificaram a adoção do instituto no Brasil, decorrem da celeridade, precisão e flexibilidade da norma regulatória, estando na competência normativa do agente regulador o instrumento fundamental de atuação em setores e matérias que reclamam a prevalência de decisões técnicas, que não se confundem com as decisões políticas provenientes do Poder Legislativo e da Chefia do Poder Executivo.

Neste sentido, realça que a distinção entre as matérias que exigem decisões políticas e administrativas daquelas que reclamam escolhas técnicas nunca se fez necessária, sendo ambas exercidas, privativamente e de maneira inte-

⁴¹ *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

gral, pelo Poder Legislativo, com fundamento no princípio da separação e independência dos Poderes.

Contudo, a evolução da sociedade, a pluralidade de seus interesses e, via de conseqüência, a crescente e constante complexidade da convivência da vida social ensejaram a necessidade de distinção entre as matérias político-administrativas daquelas de cunho técnico, de modo a impedir que a lei – obra do Poder Legislativo – petrifique decisões técnicas e dinâmicas, vindo a tornar-se obsoleta e ineficiente para os fins a que se destina. Daí aparecerem, pois, como opções, as delegações legislativas⁴².

As delegações legislativas têm como pressuposto a existência e observância do princípio da reserva legal (CR/88, art. 5º, II c/c art. 37, *caput*), nada se podendo exigir senão com base em lei, obra do Poder Legislativo.

Não obstante isso, o princípio da reserva legal, que se constitui em garantia fundamental insuprimível pela via de Emenda à Constituição⁴³, sofreu e vem sofrendo uma releitura, passando, a partir de uma rígida leitura do princípio da separação e independência dos poderes e da vedação plena da delegação normativa, para uma aceitação limitada da delegação da função normativa⁴⁴.

Neste sentido, ao tratar da tipologia da delegação normativa, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, apoiado no magistério doutrinário de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, apresenta como espécies de delegação legislativa a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização, aplicável a classificação no ordenamento jurídico pátrio, como se passa a demonstrar.

⁴² *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116-117.

⁴³ CR/88, art. 60, par. 4º.

⁴⁴ Op. cit., p. 118.

A delegação receptícia é a transferência da função legislativa ao Poder Executivo para a produção de normas com força de lei, dentro dos limites da delegação fixados pelo próprio Poder Legislativo. No Brasil, seria a lei delegada tratada pelos arts. 59, IV c/c 68, ambos da CR/88.

A delegação remissiva, por seu turno, equivale à remessa, pela lei, a uma normatividade posterior, que deverá ser elaborada pela Administração Pública, sem força de lei e dentro dos limites legais fixados pelo próprio Poder Legislativo na lei remetente, equivalendo, no ordenamento jurídico brasileiro, ao regulamento executivo, decorrente da função regulamentar inerente ao Chefe do Poder Executivo (CR/88, art. 84, IV)⁴⁵.

A deslegalização, com especial interesse para o presente exame, partindo do pressuposto teórico de que o Poder Legislativo não pode dispor da função normativa, mas somente disciplinar o seu exercício, seria a retirada, pelo próprio Poder Legislativo, de certas matérias do domínio da lei, transportando-as para o domínio do ato administrativo. Pela pertinência, pede-se vênia para a transcrição do magistério doutrinário de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...)

A lei de deslegalização não necessita, assim, sequer penetrar na *matéria* a ser tratada, bastando que abra a possibilidade a quaisquer outras fontes normativas, estatais ou não, de *regulá-la por atos próprios* que, por óbvio, não serão de responsabilidade do Poder Legislativo, ainda que sobre eles possa e deva continuar a ser exercido um controle político sobre eventuais exorbitâncias. Do mesmo modo que nos dois tipos acima, a *deslegalização* foi também instrumento contemplado pelo constituinte brasileiro de 1988, desde logo quan-

⁴⁵ *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120-121.

do, no emprego do poder de *dispor*, no sentido de “resolver em caráter definitivo”, transfere a entes ou órgãos públicos, bem como a entes particulares, a função de *disciplinar por normas certos setores*⁴⁶.

Em sentido semelhante, confira-se o entendimento de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO que, de maneira didática, averbou:

(...)

Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da *deslegalização*, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (*domaine de la loi*) para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*). O fundamento não é difícil de conceber: incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre tais assuntos⁴⁷.

Com efeito, por meio da deslegalização, o Poder Legislativo, diante da impossibilidade de exaurir a disciplina de todas as complexas situações da vida na lei – notadamente os possíveis comportamentos obrigacionais e infracionais dos agentes econômicos do segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros – estabelece as bases normativas e os fins a serem alcançados, deixando o deta-

⁴⁶ *Ibid.*, p. 122-123.

⁴⁷ *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.

lhamento procedimental e instrumental da disciplina legal ao agente regulador.

O agente regulador, por seu turno, sempre com vistas aos objetivos e fins traçados pela norma emanada do Poder Legislativo, buscará detalhar, à luz da especificidade e tecnicidade do segmento regulado, os mecanismos para o alcance das finalidades previstas pelo Legislador e cristalizadas na norma deslegalizadora.

A deslegalização, além de possuir sede constitucional geral (CR/88, art. 48, *caput*), reproduzida neste Estado (CEES/89, art. 55, *caput*), se justificaria no princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), pois o regulador, sendo detentor do conhecimento técnico do segmento regulado, ostenta maior possibilidade de expedir a norma regulatória infralegal adequada para o setor objeto da regulação estatal.

Além disso, a norma regulatória infralegal pode ser expedida de maneira mais rápida, pois que não está adstrita ao devido processo legislativo, mais complexo e, como regra, natural e densamente politizado, atendendo-se, também, ao princípio constitucional da celeridade do processo administrativo, hoje previsto em matriz constitucional como direito fundamental do cidadão⁴⁸.

Repita-se que o regulador tem liberdade condicionada na elaboração e expedição da norma regulatória, na medida em que se vincula aos objetivos e fins legalmente fixados pelo legislador, podendo seu ato, se contrário aos objetivos e fins previstos na norma deslegalizadora, ser submetido ao crivo do próprio Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, neste último caso, por força do princípio constitucional geral da inafastabilidade da jurisdição⁴⁹.

⁴⁸ CR/88, art. 5º, LXVIII.

⁴⁹ CR/88, art. 5º, XXXV.

Mais uma vez, confira-se o magistério doutrinário de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...)

Se, por um lado, a todos é livre escolher ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., por outro lado, o seu *desempenho* em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender de *condicionantes*, legislados pelo Congresso Nacional, pelas assembleias legislativas estaduais e pelas câmaras municipais, conforme a competência atribuída a cada um deles. É evidente que a satisfação dessas reservas só pode caber à *lei*, emanada desses corpos políticos, pois apenas eles têm *legitimidade* para disporem tanto sobre *interesses públicos específicos* quanto sobre *direitos e obrigações* dos particulares. Há, todavia, *duas distintas formas de satisfazer a reserva legal*, conforme o legislador opte ou pela *imposição direta de condutas*, predefinidas por ele próprio, ou pela *disposição direta* apenas de *finalidades*, que deverão ser detalhadas por uma *fonte normativa derivada*, por via da deslegalização, o que corresponde, em consequência, a uma *disposição indireta*, por meio da *regulação* que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada. Ora, as pessoas, quando optam por *desenvolverem atividades nos referidos setores sensíveis*, como tal caracterizados por lei em razão da existência de uma alta concentração de interesses gerais, submetem-se livremente à *ordem jurídica* que as rege, *entendida em sua integralidade*, tanto compreendendo *aqueles comandos dispostos imediatamente pelos legisladores*, como os *comandos elaborados pelos órgãos legitimados para dispor mediamente sobre os setores que foram deslegalizados*, de modo que, em ambos os casos, *resta igualmente respeitada a reserva constitucional*⁵⁰.

⁵⁰ *Direito regulatório*: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 127-128.

Nesta linha de entendimento, os atos regulatórios expedidos pelo regulador competente para tanto e desde que atendam aos objetivos e fins fixados pelo Poder Legislativo, na lei deslegalizadora, inclusive os de natureza sancionatória, seriam válidos, como no caso da Resolução CRE n.º 3635/91 e os atos regulatórios complementares a ela.

Destarte, tratando-se a relação firmada entre o Poder Concedente e os respectivos concessionários prestadores dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros de verdadeira relação de sujeição especial ao regramento da atividade de transporte, seria admissível a adoção de um marco regulatório legal amplo, fixando os objetivos e fins a serem atendidos no setor regulado, deixando o restante da matéria para o tratamento regulatório adequado, sempre observando as balizas legais genéricas, inclusive em matéria sancionadora.

Parecendo trilhar esse entendimento, confira-se o magistério doutrinário de RAFAEL MUNHOZ DE MELLO:

(...)

8 No âmbito das relações de especial sujeição, a incidência do princípio da legalidade ocorre de modo particular, distinto do que se verifica na seara das relações de sujeição geral. Com efeito, nas relações de especial sujeição podem ocorrer situações em que seja impossível a determinação prévia de todas as obrigações que possam ser impostas aos particulares, ou ainda, tal determinação pode ser contrária ao próprio interesse público. Em tais casos, e tão-somente em tais casos, admite-se que a Administração Pública imponha obrigações aos particulares que não estejam previstas de modo minudente em lei formal anterior. Será sempre necessário, todavia, que haja uma lei prévia autorizando essa atuação, ainda que através de cláusula geral. 9 Às sanções administrativas impostas no âmbito das relações de especial sujeição aplica-se o princípio da legalidade. Mas nas

situações em que a prévia tipificação do ilícito administrativo em lei seja impossível ou contrária ao interesse público, admite-se que o regulamento possa completar a lei, tipificando as condutas. As sanções, todavia, deverão sempre estar previstas em lei, não sendo válido que a atividade regulamentar crie outras sanções que não as estabelecidas pelo legislador. 10 A única diferença entre as relações de sujeição geral e as de sujeição especial, no que diz respeito às sanções administrativas e à incidência do princípio da legalidade, é que no primeiro caso a tipificação deve ser legal, enquanto no segundo admite-se a tipificação em regulamento. Tanto num caso como noutro, porém, exige-se a tipificação e a anterioridade⁵¹.

Esse entendimento, aliás, busca a possível segurança jurídica que legitimamente se espera do ordenamento jurídico, no caso, do segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros neste Estado, na medida em que, desde 1991 – o DER e, depois, o DERTES – vem buscando o fundamento de validade na sua atuação, inclusive de natureza sancionatória, com base na mencionada Resolução n.º 3635/91 e atos regulatórios complementares.

Assim, a eventual invalidade do mencionado ato regulatório – Resolução n.º 3635/91 e respectivos atos regulatórios complementares – traria grande prejuízo e insegurança para as diversificadas relações jurídicas que se constituíram, se modificaram e se extinguíram com base na citada Resolução.

Sob o prisma do princípio da realidade, o segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros neste Estado ficaria ao desabrigo de qualquer disciplina técnica e

⁵¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 182.

jurídica, com franco prejuízo para todos os agentes do setor, em especial os usuários, o que deve ser ponderado.

Não obstante tais considerações, a tese da eventual inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução n.º 3635/91 – e atos regulatórios complementares – é dotada de grande plausibilidade jurídica.

Isto porque a Administração Pública brasileira é informada pelo princípio constitucional setorial da legalidade (CR/88, art. 37, *caput*) e, neste contexto, consoante entendimento tradicional de autorizada doutrina e jurisprudência pátrias, somente a lei deve trazer, como regra geral, não só a competência, os objetivos e os fins a serem alcançados pelo administrador, mas também os meios a serem utilizados, inclusive criando ou limitando direitos e, em especial, fixando as condutas ilícitas e as correspondentes sanções.

Neste contexto, somente a Lei poderia estabelecer direitos e obrigações, prever condutas ilícitas e fixar a sanção correspondente, sendo vedada tal tarefa ao ato administrativo regulamentar⁵² ou mesmo regulatório⁵³.

⁵² Embora o presente tópico cuide, especialmente, de ato normativo regulatório estadual, que não se confunde com o ato regulamentar, em relação ao ato regulamentar, vale conferir o entendimento do E. STF: AC 1.033-AgR-QO, Rel. MIN. CELSO DE MELLO, DJ de 16.06.06: "O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN n. 01/2005." ADI 2.075-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 27.06.03. "O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei — analisada sob tal perspectiva — constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes."

⁵³ Parecendo trilhar esse caminho, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39.

É dizer, em sede de restrição de direitos, vigora o princípio da legalidade estrita, em especial em matéria sancionatória, aplicando-se o princípio da tipicidade, de modo que os comportamentos infracionais e conseqüentes sanções devem estar prévia e taxativamente previstas em lei.

Sob o prisma do agente econômico regulado, também é cediço que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (CR/88, art. 5º, II), não sendo lícito ao administrador e ao regulador criar direitos, obrigações, ônus, responsabilidades, comportamentos infracionais e sanções por meio de ato administrativo.

Neste sentido, vale conferir o abalizado magistério doutrinário de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, que, em obra específica sobre o tema, assim se manifestou:

(...)

O tipo sancionador deve conter, sem dúvida, grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional, pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica. Tampouco cabe uma deslegalização completa em matéria sancionadora de modo que a lei possa abrir espaço para uma atuação administrativa inferior arbitrária, ilimitada e descontrolada, sem o necessário *status* para restringir liberdades individuais (...).

Nem as chamadas normas em branco podem dispor arbitrariamente de suas próprias competências. Não é possível uma lei sancionadora delegar, em sua totalidade, a função tipificatória à autoridade administrativa, pois isso equivaleria uma insuportável deterioração da normatividade legal sancionadora, violentando-se a garantia da legalidade⁵⁴.

⁵⁴ *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 217-218.

Em reforço a esse entendimento, poder-se-ia mencionar o próprio tratamento conferido pela Lei n.º 9503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – que, em matéria sancionatória, fixou, por lei, todas as condutas que constituem infrações administrativas de trânsito e suas respectivas sanções⁵⁵.

No mesmo sentido, o marco regulatório do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros previsto, fundamentalmente, na Lei n.º 10.233/2001, onde se estabelece, no próprio corpo legal, as normas gerais disciplinadoras da regulação sancionatória dos agentes reguladores federais do transporte de passageiros⁵⁶.

Assim, consoante esta respeitável linha de entendimento, poder-se-ia sustentar, com densa probabilidade de êxito, a inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução n.º 3635/91, pois não seria lícito ao regulador criar direitos, obrigações, ônus, responsabilidades, comportamentos infracionais e sanções por meio de ato administrativo, no caso, a citada resolução e atos complementares.

Conseqüentemente, os atos praticados pelo agente regulador restritivos de direitos e, em especial, os sancionatórios, desde 1991, não seriam válidos, posto que em contrariedade à Constituição da República de 1988 e ao marco regulatório legal regente do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros. A matéria, contudo, como se pretendeu demonstrar, é dotada de grande polêmica.

Neste sentido, para afastar eventuais questionamentos a respeito da juridicidade da atuação do regulador estadual, é recomendável a preparação de uma nova modelagem para a regulação do setor, conferindo-se maior segurança jurídica e eficiência na respectiva atuação regulatória.

⁵⁵ Lei n.º 9503/97, art. 161 e ss.

⁵⁶ Lei n.º 10.233/2001, art. 78 e ss.

Ademais, considerando que as atuais delegações de serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros deverão ser licitadas nos próximos anos, à luz do que estabelece o art. 52 da Lei n.º 5720/98, parece-me oportuno o momento para o início dos estudos com vistas à ulterior adequação e formatação do novo marco regulatório do transporte de passageiros neste Estado, de modo a conferir maior eficiência na prestação dos serviços em tão relevante e sensível setor de interesse social geral.

Feitas tais considerações em relação ao marco regulatório sancionatório dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, passa-se, em seguida, ao exame da regulação sancionatória nas atividades econômicas de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros.

3.2 A regulação sancionatória nas atividades econômicas de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros

Do exame da lei de regência do DERTES, bem se percebe a sua competência para a regulação das atividades econômicas de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, sob o regime de fretamento, à luz do que estabelecem os arts. 3º, III e 4º, VIII, ambos da LC n.º 223/2002 e acima transcritos.

Em matéria de regulação sancionatória nas atividades de fretamento, afasta-se, desde logo, a aplicabilidade das Leis 8987/95 e 5720/98, eis que inerentes aos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros (CR/88, art. 175), não cuidando, pois, de atividades econômicas de transporte, sujeitas à livre concorrência regulada pelo DERTES, que expede, para tanto, autorizações operativas das atividades de transporte em tela (CR/88, art. 170).

Veja-se que a atuação sancionatória do DERTES, em matéria de serviços públicos, possui base legal mais larga,

já que tanto as Leis 8987/95 e 5720/98, como a lei básica de regência do DERTES (LC n.º 223/2002) disciplinam a atuação sancionatória do regulador estadual, como demonstrado acima.

O mesmo não ocorre com a atuação sancionatória do DERTES nas atividades econômicas de fretamento.

Isto porque, neste ponto, o marco regulatório da citada atividade econômica de transporte conta somente com os parâmetros e objetivos previstos na citada LC n.º 223/2002⁵⁷, concretizados a partir da disciplina regulatória trazida pela Resolução n.º 04/97, denominada de “Regulamento do Serviço de Fretamento e/ou Turismo do Sistema de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros”.

Nesta ordem de idéias, a citada Resolução CTI n.º 04/97, ao criar direitos, obrigações, ônus, responsabilidades, comportamentos infracionais e sanções, por meio de ato administrativo, aos agentes econômicos do segmento do transporte pela via do fretamento, poderia ser alvo das mesmas objeções acima apresentadas em relação ao marco regulatório do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, abordado no tópico anterior, com grande comprometimento da segurança jurídica e eficiência do segmento econômico regulado.

Por tais razões, repito, parece-me oportuno o momento para o início dos estudos com vistas à ulterior adequação e formatação do novo marco regulatório do transporte de passageiros neste Estado, de modo a conferir maior eficiência e segurança em tão relevante setor econômico de interesse social geral.

Feitas tais considerações, passa-se ao exame, no tópico seguinte, da estrutura e do papel do Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros deste Estado – CTI.

⁵⁷ LC n.º 223/2002, arts. 3º, III, 4º, VIII, IX, XX, 16, 21, 25, II e V e 31 e p. único.

4 A estrutura e o papel do Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros

O Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros – CTI⁵⁸ – como mencionado, é relevante órgão de direção superior da Secretaria de Estado de Desenvolvimento de Infra-Estrutura e dos Transportes – SEDIT^{59 60}.

Exerce um controle regulatório amplo sobre a regulação do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros – serviços públicos e atividades econômicas – desenvolvida pelo DERTES⁶¹.

O controle regulatório das atividades do DERTES, ao que parece, se justifica na medida da significativa relevância social e econômica que o transporte rodoviário intermunicipal de passageiros representa, enquanto direito fundamental do cidadão⁶².

Neste sentido, exige-se grande atenção por parte do Estado, por meio da SEDIT, que sempre teve, como era de se esperar, dentre as suas atribuições, a disciplina regulatória do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros⁶³.

⁵⁸ Inicialmente, o CTI foi previsto na Lei n.º 3220/78 – reestruturadora do DER-ES – hoje revogada pelas Leis Complementares 223/02 e 311/05 – reestruturadoras do DERTES, antigo DER-ES. Com efeito, o art. 15, par. 2º da Lei n.º 3220/78 previa que: (...) Art. 15 - Mediante delegação da Secretaria de Estado do Interior e Transportes, caberá ao DER-ES o controle e a fiscalização da concessão dos serviços e dos padrões de segurança e de qualidade do setor de transportes rodoviários de que trata o artigo 32 da Lei n.º 3043, de 31 de dezembro de 1975. § 1º - Para os efeitos deste artigo, fica o DER-ES autorizado a incluir em sua estrutura organizacional uma Divisão própria na Diretoria de Operações. § 2º - O Departamento encaminhará à deliberação do Conselho de Transporte Coletivo Intermunicipal projetos de concessão, permissão ou autorização para exploração de linhas de transporte rodoviário intermunicipal.

⁵⁹ LC n.º 221/2002, art. 2º, I, “b”.

⁶⁰ Na forma do art. 16 da LC n.º 221/2002, a SEDIT teve a sua organização e funcionamento disciplinados por meio do Decreto n.º 1001-R/2002.

⁶¹ Sobre a disciplina infralegal do tema, ver a Resolução CTI n.º 01/97.

⁶² CR/88, art. 6º, *caput*.

⁶³ É o que se infere do art. 32 da Lei n.º 3043/75 que, ao tratar da Secretaria de Estado do Interior e Transportes, de natureza substantiva, estabelece que a dita Secretaria de Estado tem como âmbito de ação o planejamento setorial das atividades substantivas de responsabilidade da pasta; o controle e supervisão de obras e de serviços de iniciativa do Estado nos setores de saneamento, recursos hídricos, energia e comunicações; a integração com entidades e programas federais voltados para a infra-estrutura econômica para coordenação e articulação dos interesses do Estado e de municípios na obtenção de recursos financeiros e de apoio técnico especializado; os serviços e atividades relativas à aerofotogrametria e cartografia para os vários fins, inclusive de demarcação de limites e fronteiras; a promoção das medidas que conduzam ao uso e aplicação integrados dos recursos naturais não renováveis; a promoção das medidas para a implantação da política estadual de viação; o controle e orientação permanente dos órgãos e entidades integrantes do sistema comandado pela Pasta; o controle e fiscalização dos custos operacionais do setor e a promoção das medidas visando à maximização dos investimentos do Estado nas diferentes modalidades de transporte; o controle e fiscalização da concessão de serviços e dos padrões de segurança e de qualidade do setor dos transportes.

Não obstante tais considerações, é comum, no âmbito do CTI, a objeção, por parte dos agentes econômicos do segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, no sentido de que a atuação do citado órgão não seria legal e nem legítima, pois que desempenhada sem prévio amparo em lei.

Isto porque a disciplina jurídica do CTI, suas atribuições, organização e funcionamento estão previstas em ato regulamentar, qual seja, o Decreto n.º 3186-N/91⁶⁴.

Com efeito, a partir da citada LC n.º 221/2002, o Decreto n.º 1001-R/2002, que a regulamentou, reporta-se, no que tange ao CTI, à disciplina constante do Decreto n.º 3186-N/91.

Assim, toda a disciplina do CTI, ou seja, suas atribuições, organização e funcionamento estão previstas em ato regulamentar, qual seja, o Decreto n.º 3186-N/91 – e atos subseqüentes emanados do próprio órgão – ratificado pelo citado Decreto n.º 1001-R/2002.

Nesta ordem de idéias, poder-se-ia sustentar que o Decreto n.º 3186-N/91 violaria o princípio constitucional da legalidade administrativa⁶⁵, na medida em que somente a lei pode fixar competências dos órgãos e entidades públicas⁶⁶, razão pela qual seria inconstitucional o mencionado Decreto n.º 3186-N/91, ratificado pelo citado Decreto n.º 1001-R/2002, ao fixar as competências do CTI.

Não obstante o ponderável entendimento acima exposto, seria possível sustentar que, sendo o CTI órgão da SEDIT, suas competências decorreriam das competências gerais fi-

⁶⁴ Embora o Decreto aludido disponha haver criado o CTI, na realidade, como mencionado acima, o CTI já se encontrava previsto no art. 15, par. 2º, da Lei n.º 3220/78, norma que só foi revogada pela LC n.º 223/02, sendo certo que, com o advento da LC n.º 221/2002, o CTI foi tratado como órgão componente da estrutura da SEDIT. Ademais, o aludido Decreto n.º 3186-N/91, a rigor, somente explicitou as competências do CTI previstas no art. 15, par. 2º da Lei n.º 3220/78, possibilidade esta contemplada hoje expressamente pelo art. 84, VI, "a" da CR/88, com a redação dada pela EC n.º 32/2001.

⁶⁵ CR/88, art. 37, *caput*.

⁶⁶ Parecendo trilhar esse caminho, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39.

xadas no art. 1º da LC n.º 221/2002, de modo que o Decreto n.º 3186-N/91, devidamente ratificado pelo Decreto n.º 1001-R/2002, teria explicitado as atribuições do CTI, entendimento, no entanto, não livre de questionamento e polêmica⁶⁷.

É dizer, cuidar-se-ia, na hipótese, de necessária explicitação administrativa do quadrante legal genericamente estabelecido e inerente à função regulamentar privativa do Chefe do Poder Executivo, o que é plenamente legítimo, mesmo para aqueles que não admitem o regulamento autônomo no Brasil, consoante se extrai do magistério doutrinário de ALEXANDRE DE MORAES:

(...)

O exercício do poder regulamentar do Executivo situa-se dentro da princiologia constitucional da Separação de Poderes (CF, arts. 2º; 60, par. 4º, III), pois, salvo em situações de relevância e urgência (medidas provisórias), o Presidente da República não pode estabelecer normas gerais criadoras de direitos ou obrigações, por ser função do Poder Legislativo. Assim, o regulamento não poderá alterar disposição legal, nem tampouco criar obrigações diversas das previstas em *disposição legislativa*. Essa vedação não significa que o regulamento deva reproduzir literalmente o texto de lei, pois seria de flagrante inutilidade. O poder regulamentar somente será exercido quando alguns aspectos da aplicabilidade da lei são conferidos ao Poder Executivo, que deverá evidenciar e explicitar todas as previsões legais, decidindo a melhor forma de executá-la e, eventualmente, inclusive, suprimindo lacunas de ordem prática ou técnica⁶⁸.

⁶⁷ LC n.º 221/2002, Art. 1º. “(...) Art. 1º A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas – SETR passa a denominar-se Secretaria de Estado de Desenvolvimento de Infra-Estrutura e dos Transportes – SEDIT, constituindo-se em órgãos de natureza substantiva e tem por competência a formulação e a promoção de políticas públicas estaduais de infra-estrutura e dos transportes, tendo como âmbito de ação o planejamento, gerenciamento, execução e controle das ações do Governo Estadual nas áreas de infra-estrutura, transportes, habitação, saneamento básico, energia, petróleo, telecomunicações e outras ações afins.”

⁶⁸ *Direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 442.

Ademais, ainda que assim não se entenda, com o advento da EC n.º 32/2001, seria possível sustentar que o mencionado Decreto n.º 3186-N/91, devidamente ratificado pelo Decreto n.º 1001-R/2002, foi recepcionado pela CR/88, com a nova redação do art. 84, VI, “a”, eis que os citados Decretos cuidam de organização e funcionamento do CTI.

Isto porque, à luz da dicção da nova redação dos arts. 84, VI, “a”, da Carta Política de 1988, introduzida por obra do Poder Constituinte Derivado, na forma da Emenda Constitucional n.º 32/01, apresenta-se possível, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a instituição de regulamento autônomo para a disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública, desde que não se crie despesa e nem se opere a criação ou extinção de órgãos públicos.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, embora acompanhe a correta doutrina pátria majoritária que entende pela inexistência do regulamento autônomo no Brasil, bem expõe a controvérsia, ao averbar que:

(...)

Sob a égide da Constituição de 67, sustentava-se a existência de regulamentos autônomos pela circunstância de se conferir ao Presidente da República competência para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal. A vigente Constituição, entretanto, teve dicção diferente, atribuindo competência para dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal “*na forma da lei*”, insinuando a supressão de qualquer autonomia normativa para o Presidente da República. A EC n.º 32, de 11/9/2001, porém, modificando o art. 84, VI, da CF, excluiu aquela expressão e retornou ao sistema da Constituição anterior, atribuindo ao Presidente da República competência para dispor, mediante decreto, sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de ór-*

gãos públicos”. Em conseqüência, os simpatizantes da admissibilidade dos regulamentos autônomos poderão reforçar seu entendimento, invocando o novo texto constitucional⁶⁹.

Fundamenta-se e ganha legitimidade constitucional o referido preceito na medida em que confere maior flexibilidade à Administração Pública, no que tange à sua organização e funcionamento, para realizar, de forma mais célere e eficiente, seus objetivos constitucionais conexos ao impostergável dever geral de prudente gestão da coisa pública e boa administração.

Destarte, sendo extremamente mutáveis os diversificados interesses públicos, mister se faz que o arcabouço funcional e organizativo da Administração Pública, destinado ao atendimento desses interesses, encontre-se, na maior medida possível, permanentemente adequado, daí o conteúdo finalístico da norma constitucional em exame.

Neste sentido parece trilhar a jurisprudência do E. STF, consoante se infere dos trechos dos seguintes acórdãos:

É indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa de determinada unidade da Federação⁷⁰.

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto n.º 4.010, de 12 de novembro de 2001. Pagamento de servidores públicos da Administração Federal. Liberação de recursos. Exigência de prévia autorização do Presidente da República. Os artigos 76 e 84, I, II e VI, a, todos da Constituição Federal, atribuem ao Presidente da Repú-

⁶⁹ *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 42.

⁷⁰ ADI 3.254, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 02.12.05.

blica a posição de Chefe supremo da administração pública federal, ao qual estão subordinados os Ministros de Estado. Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inciso VI do art. 84 pela Emenda Constitucional n.º 32/01, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado⁷¹.

Cabe observar, no entanto, que a norma constitucional em perspectiva não transmuda em regra geral a possibilidade de regulamento autônomo, a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, de maneira ampla, como sustentava HELY LOPES MEIRELLES⁷², ao contrário da maioria da doutrina administrativa brasileira e jurisprudência do E. STF⁷³, que trilhou, acertadamente, sentido oposto⁷⁴.

É dizer, tal preceito constitucional não tem o condão de firmar o entendimento de que, a partir da promulgação da

⁷¹ ADI 2.564, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 06.02.04.

⁷² *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124.

⁷³ ADI 1.435-MC, Rel. Min. FRANCISCO RESEK, DJ de 06.08.99: "Decretos existem para assegurar a fiel execução das leis (artigo 84-IV da CF/88). A Emenda Constitucional n.º 8, de 1995 - que alterou o inciso XI e alínea a do inciso XII do artigo 21 da CF - é expressa ao dizer que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei. Não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição a exige. A Lei 9.295/96 não sana a deficiência do ato impugnado, já que ela é posterior ao decreto. Pela ótica da maioria, concorre, por igual, o requisito do perigo na demora." ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 06.05.94: "Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada." No mesmo sentido: ADI 365-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15.03.91.

⁷⁴ Neste sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 582; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 139; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 41-42; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999 e MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 442.

citada Emenda Constitucional, seria admissível, como regra geral, o regulamento autônomo, em qualquer matéria, ao talante do Chefe do Poder Executivo.

Ao revés, a norma consubstancia hipótese excepcional, razão pela qual deve ser interpretada restritivamente, seja em obséquio ao princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito⁷⁵, quer em razão do princípio setorial da legalidade administrativa⁷⁶, que devem nortear as atividades da Administração Pública.

Por derradeiro, remarque-se que, no caso vertente, o modelo adotado na Carta Constitucional federal, visando o resguardo do princípio constitucional estruturante da separação e independência dos Poderes⁷⁷, bem como em obséquio ao princípio da simetria, é de observância compulsória pelos Estados-membros, consoante entende o Egrégio Supremo Tribunal Federal⁷⁸, razão pela qual a sua aplicabilidade, no âmbito do Estado, independe da previsão expressa na Carta Constitucional do Estado, por força, inclusive, do art. 25, *caput*, da CR/88, embora esteja positivado no art. 91, V, “a”, da Constituição do Estado do Espírito Santo de 1989.

Neste contexto, embora seja sustentável o entendimento acima exposto, melhor seria que as normas estruturadoras fundamentais do CTI estivessem previstas em lei, deixando ao ato administrativo – quer o regulamento, seja o ato regulatório expedido pelo próprio CTI – o detalhamento da sua respectiva organização e funcionamento.

Por tais razões, também neste aspecto, parece-me indispensável a modificação do marco regulatório do CTI, em especial a LC n.º 221/2002, de modo a conferir, de maneira

⁷⁵ CR/88, art. 1º, *caput*.

⁷⁶ CR/88, art. 37, *caput*.

⁷⁷ CR/88, art. 2º, *caput*.

⁷⁸ STF, Pleno, ADI n.º, 1391-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J.U. de 07.06.2002 e Pleno, ADI n.º 102-RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, D.J.U. de 17.12.2002.

mais segura, maior eficiência e legitimidade na atuação do citado órgão regulador, afastando questionamentos sobre o seu formato jurídico e suas atribuições.

5 O processo administrativo regulatório no ordenamento setorial do transporte rodoviário de passageiros e o regime extintivo das pretensões sancionatórias estatais

Cabe ainda uma reflexão sobre o processo administrativo regulatório no ordenamento setorial do transporte rodoviário de passageiros e, dentre seus múltiplos aspectos, o regime extintivo das pretensões sancionatórias estatais no segmento regulado em foco.

A hipótese de estudo consiste em situação ocorrida com certa frequência no setor, consubstanciada em recursos interpostos pelos transportadores, em geral pretendendo o reconhecimento da prescrição da ação punitiva (pretensão sancionatória), de natureza administrativa, de titularidade e competência do DERTES.

Em razão disso, apresenta-se a necessidade de orientação e uniformização dos procedimentos a serem adotados para os ditos casos, em que se configure a prescrição da ação punitiva do DERTES.

Desde logo, vale ressaltar que não há, no âmbito deste Estado, lei geral de processo administrativo estadual, fixando prazo prescricional para a ação punitiva do Estado ou de suas entidades da Administração Indireta, dentre as quais se inclui o DERTES.

Ou seja, na regulação jurídica do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, não há norma jurídica tratando do prazo para a atuação sancionatória, de natureza administrativa, decorrente do exercício da função de polícia administrativa do DERTES (CR/88, art. 145, II c/c art. 78 do CTN).

Contudo, é corrente o entendimento de que o tempo possui grande relevância para as relações jurídicas travadas na sociedade.

Essa premissa se aplica tanto para as relações de coordenação, entre sujeitos privados, como para as relações de subordinação, entre o Estado e as pessoas que com ele se relacionam.

Isto porque um Estado Democrático de Direito deve pautar as suas atuações, fundamentalmente, na Constituição, no Direito e no interesse público.

E a busca de conformação da atuação estatal à legalidade e à legitimidade se apresenta como verdadeiro pressuposto de efetividade do valor segurança, no que expressa a idéia de segurança jurídica.

A segurança jurídica, por seu turno, pressupõe a atuação estatal em determinado tempo, geralmente fixado na lei, de modo a assegurar a consolidação e estabilidade das relações jurídicas no transcorrer do tempo.

Assim, a Constituição da República de 1988, enquanto instrumento jurídico-político de maior importância dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, tem por finalidade precípua a tutela de valores fundamentais, dentre eles, a segurança e a justiça.

O instituto da prescrição se justifica na necessidade de segurança e estabilidade jurídica das relações sociais, sejam elas de coordenação ou subordinação.

Destarte, não é desejável que as obrigações se perpetuem indefinidamente, mantendo-se um permanente estado de litigiosidade.

A doutrina não controverte a respeito deste aspecto. Neste sentido, confira-se, por todos, o clássico magistério doutrinário de SAN TIAGO DANTAS:

(...) Para que a insegurança não reine na sociedade, para que não se esteja exposto, cada dia, à discussão de certas situações que o tempo já se incumbiu de

consagrar, vem a prescrição considerar desaparecidos todos os defeitos e estender a sua anistia sobre os defeitos porventura existentes nas relações entre os indivíduos. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica, distribuir justiça – dar a cada um o que é seu – e estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta⁷⁹.

Assim, a regra geral é a prescritibilidade das pretensões, constituindo a imprescritibilidade exceção⁸⁰.

E a prescritibilidade das pretensões decorre do próprio princípio da segurança das relações jurídicas que, embora não previsto expressamente na CR/88, encontra-se implícito na cláusula geral segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, sendo desdobramento lógico do princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito (CR/88, arts. 1º, *caput* e 5º, XXXVI).

Frise-se que a matéria da prescrição ganhou novo fôlego com a positivação, em matriz constitucional, do princípio da celeridade do processo administrativo, que pressupõe a sua duração razoável, evitando-se a eternização das relações processuais administrativas, que devem ser equacionadas em tempo adequado (CR/88, art. 5º, LXXVIII), seja

⁷⁹ *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 397.

⁸⁰ A CR/88 estabelece que os crimes de racismo e a ação de grupos armados contra a Ordem Constitucional e o Estado Democrático são imprescritíveis. CR/88, art. 5º, XLII e XLIV.

por força do citado princípio, quer em razão da segurança e estabilidade das relações jurídicas que a prescrição visa tutelar.

Feito esse breve panorama constitucional sobre o tema, e na ausência de norma estadual disciplinando a prescrição no processo administrativo, principalmente naqueles casos que envolvam a ação punitiva (pretensão administrativa sancionatória) do DERTES, no exercício da sua função de polícia administrativa do setor de transporte rodoviário de passageiros, parece possível que se aplique a regra federal criada especificamente para a espécie, ou seja, a Lei n.º 9873/99.

Assim, pede-se vênia para a reprodução integral do texto da referida norma:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. § 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso. § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

Art. 2º Interrompe-se a prescrição: I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato; III - pela decisão condenatória recorrível.

Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência: I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994; II - do termo de compro-

misso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela *Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997*. Art. 4º Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data. Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária. Art. 6º Ficam convalidados os atos praticados com base na *Medida Provisória nº 1.859-16, de 24 de setembro de 1999*. Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 8º Ficam revogados o *art. 33 da Lei nº 6.385, de 1976*, com a redação dada pela *Lei nº 9.457, de 1997*, o *art. 28 da Lei nº 8.884, de 1994*, e demais disposições em contrário, ainda que constantes de lei especial.

Significa dizer, parece-me constitucional, razoável e legítima a idéia de extensão da aplicabilidade da Lei n.º 9783/99 aos Estados-membros, na ausência de normas estaduais disciplinando o prazo prescricional para a ação punitiva do DERTES, decorrente do exercício da atividade de polícia administrativa do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, pelos fundamentos que passo adiante a explicitar.

Em primeiro lugar, por força do princípio da segurança das relações jurídicas (CR/88, arts. 1º, *caput* e 5º, LXXXVI), pois o transportador rodoviário de passageiros tem o direito de saber até quando o DERTES pode e deve exercer a sua ação punitiva, em sede administrativa.

Em segundo lugar, por força do princípio da celeridade processual administrativa, que garante a duração temporal razoável do processo administrativo (CR/88, art. 5º, LXXVIII).

Equivale dizer, o DERTES deve exercer a sua ação punitiva decorrente da função de polícia administrativa do seg-

mento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros dentro de prazo certo e determinado.

Assim, evita-se que os conflitos administrativos sujeitos à regulação do DERTES se eternizem, mantendo-se, ilegítima e injustificadamente, um estado indefinido de litigiosidade, o que afronta o já citado princípio da segurança das relações jurídicas (CR/88, arts. 1º, *caput* e 5º, XXXV).

Em terceiro lugar, por força do princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), eis que a ação punitiva do DERTES, exercida por meio do processo administrativo sancionatório, deve alcançar os melhores resultados, com o menor dispêndio de tempo possível.

Ademais, a regra geral de cinco anos para o exercício da ação punitiva do DERTES, com a prolação de decisão definitiva, em sede administrativa, é bem razoável e compatível com a realidade da mencionada entidade, no que atende, também, ao princípio da razoabilidade (CR/88, art. 5º, LIV).

Em quarto lugar, a aplicação da norma federal em exame, no âmbito deste Estado, seria possível por força do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao estabelecer que, na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia (LICC, art. 4º).

É dizer, a partir da leitura contemporânea da referida norma, o DERTES, na ausência de norma legal estadual fixando o prazo prescricional para a sua ação punitiva, poderia se utilizar da norma jurídica criada para situação idêntica em sede federal, como é a Lei n.º 9873/99, sendo o caso de analogia legal, plenamente admissível pela doutrina clássica e contemporânea do Direito Administrativo⁸¹.

⁸¹ O entendimento se coaduna com a lição da doutrina do Direito Administrativo, no sentido da possibilidade de utilização da analogia *legis*, para aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista expressamente, mas compreendida em sua inteligência. Neste sentido, confira-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48-49 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 106-107.

Destarte, embora o Estado, dentro da sua competência legislativa e administrativa, possa disciplinar seus procedimentos em matéria processual, como decorrência de sua autonomia político-administrativa (CR/88, arts. 18, *caput* e 24, XI), nada impede que o Estado aplique uma norma específica federal, em especial quando o seu sistema se encaixe com a realidade administrativa estadual.

Frise-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação de leis específicas federais atinentes ao processo administrativo, inclusive em matéria de prazos prescricionais, no âmbito dos Estados-membros, sendo o entendimento, a meu sentir, plenamente extensível à Lei n.º 9873/99. Confirmam-se os trechos dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FILHA SOLTEIRA DE EX-SERVIDOR DO IPERGS. PENSÃO POR MORTE. CANCELAMENTO. DECADÊNCIA AFASTADA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N.º 9.784/99. PRECEDENTES. 1 De acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça, na ausência de lei estadual específica, pode a Administração Estadual rever seus próprios atos no prazo decadencial previsto na Lei Federal n.º 9.784, de 1º/2/99. 2 A colenda Corte Especial, no julgamento do MS 9.112/DF, firmou entendimento no sentido de que os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da mencionada Lei estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal contado da sua entrada em vigor. In casu, cancelada a pensão da autora em 2002, resta afastada a decadência. 3 Recurso especial provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Nilson Naves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti votaram com a Sra.

Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves⁸².

MAGISTRADO ESTADUAL. LEI N. 8.112/1990. APLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO. É possível a aplicação analógica da Lei n. 8.112/1990, art. 142, a magistrado estadual, acerca da prescrição administrativa da pena de censura, à falta de previsão legal no Estatuto da Magistratura (LOMAN). Outrossim, instaurado o processo administrativo sem ter havido a conclusão do processo disciplinar, a fluência do prazo prescricional reinicia-se quando transcorridos 140 dias após a data da instauração da representação. Recurso desprovido por inocorrência da prescrição. Precedentes citados do STF: RMS 23.436-DF, DJ 15/10/1999; do STJ: MS 8.418-DF, DJ 9/6/2003, e RMS 4.549-DF, DJ 23/10/1995. RMS 13.439-MG, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 2.3.2004⁸³.

Ademais, há de se convir que, enquanto não editada a lei de processo administrativo estadual, como a matéria não envolve a competência privativa do Chefe do Poder Executivo Estadual para a deflagração do processo legislativo, o quadro de inércia constitucional do Poder Legislativo estadual se apresenta extremamente injusto ao transportador, que, como dito, tem direito subjetivo a um prazo determinado para que o DERTES possa puni-lo pelas infrações que praticou, liberando-se das sanções administrativas com o transcurso do citado prazo.

Assim, em matéria de prescrição da ação punitiva do DERTES, no segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, na ausência de norma estadual disci-

⁸² REsp 655551 / RS, RECURSO ESPECIAL 2004/0056601-3, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131), T6 - SEXTA TURMA, 17.10.2006, DJ 30.10.2006 p. 432.

⁸³ Noticiado no Informativo de Jurisprudência do STJ, n. 200.

plinando a matéria, é legítima a aplicação da Lei n.º 9873/99, por força dos princípios constitucionais da segurança jurídica (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 5º, XXXVI), da celeridade do processo administrativo (CR/88, art. 5º, LXXVIII), da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), da razoabilidade (CR/88, art. 5º, LIV) e do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

Neste contexto, o DERTES tem, como regra geral, o prazo de cinco anos, a partir da prática do ato infracional, pelo transportador, para exercer, definitivamente, a sua ação punitiva, na forma do art. 1º da Lei n.º 9873/99.

Findo o prazo de cinco anos mencionado, há que se reconhecer a prescrição da ação punitiva do DERTES, de ofício, por parte do próprio DERTES, ou pelo CTI, ou, ainda, mediante provocação do transportador interessado, desde que configurados os pressupostos da Lei n.º 9873/99.

É o que se extrai da própria Lei n.º 9873/99, que admite o reconhecimento de ofício da prescrição, consoante se infere do art. 1º, parágrafo primeiro.

Ainda que assim não fosse, uma vez reconhecida administrativamente a prescrição, não me parece se afinar com os princípios da razoabilidade, realidade e eficiência, inerentes à atividade administrativa processual, que o DERTES – ou o próprio Estado – vá a juízo exercer uma pretensão que sabe – de antemão – ser infundada, em vista da consumação da prescrição, pois que tal comportamento processual não traria nenhuma utilidade ao Erário. É a inteligência dos arts. 5º, LIV e 37, *caput*, ambos da CR/88.

Conseqüentemente, ao exercer pretensão infundada, dará ensejo aos embargos do executado sobre a matéria, com possível acolhimento judicial e provável condenação da Fazenda Pública em honorários de sucumbência devidos ao advogado do executado, tudo em prejuízo do interesse público, que, além de não obter as receitas do crédito

decorrente da multa, por força da prescrição, ainda arcará com despesas processuais, o que não se pode admitir.

Em qualquer caso, o reconhecimento da prescrição deve ser justificado (CR/88, art. 93, X – princípio da motivação dos atos administrativos), devendo a autoridade competente do DERTES ou do CTI apontar, no caso concreto, as razões de fato e de Direito que levaram ao entendimento pela prescrição da ação punitiva do DERTES.

Destarte, no mesmo ato de reconhecimento da prescrição da ação punitiva do DERTES, deve a autoridade administrativa que verificou a prescrição determinar a instauração imediata de processo administrativo disciplinar, com vistas a apurar as responsabilidades funcionais próprias dos agentes públicos que deixaram transcorrer, de maneira irrazoável e desidiosa, o prazo prescricional para o exercício da ação punitiva do DERTES.

Avançando nas considerações, uma vez reconhecida a prescrição da ação punitiva do DERTES, a partir da publicação da decisão que reconhece a prescrição no Diário Oficial do Estado, tem o transportador o prazo de cinco anos para pleitear a extinção, nos sistemas de registros do DERTES, do lançamento do auto de infração alcançado pela prescrição, consoante a aplicação do Decreto n.º 20.910/32, art. 1º.

Independentemente da provocação do interessado aludida, pode o DERTES, de ofício, e de maneira justificada (CR/88, art. 93, X – princípio da motivação dos atos administrativos), determinar a extinção, nos sistemas de registros do DERTES, do lançamento do auto de infração consubstanciador de pretensão alcançada pela prescrição.

Frise-se, por derradeiro, que não há direito a repetição do indébito, por parte do transportador, de eventuais valores que ele tenha desembolsado durante o processo administrativo punitivo instaurado pelo DERTES.

Com efeito, a prescrição da ação punitiva do DERTES faz desaparecer o direito de punir (pretensão sancionató-

ria) a infração praticada pelo transportador e, não, a infração praticada pelo transportador e constante do respectivo auto de infração que, sendo ato administrativo, goza de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, presunção esta que a prescrição da ação punitiva do DERTES não faz desaparecer.

6 Proposições conclusivas

À luz do que foi exposto, podem ser compendiadas as seguintes proposições conclusivas:

- 1) A competência para a regulação do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, seja para o serviço público, quer para a atividade econômica, inclusive a de natureza sancionatória, se situa no âmbito da competência do DERTES, à luz do disposto nos arts. 3º e 4º da LC n.º 223/2002, independentemente das competências próprias do DETRAN.
- 2) Embora o DERTES seja o regulador dos serviços públicos de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros e das atividades econômicas de transporte, não significa que a dita entidade seja uma agência reguladora, por não ostentar as características que a doutrina e o ordenamento jurídico pátrio vêm apresentando para a configuração de uma agência reguladora, consubstanciadas, em síntese, numa densa e especial autonomia decisional e econômico-financeira, inexistentes neste Estado.
- 3) O Conselho de Transporte Rodoviário Intermunicipal de Passageiros – CTI – se apresenta como relevante órgão de controle regulatório amplo sobre a regulação do setor de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros – serviços públicos e atividades econômicas – desenvolvida pelo DERTES.

- 4) Em matéria de prescrição da ação punitiva do DERTES, no segmento do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, na ausência de norma estadual disciplinando a matéria, é legítima a aplicação da Lei n.º 9873/99, por força dos princípios constitucionais da segurança jurídica (CR/88, art. 1º, *caput* c/ c art. 5º, XXXVI), da celeridade do processo administrativo (CR/88, art. 5º, LXXVIII), da razoabilidade (CR/88, art. 5º, LIV), da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*) e do disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.
- 5) Visando à maior segurança jurídica e eficiência no relevante segmento do transporte rodoviário de passageiros, apresenta-se fundamental a reforma do marco regulatório do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, em especial, a explicitação, por lei, da formatação jurídica e limites de atuação do DERTES e do CTI.

7 Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 182.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 16.06.06.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 3.254, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 02.12.05.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 2.564, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 06.02.04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 2.075-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 27.06.03.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. Pleno, ADI n.º 102-RO, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, D.J.U. de 17.12.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. Pleno, ADI n.º, 1391-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, D.J.U. de 07.06.2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 1.435-MC, Rel. Min. FRANCISCO RESEK, DJ de 06.08.99.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 996-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.05.94.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. www.stf.gov.br. ADI 365-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 15.03.91.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. www.stj.gov.br. REsp 655551-RS, Recurso Especial 2004/0056601-3, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJ de 30.10.2006, p. 432.

1.5

ASPECTOS POLÊMICOS DA CLÁUSULA DE REAJUSTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

FLÁVIO AMARAL GARCIA*

SUMÁRIO: 1 Nota introdutória. 2 Do conceito de reajuste e a sua distinção para os institutos afins. 3 Da periodicidade anual do reajuste. Da proteção da proposta. 4 Da possibilidade de reajuste dos preços nos contratos administrativos com prazo de duração inferior a um ano. 5 Do termo inicial do reajuste. Da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. 6 A prorrogação do prazo de validade da proposta. 7 Da fixação do índice do reajuste no edital e no contrato. 8 Do advento de dissídio coletivo da categoria profissional. 9 Da aplicação do índice de reajuste. 10 Conclusão.

1 Nota introdutória

A aplicação da cláusula de reajuste nos contratos administrativos ainda é objeto de diversas controvérsias, mormente pela freqüente confusão terminológica que se procede com relação aos institutos da revisão, da atualização monetária e da repactuação.

Daí porque, o objetivo deste estudo é abordar apenas as questões polêmicas que envolvem a matéria, fazendo-se necessário, em um primeiro momento, estabelecer brevemente os traços distintivos entre o reajuste e os demais institutos mencionados, avançando-se, posteriormente, nos seus aspectos controvertidos.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Administrativo na Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Fundação Getúlio Vargas.

2 Do conceito de reajuste e a sua distinção para os institutos afins

Como notório, o equilíbrio econômico-financeiro¹ deve sempre ser assegurado nas relações decorrentes dos contratos públicos.

Quando o licitante formula a sua proposta com base nos futuros encargos que será obrigado a assumir com a execução do contrato, se estabelece uma equivalência do ônus (obrigações a serem satisfeitas) e bônus (a justa remuneração pelos encargos a serem executados). É o que se convencionou denominar de equilíbrio ou equação econômico-financeira do contrato.

A matéria tem sede constitucional. Confira-se o teor do art. 37, XXI, da CF:

“Art. 37 -

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que

¹ WALD, Arnoldo. A garantia do contratado à recuperação do equilíbrio econômico-financeiro em caso de inadimplemento contratual da administração pública. In: _____. *Direito das concessões*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. v. 3, p. 79-80 estabelece distinção entre equilíbrio financeiro e equilíbrio econômico do contrato. Confira-se: “Assim, o equilíbrio financeiro é a garantia do cumprimento do *cash flow* (entrada firme e efetiva de fundos financeiros), inicialmente previsto, a fim de evitar que o particular seja obrigado a financiar a Administração, quando não haja convenção prévia neste sentido. A norma legal significa que o particular deve receber *pari passu* os valores de que necessita para manter o equilíbrio entre as suas receitas (entradas) e as despesas necessárias para permitir a realização de obras (saída). Há, pois, nos contratos administrativos, uma obrigação do dono da obra (União, Estado, Município ou entidade da Administração Indireta, como a sociedade de economia mista), de origem constitucional e legal, de realizar os pagamentos no momento adequado e com os reajustamentos decorrentes da inflação, atendendo às efetivas variações do custo do dinheiro no mercado, ou do custo da construção, a fim de ser garantido o equilíbrio financeiro, que se impõe, especialmente nas épocas de depreciação acelerada da moeda. A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação de pagar na forma contratual inicialmente fixada, sob pena de ressarcimento do *quantum* do principal, acrescido dos custos financeiros para garantia da manutenção do *status quo* contratual. Não o respeitando, a Administração desapropria o direito ao uso do dinheiro e só pode fazê-lo indenizando-o adequadamente. Assim, o pagamento dos custos financeiros representa, no caso, uma consequência necessária da intangibilidade da remuneração do contratado, que não pode ser onerado de forma não prevista nas cláusulas contratuais, devendo a Administração arcar com os encargos financeiros reais do empreiteiro. Já a equação econômica é a garantia da rentabilidade do contrato em seu aspecto global, assegurando ao particular, que contrata com a Administração, um direito adquirido ao lucro assegurado de acordo com a equação inicialmente pactuada. Assim, o dispositivo legal visa, basicamente, garantir a intangibilidade da remuneração do contrato, com a finalidade de não permitir que eventuais modificações determinadas pelo contratante ou mesmo medidas de política econômica mais gerais, notoriamente imprevistas, possam prejudicar a posição do particular. Com efeito, este último tem direito, conforme ressalta a doutrina, à imutabilidade da equação econômica do contrato.”

assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, *mantidas as condições efetivas da proposta*, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.“(o grifo não é do original)

A proposta deve ser mantida em seu valor real durante toda a execução do contrato administrativo, não podendo as cláusulas afetas à economia do ajuste serem alteradas sem a concordância do contratado, a teor do disposto no art. 58, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

Sucedem que com o decorrer do tempo este valor real da proposta é naturalmente modificado, fazendo-se necessário o manuseio de instrumentos que se destinam a preservar aquela relação de equivalência traduzida na noção de equilíbrio econômico-financeiro; daí as figuras jurídicas da *revisão*, do *reajuste* e da *atualização monetária* e, recentemente, da *reapctuação*, que apesar de não se confundirem nos seus pressupostos e fundamentos têm o mesmo objetivo: preservar o valor real das propostas ofertadas em momento pretérito.

É preciso, então, delimitar o alcance de aplicabilidade destes quatro instrumentos.

O *reajuste* tem por objetivo recompor o valor proposto pelo licitante em função do regime inflacionário da economia. Faz-se, portanto, uma indexação dos preços, com a prévia definição no edital e no contrato do índice a ser utilizado (como regra setorial para avaliar a variação dos custos naquele específico segmento do mercado). É, pois, um instituto destinado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, “mantendo as condições efetivas da proposta”, nos termos do art. 37, XXI, da CF.

A *revisão* implica na ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação

de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Independe, pois, de previsão expressa no edital e no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento. Não é qualquer alteração que ocasiona a revisão das bases inicialmente ajustadas, mas tão-somente aqueles fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis que onerem excessivamente uma das partes, situando-se na *álea* econômica extraordinária e extracontratual, conforme disciplina o art. 65, d, da Lei n.º 8.666/93. Assim, enquanto a revisão busca *recompôr* a equação financeira do contrato, o reajuste tem por finalidade *manter* esta relação econômica nos mesmos parâmetros inicialmente ajustados.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO² ensina, com propriedade, que o reajuste atinge apenas o preço, com a finalidade de reequilibrá-lo. Já a revisão pode incidir sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e outras condições.

A *atualização monetária*, assim como o reajuste, também visa manter o valor nominal do contrato, compensando-se genericamente os efeitos da inflação; daí a utilização de índices gerais e não setoriais. Incide a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento, a teor do disposto no art. 40, XIV, c, da Lei n.º 8.666/93.

MARÇAL JUSTEN FILHO³ estabelece a *distinção* entre *reajuste* e *atualização monetária*, esclarecendo a razão pela qual utilizam-se, respectivamente, índices setoriais e gerais. Confira-se o entendimento:

“A diferenciação entre reajuste de preços e atualização financeira retratava a complexidade do fenômeno infla-

² Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171.

³ Reajuste de preços e garantias constitucionais. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 61, p. 170, mar. 1999.

cionário, ou seja, não existia uma única inflação no Brasil. A desvalorização monetária produzia perdas variáveis e distintas nos diferentes segmentos da atividade econômica. A atividade de produção de um bem não podia ser tratada uniformemente com a situação do credor por valor monetário. Para executar um certo bem ou prestar um serviço determinado, o sujeito estaria sujeito a variação de custos das mais distintas. Portanto, admitia-se que o reajuste fosse produzido através de índices setoriais ou, mesmo, índices especiais produzidos pela conjugação de índices distintos. Mas, executada a prestação, as variações setoriais tornavam-se irrelevantes. O particular passava à condição de credor por prestação em dinheiro. Portanto, a atualização financeira seria calculada apenas em função dos índices gerais de inflação.”

A *repactuação*, por sua vez, foi introduzida no ordenamento jurídico por intermédio do Decreto n.º 2.271, de 07.07.1997 e da Instrução Normativa MARE n.º 18/97, alcançando apenas os contratos administrativos que tenham por objeto serviços contínuos no âmbito da esfera federal. Portanto, Estados e Municípios estão fora da incidência dos referidos atos normativos, o que não significa dizer que não possam, por atos próprios, acolher sistemática semelhante.

Assim como o reajuste, a *repactuação*⁴ visa a recompor as perdas inflacionárias que ocorrem no período de 12 (doze) meses. A diferença é que enquanto no reajuste adota-se um índice setorial, na *repactuação* deverá ser apresentada pelo contratado demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada, conforme prescreve o art. 5º do citado Decre-

⁴ Sobre o tema, vale conferir os ensinamentos de MORAIS, Dalton Santos. A *repactuação* de preços à luz do princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, p. 110-119, fev. 2004.

to. Caberá, então, à Administração contratante examinar se a variação dos custos apresentada está de acordo com o mercado, procedendo-se, então, a repactuação⁵ dos valores inicialmente ajustados.

Estabelecida a distinção conceitual entre os institutos, passa-se a examinar, pontualmente, as questões polêmicas afetas ao reajuste nos contratos administrativos.

3 Da periodicidade anual do reajuste. Da proteção da proposta

Como notório, com o advento do Plano Real a economia brasileira passou por um processo de estabilização monetária que permitiu a introdução de regra que autoriza a concessão do reajuste após o período de doze meses; afinal, neste novo cenário de estabilidade, a corrosão inflacionária que incide sobre a moeda não justifica mais a adequação dos preços a cada mês de execução contratual.

Atualmente, a matéria é tratada na Lei n.º 10.192, de 14.02.2001, com a sistemática adotada de proteger a *proposta* apresentada pelo licitante⁶. Confirma-se, sobre o tema, os artigos do referido diploma legal pertinentes para tal análise:

“Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

⁵ Para MENDES, Renato Geraldo; MIQUELOTO, Simone. Alteração do critério legal de reajustamento dos contratos administrativos por meio de atos normativos expedidos no exercício de competência regulamentar: questão de pura ilegalidade. *Informativo de Licitação e Contratos*, Curitiba: Zênite, p. 237-243, o Decreto n.º 2.271, de 07.07.1997 desbordou dos limites da lei quando vedou a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos.

⁶ Vale o registro que nem sempre foi assim. A Medida Provisória n.º 542, de 30.06.94, que foi convertida na Lei n.º 9.069/95, prescrevia que o reajuste deveria ser computado a partir da data da contratação. A modificação se deu com o advento da Medida Provisória n.º 1.171, de 27.10.95, que dispôs que a periodicidade se contaria a partir da data da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 1º - É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

(...)

Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993.

§ 1º - A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.”

O *direito ao equilíbrio econômico-financeiro* encontra-se garantido e preservado, na medida em que o prazo inicial para o reajuste conta a partir da data da apresentação da proposta e *não da assinatura do contrato*. Neste sentido, a legislação citada encontra-se em estrita consonância com o comando constitucional – que determina sejam mantidas as condições efetivas da proposta – e com o próprio art. 40, XI, da Lei n.º 8.666/9, *verbis*:

“XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo da produção, admitida a adoção e índices específicos ou setoriais, *desde a data prevista para a apresentação da proposta ou do orçamento a que essa proposta se referir*, até a data do adimplemento de cada parcela.” (*destacamos*)

De fato, se assim não fosse, estar-se-ia não apenas descumprindo a norma constitucional como penalizando o contratado que ficaria com o período entre a formulação da sua proposta e a assinatura do contrato descoberto e sem

nenhuma proteção que lhe garantisse a manutenção do valor original.

O Tribunal de Contas da União, na decisão TC-016.352/99, publicada no DOU de 02.07.02⁷, expressa este entendimento: Confira-se trecho da decisão:

“É, portanto, totalmente procedente a pretensão do recorrente de continuar a fixar o termo inicial da periodicidade anual a partir da apresentação da proposta e deve ser excluída a determinação do TCU que prevê o contrário, por absoluta falta de amparo na legislação vigente.”

A formação dos custos inerentes ao preço a ser ofertado se dá no momento da formulação da proposta na licitação, como bem explica JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁸:

“Reconhecendo a valiosa contribuição do direito administrativo francês, o legislador brasileiro foi mais longe. Ao adaptar a norma à realidade nacional, não olvidou o grave drama decorrente da inflação. Assim, tomou por termo inicial o único momento em que o futuro contratante tem domínio do custo do processo produtivo: o tempo da elaboração da proposta.”

Observe-se que a adoção de sistemática distinta da atual induziria a uma lógica perversa de majoração dos preços ofertados, eis que o licitante, já sabedor que o reajuste somente se iniciaria a contar da assinatura do contrato, possivelmente embutiria este risco no momento da elaboração da sua proposta.

Não há, sobre o tema, espaço para exercício de discricionariedade administrativa. Será ilegal cláusula editalícia

⁷ *Apud Boletim de Licitações e Contratos*, n. 12, p. 841-845, dez. 2002.

⁸ Reequilíbrio econômico-financeiro de contrato após o Plano Real. Artigo integrante da obra *Comentando as Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002. p. 180.

ou contratual que discipline que o reajuste se inicia a contar da data da assinatura do contrato e não da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir.

4 Da possibilidade de reajuste dos preços nos contratos administrativos com prazo de duração inferior a um ano

Feitas estas considerações, a questão posta em exame é a seguinte: poderia o reajuste incidir mesmo nos casos em que o contrato administrativo apresente prazo de duração inferior a um ano?

A meu juízo, a resposta é positiva, ainda que, reconheça-se, a matéria comporte polêmica. Isto porque se a periodicidade anual conta-se a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir e decorridos doze meses desta data, o reajuste será devido, ainda que o contrato tenha prazo inferior a um ano.

Imagine-se, por exemplo, um contrato de obra pública cujo prazo de execução é de 10 (dez) meses. Se a proposta é apresentada em *abril*, mas o contrato é assinado apenas em *setembro*, como negar ao contratado o direito de, em abril do ano subsequente, ter o direito de reajuste assegurado?

Ora, a Lei n.º 10.192, de 14.02.2001 trata de normas financeiras aplicáveis aos contratos em geral, sejam públicos ou privados. Sucede que os contratos públicos apresentam sistemática distinta dos contratos privados, já que são, como regra, precedidos de licitação pública. E não se ignora que entre a data da apresentação da proposta no certame e da assinatura do contrato pode decorrer tempo suficiente que desatualize o valor real originariamente ofertado.

Daí o legislador – frise-se, inteligentemente – ter permitido o reajuste, observada a periodicidade anual, a partir da data da apresentação da proposta, pouco importando, nos

casos dos contratos administrativos, que o seu prazo de duração seja inferior a um ano.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁹ parece confirmar esta linha de raciocínio:

“A disciplina ao reajuste foi objeto de modificações em virtude do plano real. Somente se admite reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática, não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Computa-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorrido um ano da formulação da proposta.”

O que importa, pois, para os contratos públicos para fins de reajuste é a idéia de periodicidade anual e não de prazo de duração dos contratos, cuja noção é aplicável, a meu ver, apenas para os contratos privados.

Assim, é razoável que os editais de licitação e as minutas dos contratos administrativos incluam a previsão de reajuste mesmo nos casos dos ajustes com prazo inferior a um ano, salvo nas hipóteses de compra para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, a teor do que dispõe expressamente o § 4º, I, do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

5 Do termo inicial do reajuste. Da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir

Examinando a matéria sob a perspectiva dos citados dispositivos da Lei n.º 8.666/93 e da própria Lei n.º 10.192,

⁹ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 462.

de 14.02.2001, percebe-se que o legislador admitiu *dois* marcos iniciais para início da contagem do prazo de reajuste: (i) o da data da apresentação da proposta; (ii) ou do orçamento a que esta se referir. Relevante notar que estes marcos se aplicam também nos casos de contratos oriundos de dispensa ou inexigibilidade de licitação¹⁰.

O primeiro marco refere-se à data da apresentação da proposta, que é a data da *entrega* dos envelopes. Este é o entendimento de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR¹¹:

“A aleatoriedade da data de abertura dos envelopes de proposta, quando da instauração do prélio licitatório, associada ao prazo de validade de proposta, que se conta a partir da entrega dos envelopes, ou seja, da data prevista no edital ou na carta-convite (v. comentários ao art. 64, § 3º), faz crer que a data embutida neste inciso XI do art. 40 (“apresentação da proposta”) é a *data da entrega dos respectivos envelopes, que deve vir indicada no edital consoante exige a cabeça do mesmo art. 40.*” (destacamos)

O segundo, ou seja, “do orçamento a que a proposta se referir”, se configura quando a proposta é entregue numa data mas faz expressa referência a um orçamento anterior e pretérito, que seria o momento no qual os custos foram formados. Quando a proposta explicita este orçamento, fazendo expressa referência, este passa a ser o marco inicial para fins de reajuste.

É bem verdade que o próprio edital pode estabelecer este marco, elegendo como prazo de referência da forma-

¹⁰ Veja-se, neste sentido, a orientação do *Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite*, n. 77, p. 594, jul. 2000. “A contagem será idêntica, quer se trate de contrato decorrente de licitação, quer de dispensa ou inexigibilidade. Embora costumeiramente se use a expressão proposta de preços em referência a valores e demais condições ofertadas nas licitações, em sentido lato o orçamento apresentado pelo particular interessado também constituiu uma proposta de preços, distinguindo-se, basicamente, pelo fato de não se destinar à disputa no certame. Será, igualmente, submetida à avaliação da Administração, juntamente com as demais que existirem, sendo eleita se for a melhor e preterida caso não o seja.”

¹¹ *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 436.

ção dos custos das propostas o prazo, por exemplo, de trinta dias antes da data da realização da licitação. A idéia, nesta situação, é conferir uniformidade às propostas, evitando que cada uma tenha um prazo de referência distinto. Os licitantes já saberão, portanto, o mês de referência para formar os seus preços e a própria data-base do reajustamento contratual.

O ideal é que o edital e o contrato explicitem a data-base para cômputo do período de reajuste, a fim de evitar insegurança jurídica no órgão ou entidade contratante e no próprio contratado. No entanto, o que se vê na prática é a mera reprodução do dispositivo legal, o que, como visto, não se afigura a melhor solução.

Observe-se que conta-se o início do reajuste *incluindo* o mês da data da apresentação da proposta ou, se for o caso, do orçamento a que se referir. Assim, hipoteticamente, se a data limite da apresentação da proposta foi o mês de setembro/2005, tem-se que: o 1º mês corresponde a setembro de 2005, o 2º a outubro de 2005, o 3º a novembro de 2005, o 4º a dezembro de 2005, o 5º a janeiro de 2006, o 6º a fevereiro de 2006, o 7º a março de 2006, o 8º a abril de 2006, o 9º a maio de 2006, o 10º a junho de 2006, o 11º a julho de 2006 e o 12º a agosto de 2006, pelo que já em setembro de 2006 poderá ser o contrato reajustado.

6 A prorrogação do prazo de validade da proposta

Questão que pode sugerir controvérsia em relação ao termo inicial para cômputo do reajuste se dá quando o licitante prorroga o prazo de validade de sua proposta. Como se sabe, decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas sem convocação para contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos, conforme determina o § 3º, do art. 64 da Lei n.º 8.666/93. Logo,

caso o edital não estabeleça de modo diverso, as propostas terão prazo de validade de 60 (sessenta) dias.

Assim, o problema reside em saber se o licitante ao prorrogar o prazo de validade da sua proposta reconheceu ser este prazo a nova data-base para cômputo do reajuste.

A princípio, parece se tratar de questões distintas. Com efeito, ao prorrogar o prazo de validade da sua proposta, o licitante sinaliza que está disposto a iniciar a execução do contrato com o mesmo valor ofertado na data da realização do certame. Reconhece que no período entre a realização do certame e a assinatura do contrato, não ocorreu nenhum fato que ocasionou o desequilíbrio econômico da sua proposta.

No entanto, isto não quer dizer que tenha se modificado o prazo inicial para cômputo do reajuste. A prorrogação da validade da proposta demonstra a intenção do licitante de executar o objeto ajustado pelo mesmo valor inicialmente ofertado, não implicando na renúncia automática, de sua parte, do seu direito subjetivo de que o reajuste seja computado da data de apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir; afinal, como dito, os custos (insumos e mão-de-obra) foram orçados nestas datas e não na data da prorrogação da proposta.

De mais a mais, a dicção legal é muito clara, sendo certo que tanto o art. 40, XI, da Lei n.º 8.666/93, como o art. 3º, § 1º da Lei n.º 10.192/2001 prescrevem expressamente que o prazo para contagem do reajuste se inicia da “data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir”. A prorrogação da validade da proposta não tem, deste modo, o condão de modificar a regra legal, salvo se o licitante expressamente aquiescer com esta nova situação e, portanto, com a nova data para que se inicie o cômputo do reajuste.

Tanto é verdade que é por esta razão que se nega ao licitante o direito de reajustar a sua proposta antes de assi-

nar o contrato¹². Com efeito, a proteção do seu direito já está assegurada e irá ocorrer quando decorridos os 12 (doze) meses a que se refere a legislação aqui citada.

7 Da fixação do índice do reajuste no edital e no contrato

O índice eleito para fins de reajuste deve ser, como já dito, *setorial*, de modo a refletir a variação dos custos (insumo e mão-de-obra) naquele determinado segmento de mercado. Tais índices devem ser oficiais¹³.

Somente no caso de não existir um índice que reflita a variação dos custos do objeto contratual é que se admitirá a escolha de um índice geral.

Questão polêmica é saber se o reajuste poderia ser aplicado mesmo no caso de não ter sido expressamente previsto no edital e no contrato administrativo.

Sem prejuízo de outras linhas de interpretação que acolham orientação diversa, parece *incabível* a concessão de reajuste na hipótese de omissão nos instrumentos convocatório e contratual.

Isto porque se o edital e o contrato nada previram, parte-se da premissa de que o preço a ser ofertado é irrealizável e que o licitante já incluiu na sua proposta de preços a não incidência de reajuste no valor original. Esta opção – discutível do ponto de vista econômico porque embute o risco do não reajustamento, acarretando o aumento dos preços – foi expressamente adotada no Município do Rio

¹² Neste sentido, confira-se a orientação da Consultoria Zênite. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 105, p. 955, nov. 2002. “*Reajusta-se preços já contratados*. A administração pode realizar a recomposição do equilíbrio somente na fase contratual, não cabendo reajuste de proposta durante a licitação”. (os destaques são do original)

¹³ ARAÚJO, Kleber Martins de. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e índices oficiais*. *Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba: Zênite, n. 110, p. 305, abr. 2003, explica que: “Índices oficiais são fatores nos quais os critérios de reajuste devem se basear para se realizar o ajustamento dos preços à nova situação fática. Consoante o art. 40, inc. XI, podem ser adotados como critérios de reajuste índices setoriais – como os índices de variação dos preços da construção civil, por exemplo – ou mesmo índices específicos da FIPE, da FGV etc.”, exceto os proibidos para reajuste de contratos – TR, dólar etc.

de Janeiro, que por meio do Decreto n.º 19.810, de 23.04.2001, determinou que os contratos somente poderão ser reajustados após 24 (vinte e quatro) meses.

Nem se diga que o particular será prejudicado com a não previsão de cláusula de reajuste no edital e no contrato, eis que não é obrigado a participar do certame, sendo-lhe, inclusive, facultado impugnar os termos do edital, conforme prescreve o art. 41, § 2º, da Lei n.º 8.666/93.

Ora, se não o faz, participa da licitação e, sagrando-se vencedor, celebra o respectivo contrato administrativo, é porque aquiesceu com os termos avençados, sendo defeso ao contratado invocar o desequilíbrio do contrato, seja por meio de pleito de reajuste ou, por via transversa, por pleito de revisão. Confira-se o entendimento de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO¹⁴:

“O que não cabe é pleitear revisão de proposta feita em caráter irreajustável, sob o argumento da onerosidade excessiva; é que a inflação, que torna a proposta original onerosa, não é algo imprevisível no Brasil (que justifique a aplicação da Teoria da Imprevisão, autorizada da revisão dos contratos); não raro, a proposta venceu exatamente por ser irreajustável.”

Caso fosse concedido o reajuste, estar-se-ia violando, a um só tempo, os princípios da *isonomia* e da *vinculação ao instrumento convocatório*; da isonomia porque outros licitantes eventualmente não participaram do certame em razão, justamente, de o edital e o contrato não preverem cláusula de reajuste; da vinculação ao instrumento convocatório porque não ocorreu nenhum fato superveniente que justificasse a alteração do contrato e do edital. A falta de previsão do reajuste não é motivo novo, mas fato já conhecido desde o início da realização da licitação.

¹⁴ *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 334.

Esta é, também, a opinião de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS¹⁵:

“O reajuste de preços só é devido se previsto no instrumento convocatório da licitação. A concessão de qualquer reajuste sem a expressa previsão vicia o contrato, ferindo os princípios da igualdade entre todos os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório.”

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO¹⁶ entende no mesmo sentido:

“Sensível a essa realidade, o legislador inseriu, entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, “o preço e as condições de pagamento, e quando for o caso os critérios de reajustamento” (art. 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença neste sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é fixo e irreajustável.”

Não parece, pois, que a previsão de cláusula de reajuste seja obrigatória, nem mesmo por força de uma interpretação literal dos arts. 40, XI e 55, III, da Lei n.º 8.666/93. Isto porque a matéria se insere nos direitos disponíveis que são livremente pactuados pelas partes, conforme bem explicitou a ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, JOSENETE VELOSO MONTEIRO¹⁷:

“O direito ao reajuste se insere nos chamados direitos disponíveis, posto que livremente acertado pelas partes. (...) De qualquer sorte, frise-se, o reajuste não é imperativo da lei, devendo, pois, estar expresso no contrato, nos termos fixados pelos interessados, observados os limites legais.”

¹⁵ *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 189.

¹⁶ *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 160.

¹⁷ Parecer n.º 21-96/ JVM

O ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro, RENAN MIGUEL SAAD¹⁸, ainda acrescenta o argumento de ordem orçamentária:

“Neste diapasão, para que o requerente lograsse êxito no seu pleito administrativo seria indispensável a previsão contratual da cláusula de reajustamento de preços, pois tal disposição é indispensável ao teor do art. 55, inciso III, da Lei n.º 8.666/93.

Com efeito, a razão do indicado comando legal é simples, pois ao se prever em contrato o critério de reajustamento de preços, igualmente haverá previsão orçamentária para tal, na medida em que é defeso ao administrador o empenho de despesa sem a prévia previsão legal, segundo o teor dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Lei n.º 8.666/93.”

Diversa é a situação quando o edital e o contrato estabelecem a possibilidade de reajuste, mas não definem o índice a ser aplicado. Neste caso, salvo melhor juízo, a matéria é negocial, podendo o problema ser solucionado por meio de consenso entre as partes, com a eleição de um índice que reflita a variação dos custos do objeto contratual. Ao contrário da situação anterior, já se sabe de antemão que haverá o reajuste, razão pela qual se entende que a omissão dos instrumentos convocatório e contratual pode ser sanada por meio de aditivo a ser celebrado entre os contratantes.

8 Do advento de dissídio coletivo da categoria profissional

Muito comum nos contratos administrativos é a ocorrência de dissídio coletivo durante a execução do ajuste.

¹⁸ Parecer n.º 01/99 - RMS

Como regra, esta não é uma hipótese de revisão contratual, eis que se trata de evento previsível e cujo objetivo é, exatamente, adequar a variação do custo da mão-de-obra (um dos insumos do preço) à inflação que tenha ocorrido no período, configurando-se, assim, em situação fática autorizadora da aplicação de cláusula de reajuste.

O Superior Tribunal de Justiça afastou a revisão em situações como esta. Confira-se:

“Administrativo. Contrato de Prestação de serviço. Dissídio Coletivo. Aumento de Salário. Equilíbrio econômico-financeiro. Art. 65 da Lei n.º 8.666/93.

- 1 O aumento salarial a que está obrigada a contratada por força de dissídio coletivo não é fato imprevisível capaz de autorizar a revisão contratual de que trata o art. 65 da Lei n.º 8.666/93.
- 2 Precedente da Segunda Turma desta Corte no REsp n.º 134.797/93.
- 3 Recurso Especial provido.” (REsp. n.º 134797-DF, 411101-PR e 382260-RS)

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Transcreva-se trecho da ementa:

“Constitui fato previsível a ocorrência de dissídio coletivo que autoriza o aumento do piso salarial da categoria profissional que executa os serviços contratados do particular pela Administração, não se podendo falar em rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a ensejar revisão de sua remuneração.” (ApCv n.º 46.156/97, Relatora: Desembargadora Vera Lúcia Andrighi)

Somente seria admissível a aplicação da revisão se o dissídio estabelecesse um índice fora dos padrões normais e que acarretasse uma onerosidade excessiva ao contratado. Neste caso, estar-se-ia diante de um fato previsível, mas

de conseqüências incalculáveis, conforme dispõe o art. 65, d, da Lei n.º 8.666/93.

Ao revés, quando os índices decorrentes do dissídio são aqueles esperados, apenas recompondo as perdas inflacionárias, a hipótese será de reajuste.

Neste passo, considerando que o reajuste salarial concedido a determinada categoria é conhecido anteriormente, inclusive já se sabendo a data-base que ocorrerá, é razoável presumir que o licitante ao formular a sua proposta já ponderou e avaliou todos os aspectos financeiros envolvidos. Assim, o reajuste deverá ocorrer apenas ao cabo de um ano da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir, quando, então, poderá ser majorado o valor da mão-de-obra.

Esta presunção é aplicável nos casos em que o edital é omissivo em relação a superveniente ocorrência de dissídios coletivos. Nesta hipótese, recomenda-se que o particular, entre a publicação do edital e a realização da licitação, deduza pedido de esclarecimento acerca da matéria, a fim de que se explicita a data em que será aplicado o reajuste, inclusive no que se refere ao insumo mão-de-obra.

No entanto, a melhor solução parece ser a de o próprio edital estabelecer regra expressa sobre a matéria. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR¹⁹ menciona hipótese concreta de cláusula editalícia que dispõe neste sentido:

“O contrato de prestação de serviços resultou da licitação, mediante concorrência n.º 052/97, cujo edital previu, em seus itens 10.10 e 10.12, que ‘sempre que houver aumento salarial por força do acordo e/ou dissídio coletivo, este será concedido integralmente a partir da mesma data aos salários das categorias correspondentes, integrantes do anexo II’, e que dito aumento ‘será repassado pelo Tribunal de Justiça, no mesmo percen-

¹⁹ Op cit., p. 658-659.

tual, à adjudicatária, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”

(...)

O Tribunal de Contas da União tem entendido que reajustes são devidos desde que previstos entre as regras que balizaram as respectivas competições licitatórias, porque, ante a expressa previsão, é de aceitar-se que os licitantes não embutiram no preço que cotaram o valor do dissídio, que equivale ao “fato previsível, porém de conseqüências incalculáveis a que se refere o art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/93. Ao contrário, se o edital nada referiu, é de presumir-se que o acréscimo já estivesse embutido no preço cotado, daí não ser devido o reajuste.

No caso sob foco, resultou demonstrado, documentalmente, que: o edital incumbiu o Tribunal de repassar o valor do dissídio no exato percentual em que fosse concedido; houve o dissídio, no valor de 4%; não há indício, na proposta que a empresa apresentou na licitação, que nela houvesse embutido valor correspondente ao dissídio; a empresa passou a pagar, desde a data do dissídio, a diferença aos empregados com cuja mão-de-obra executa a prestação contratada.”

A questão que poderia ensejar polêmica em cláusulas desta natureza é a que envolve a periodicidade, pois poder-se-ia estar concedendo reajuste antes do período de um ano da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. Basta, para tanto, compreender como “data do orçamento a que a proposta se referir” e, portanto, como termo *a quo* para cômputo do reajuste no item mão-de-obra, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta. Esta, aliás, foi a disciplina adotada na Instrução Normativa MARE n.º 18 de 22.12.1997, que tratou da repactuação dos contratos de natureza contínua na esfera federal.

9 Da aplicação do índice de reajuste

No reajuste, ao contrário do que ocorre na repactuação, há uma *presunção* de que o índice eleito reflete a variação inflacionária ocorrida no período²⁰, pelo que a sua aplicação não demanda maiores complexidades. Não é necessário, como na repactuação, que se proceda a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.

A aplicação do índice de reajuste sequer reclama termo aditivo. A própria Lei n.º 8.666/93, no § 8º, do art. 65, determina que a variação do valor contratual para fazer face ao reajuste poderá ser registrada por simples *apostila*, dispensando a celebração de aditamento. SIDNEY BITTEN-COURT²¹ comentando o referido parágrafo oitavo ensina:

“Elenca o parágrafo as hipóteses que não alteram, em tese, o equilíbrio econômico-financeiro do acordo. Nelas, conforme lição de Jessé Torres, as modificações incidentais introduzidas não inovam o acordado, mas sim confirmam o seu sentido e o conteúdo, apenas adaptando-os às circunstâncias que envolvem a execução das respectivas prestações.

Em face do exposto, a Lei não considera as hipóteses abaixo como motivadoras de alterações contratuais por

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 613, aborda situação interessante, vale dizer, quando o índice adotado passa a discrepar da realidade. Confirma-se: “Exatamente pelas razões aduzidas, se e quando os índices oficiais a que se reporta o contrato deixam de retratar a realidade buscada pelas partes quando fizeram remissão a eles, deve-se procurar o que foi efetivamente pretendido, e não simplesmente o meio que deveria levar - e não levou - ao almejado pelos contraentes. Não padece dúvida de que os índices são um meio e não um fim. A eleição de meio revelado inexistente não pode ser causa elisiva do fim, mas apenas superação do meio inadequado. Para que as partes cumpram devidamente o ajuste em toda sua lisura, boa-fé e lealdade, como de direito, cumpre que atendam ao efetivamente pretendido, respeitando a real intenção das vontades que se compuseram. Esta regra singela de interpretação consta expressamente do Código Civil, Lei 10.406, de 10.1.2002 – no art. 112, de acordo com o qual ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem’, e que apenas modifica para pior, do ponto de vista do vernáculo, o anterior art. 85, mais conciso, segundo o qual: ‘nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem’. Por certo, o que se pretende em casos que tais é o óbvio: aquilo mesmo que se espera de uma cláusula de reajuste constante de avença administrativa, a saber: a manutenção da equação econômico-financeira, de molde a salvaguardar o equilíbrio inicialmente estipulado.”

²¹ *Licitação passo a passo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2002. p. 355.

aditamento, determinando, para as mesmas, o simples apostilamento (para o qual sugerimos um termo razoavelmente circunstanciado, sendo certo que as Cortes de Contas têm aceitado uma simples anotação no verso do contrato).”

Isto não quer dizer que está o ente público contratante autorizado a não confirmar os cálculos apresentados pelo contratado. É dever do órgão/entidade analisar detalhadamente as eventuais planilhas econômicas apresentadas pelo contratado, de modo a verificar se a aplicação do índice de reajuste se deu da maneira adequada e tomando por base os valores corretos. Afinal, nenhuma lesão ao erário pode ocorrer com o cômputo do reajuste.

Importante observar que a *provocação* para o reajuste deve ser do contratado, a quem cabe formular o requerimento pleiteando a aplicação da cláusula contratual. Neste sentido, é a lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO²², quando trata de reajustes deduzidos perante os órgãos reguladores, ao dizer que “os processos de reajuste e revisão propriamente ditos terão início por requerimento da concessionária ao regulador...”

Tal pleito deve ser deduzido com uma antecedência mínima do prazo final dos doze meses, a fim de que, como dito, possam os cálculos serem confirmados pelos órgãos técnicos do ente contratante. O ideal é que o edital e o contrato estabeleçam estes prazos, como forma de explicitar a postura que se espera do contratado.

Mesmo se o contratado requerer o reajuste com algum atraso não parece razoável que a Administração Pública lhe negue o direito de computar o reajuste desde a data prevista no edital e no contrato, eis que se trata de um direito subjetivo próprio. Por óbvio, o exercício deste direito de requerer o rea-

²² *Direito administrativo regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 318.

juste se submete a determinados prazos, que uma vez extintos, podem acarretar a prescrição administrativa ou judicial.

O que não parece razoável é a Administração Pública, de *ofício*, provocar a aplicação do reajuste, eis que, em assim agindo, poderá ser cogitada eventual violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF). A única hipótese que se vislumbra como, em tese, admissível, será no caso de a não aplicação do reajuste afetar de tal modo a equação econômico-financeira do contrato que coloque em risco a sua própria execução. Mesmo assim, nesta hipótese, será necessária justificativa por parte do agente público que explicita esta motivação.

Tanto é verdade que a lógica do reajuste impõe que a *iniciativa* parta do contratado, que na Lei n.º 11.079, de 30.12.2004 – que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada – restou previsto no § 1º, do art. 5º, que “as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.”

Ora, fica claro que se a própria fatura já pode ser apresentada pelo contratado (parceiro privado), reforça-se a idéia de que a Administração Pública apenas *confirma* os cálculos apresentados, não sendo ela a responsável pela aplicação automática da cláusula contratual.

Aliás, esta novidade vem se revelando uma tendência em matéria de contratos de concessões de serviços públicos. Em alguns contratos desta natureza, antes mesmo do advento da lei de parcerias público-privadas, já se vinha admitindo que o cálculo do reajuste do valor da tarifa fosse feito pelo próprio concessionário e posteriormente submetido ao regulador, que

teria um prazo determinado para se manifestar sobre o cálculo apresentado. Caso não cumprisse o prazo, estaria o concessionário autorizado, pelo contrato, a implementar a tarifa reajustada. A idéia é evitar que a demora no exame da proposta de reajuste pelo ente regulador interfira no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e coloque em risco, por via inversa, a eficiência e adequação do serviço público.

É prudente, por derradeiro, lembrar que o valor do reajuste não poderá ser pago a vista. Os valores reajustados serão pagos na exata medida em que a parcela do objeto ainda não executada for sendo prestada, de acordo com as regras previstas para execução do contrato e com o seu cronograma financeiro.

10 Conclusão

Como o próprio título deste breve estudo já revela, o objetivo foi abordar apenas as questões polêmicas em matéria de reajuste nos contratos administrativos.

Todos os pontos enfrentados comportam mais de uma interpretação jurídica razoável, sendo sempre necessário que se atente para as especificidades da situação concreta, a fim de que se alcance a solução ótima em cada caso.

O importante é que, na confecção do edital e do contrato, as normas acerca do reajuste dos contratos administrativos sejam bem formuladas e detalhadas, evitando cenários que provoquem a insegurança jurídica no órgão público e no próprio mercado.

A adoção de regras claras e objetivas, que não apenas reproduzam os dispositivos legais, sempre facilita a tarefa do intérprete, eliminando previamente conflitos e dúvidas acerca da aplicação da cláusula de reajuste.

Fundamental é que a relação contratual que envolva os setores público e privado seja pautada pelos princípios da boa-fé e da confiança legítima.

1.6

ASPECTOS POLÊMICOS DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS NO BDI

ELMAN FONTES NASCIMENTO*

SUMÁRIO: 1 Sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. 2 O ISS na Constituição Federal de 1988. 3 O ISS e a construção civil. 4 Deduções de materiais utilizados nos serviços de construção civil e especificidade em cada município. 5 O ISS na composição do BDI. 6 Caso prático. 7 Jurisprudência do TCU sobre ISS no BDI. 8 Conclusão.

1 Sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS

Imposto é o tributo de caráter genérico que independe de qualquer atividade ou serviço do poder público em relação ao contribuinte. Essa definição encontra-se no art. 16 do Código Tributário Nacional. Dentre os tributos é o que traz um maior retorno econômico aos entes públicos, embora os demais, tais como taxas e contribuições de melhoria, tenham a mesma importância jurídica. O imposto tem seu fundamento de validade no poder de império estatal.

Os impostos são de competência privativa, nominados e atribuídos discriminadamente a cada uma das pessoas políticas de direito público. Além disso, são tributos não-vinculados, ou seja, seus fatos geradores não estão atrelados a nenhuma atividade específica relativa ao contribuinte.

O Imposto Sobre Serviços da Qualquer Natureza (ISS ou ISSQN) é um tributo de competência municipal, conforme reza o art. 156, inciso III, da CF/88, incidente sobre os serviços elencados em lei complementar, excetuados os

* Engenheiro Civil. Engenheiro de Petróleo. Advogado. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas da União.

serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, tributados pelo ICMS.

A Lei Complementar n.º 116/03 institui e consolida toda a legislação concernente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza até então vigente. A nova norma manteve alguns institutos já consagrados no Decreto-lei n.º 406/68, recepcionado como lei complementar pela Constituição Federal de 1988, mas considerado por muitos como defasado, o qual trazia as normas gerais de tributação do ISS.

As alíquotas do ISS são estabelecidas pelos Municípios, sempre obedecendo ao valor máximo de 5%, fixado pela Lei Complementar n.º 116/03, em seu art. 8º, inciso II.

A base de cálculo do ISS é o preço do serviço prestado conforme se extrai do art. 7º da LC n.º 116/03 e o contribuinte desse imposto é o prestador do serviço, mesmo que esta não seja a atividade preponderante do prestador (art. 5º da LC n.º 116/03).

2 O ISS na Constituição Federal de 1988

Como dissemos no tópico anterior, a competência tributária para instituição e cobrança do ISS é dos Municípios, conforme reza o art. 156, inciso III, da CF/88. Por competência tributária entende-se o poder que a Constituição Federal atribui a um determinado ente político para que este institua um determinado tributo. Essa instituição é, como regra, uma tarefa tipicamente legislativa e, portanto, política.

A Constituição Federal de 1988 estabelece no § 3º do art. 156, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n.º 37/02, que cabe à lei complementar: fixar as alíquotas máximas e mínimas do ISS; excluir da incidência desse imposto as exportações de serviços para o exterior; e regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A Lei Complementar n.º 116/03, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, estabeleceu que a alíquota máxima desse imposto seria de 5%, e omitiu-se em relação à alíquota mínima.

3 O ISS e a construção civil

A lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 116, de 31 de julho de 2003, trouxe um rol de serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres; dentre eles, destacamos os itens a seguir elencados, que se referem à construção civil *lato sensu, in verbis*:

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Para os serviços elencados no excerto anterior, esta mesma Lei Complementar deu tratamento diferenciado em relação ao local onde o serviço é prestado, em relação à regra geral que é o de considerar devido o imposto no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador.

Assim, no art. 3º da LC n.º 116/03, estabeleceu-se que o ISS será devido no local da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02, e no local das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05. Esse entendimento já encontrava respaldo mesmo à luz do Decreto-lei n.º 406/68, que previa como local da prestação de serviço de construção civil o local onde se efetuar a prestação (art. 12, alínea “b”)¹.

A opção do legislador em dar um tratamento diferenciado para os serviços de construção civil pode ter tido como fundamento, primeiramente, a intenção de proteger os Municípios menores, pois é sabido que as empresas de construção civil normalmente optam por se estabelecer em centros urbanos mais movimentados, ou mesmo por essa diferenciação tornar a fiscalização dos serviços mais fácil, já que o imposto será arrecadado no próprio Município onde a obra está sendo realizada.

Embora a Lei Complementar n.º 116/03 tenha se omitido em relação à fixação da alíquota mínima do ISS, a Emenda Constitucional n.º 37, de 12/06/2002, acrescentando o art. 88 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT², dispôs que enquanto lei complementar não disciplinar o assunto, esse imposto terá a alíquota mínima de 2%, exceto em relação aos serviços que constam nos itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68³, ou seja, para estes, não foi fixada qualquer alíquota mínima provisória.

¹ A Lei Complementar n.º 116/03 revogou todo o art. 12 do Decreto-lei n.º 406/68.

² O Art. 88 do ADCT da CF/88 estabelece que: “Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo: I – terá *alíquota mínima de dois por cento*, exceto para os serviços a que se referem os itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968”.

³ Reprodução dos itens 32, 33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei n.º 406/68: “32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM); 33. Demolição; 34. Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)”.

Urge salientar que, embora a lista de serviços hoje aplicável seja a que consta da Lei Complementar n.º 116/03, o art. 88 do ADCT refere-se expressamente à lista constante do Decreto-lei n.º 406/68. Assim, na ausência de disposição sobre a alíquota mínima do ISS em lei complementar, permanece perfeitamente aplicável o disposto no art. 88 do ADCT. Nesse ponto, impende informar que alguns dispositivos do Decreto-lei n.º 406/68 permanecem vigentes, pois a LC n.º 116/03 revogou apenas alguns de seus artigos.

De todo o exposto, extraímos que as alíquotas aplicáveis pelos Municípios para os serviços de construção civil em geral pode ser inferior a 2%, mantendo sempre o patamar máximo em 5%. Disso advém uma constatação importante para o nosso trabalho: a alíquota do ISS nem sempre será de 5%, como ordinariamente nos levamos a imaginar.

4 Deduções de materiais utilizados nos serviços de construção civil e especificidade em cada município

Como regra geral, tem-se que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, porém, em relação àqueles previstos nos itens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços anexa à LC n.º 116/03 (ver excerto no item anterior), a base de cálculo pode sofrer uma redução em relação ao valor dos materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço (art. 7º, § 2º, I. da LC n.º 116/03)⁴. O objetivo dessa redução foi o de evitar que as mercadorias já tributadas pelo ICMS fizessem parte da base de cálculo do ISS, fazendo com que o ISS efetivamente incidisse apenas sob o serviço realizado. É impor-

⁴ O art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar n.º 116/03 dispõe que: "Art. 7º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. (...) § 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza: I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar".

tante frisar que não se trata de redução de alíquota, mas sim de redução da base de cálculo do imposto.

É importante repisar que, sob os auspícios do Decreto-lei n.º 406/68, o ramo de construção civil, para determinação de sua base de cálculo, poderia deduzir não só o valor dos materiais empregados na prestação do serviço, mas também o valor pago pelas subempreitadas já tributadas pelo imposto. Essa última possibilidade encontra-se vedada após a entrada em vigor da LC n.º 116/03, em razão do veto presidencial ao inciso II do § 2º do art. 7º desta lei, tornando possível aos Municípios tributarem esses valores.

Sabe-se que a definição da base de cálculo de um tributo deve vir definida em lei. No caso dos impostos, somente uma lei complementar federal tem essa incumbência, devido a expressa previsão constitucional insculpida no art. 146, inciso III, alínea “a”, CF/88, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à *lei complementar*.

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre,

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, *bases de cálculo* e contribuintes;

Como já nos referimos anteriormente, no caso dos serviços constantes dos itens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços anexa à LC n.º 116/03, a base de cálculo do ISS pode vir a ser reduzida a partir da dedução do valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços (Art. 7º, § 2º, I, da LC n.º 116/03) e essa redução normalmente pode se dar de duas formas para o contribuinte:

- o contribuinte pode provar o montante gasto com esses materiais por meio de notas fiscais ou outro

documento equivalente, até o limite estipulado por cada municipalidade; ou

- utilizar-se do percentual de dedução, sem necessidade de comprovação, por parte do contribuinte, do montante realmente gasto com materiais adquiridos de terceiros e utilizados na obra.

Dessa forma, além de se ter alíquotas diferenciadas do ISS em cada Município, pode-se ter, também, percentuais diferenciados de dedução dos materiais adquiridos de terceiros e utilizados na obra, mesmo no caso do contribuinte optar pela dedução sem necessidade de comprovação de sua parte do montante gasto a título desses materiais. Essa dedução só é aceitável se, antes, estiver prevista na lei tributária do Município.

Visando demonstrar a realidade que se afigura à espécie, fizemos um levantamento em alguns Municípios do Estado de Sergipe, no sentido de confirmar essas dissensões nas alíquotas e nas reduções da base de cálculo devido aos materiais fornecidos pelo prestador nos serviços de construção civil:

a) Município: Aracaju

- Alíquota: 5%
- Lei n.º 1547, de 20/12/1989 (Código Tributário Municipal):

Art. 108. Na prestação de serviços a que se referem os itens 32 e 34 da lista constante do artigo 98 desta lei, o imposto será calculado sobre o preço cobrado, *deduzidas* as parcelas correspondentes:

- a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviço;
- b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

- Decreto n.º 11, de 23/01/1990:

Art. 1º - Para efeito da dedução do valor de materiais adquiridos de terceiros e utilizados em obras, e do valor das subempreitadas já tributado pelo imposto sobre serviços – ISS, relativo às atividades dos itens 32 e 34 da lista de serviços de ISS, *sem necessidade de comprovação*, será considerado o valor correspondente a 40% (quarenta por cento) do preço total do serviço cobrado.

b) Município: Nossa Senhora do Socorro

- Alíquota: 3,5%
- Lei n.º 596, de 30/12/2003 (Código Tributário Municipal):

Art. 113. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 2º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza:

I – o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos *itens 7.02 e 7.05* da lista de serviços anexa a esta Lei.

- Decreto n.º 06, de 02/01/2001:

Art. 1º. Para efeito da dedução do valor de materiais adquiridos de terceiros e utilizados em obras, e do valor das subempreitadas já tributado pelo imposto sobre serviços – ISS, relativo às atividades dos itens 31 e 33⁵ da lista de serviços de ISS, *sem necessidade de com-*

⁵ Esses itens referem-se ao Código Tributário do Município de Nossa Senhora do Socorro (Lei n.º 436, de 15/12/1997).

provação, será considerado o valor correspondente a 40% (quarenta por cento) do preço total do serviço cobrado.

c) Município: Maruim

- Alíquota: 5,0%
- Lei n.º 378, de 16/12/2005 (Código Tributário Municipal):

Art. 10. A base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço ou o valor da unidade fiscal de referência do município, conforme o caso.

(...)

Art. 14. Na prestação dos serviços enumerados nos itens 7.02, 7.05, constantes do Anexo I – Lista de Serviços, desta Lei, o ISSQN será calculado sobre o preço cobrado *deduzidas*, até o limite de 40% (quarenta por cento) do faturamento bruto mensal, as parcelas correspondentes ao valor:

I – dos *materiais* fornecidos pelo prestador de serviço;

II – das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

d) Município: Rosário do Catete

- Alíquota: 5,0 %
- Lei n.º 433, de 31/12/2001 (Código Tributário Municipal):

Art. 10. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço ou o valor da unidade fiscal de referência do município, conforme o caso.

(...)

§ 2º *Não se incluem* na base de cálculo do ISS o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços

previstos nos itens 7.02 e 7.05 do Anexo I – LISTA DE SERVIÇOS desta Lei, observadas as disposições previstas no art. 15.

(...)

Art. 14. O contribuinte poderá *deduzir* até o limite de 40% (quarenta por cento) da base de cálculo na prestação de serviço a que alude o § 2º do artigo 10 desta lei, *sem a necessidade de comprovar o material empregado na prestação de serviço.*

e) Município: Itaporanga D'ajuda

- Alíquota: 5,0 %
- Lei n.º 243/2002 (Código Tributário Municipal), alterada pela Lei n.º 265, de 29/12/2003:

Art. 10. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 2º *Não se incluem* na base de cálculo do ISS o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 do Anexo I – LISTA DE SERVIÇOS desta Lei, observadas as disposições previstas no art. 15.

(...)

Art. 15. O contribuinte poderá *deduzir* até o limite de 40% (quarenta por cento) da base de cálculo na prestação de serviço a que alude o § 2º do artigo 10 desta Lei, *sem a necessidade de comprovar o material empregado na prestação de serviço.*

f) Município: Cristinópolis

- Alíquota: 5,0%
- Lei Complementar n.º 02, de 10/12/2003 (Código Tributário Municipal):

Art. 111. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 6º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza: o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei;

g) Município: Umbaúba

- Alíquota: 3,0 %
- Lei Complementar n.º 478, de 19/12/2001 (Código Tributário Municipal):

Art. 55. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 6º Na prestação de serviços a que se referem os itens 31 e 33, da tabela I, anexa, o imposto será calculado sobre o preço *deduzido* das parcelas correspondentes:

I – ao *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços;

II – ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

h) Município: Laranjeiras

- Alíquota: 5,0%
- Lei Complementar n.º 02, de 18/12/1997, alterada pela Lei Complementar n.º 08/03 (Código Tributário Municipal):

Art. 104. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 6º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto a que se referem os serviços prestados nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços constante da tabela I, desta Lei:

I – o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços utilizados na prestação daquele serviço e comprovado com notas fiscais;

II – o valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto, comprovado mediante a retenção do tributo na fonte.

i) Município: Estância

- Alíquota: 5,0%⁶
- Lei Complementar n.º 08, de 30/12/2003 (Código Tributário Municipal):

Art. 111 - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 2º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza: o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei;

j) Município: São Cristóvão

- Alíquota: 2,5%
- Lei Complementar n.º 02, de 19/12/2003 (Código Tributário Municipal):

Art. 87. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, mediante a aplicação da Tabela I constante da Lei

⁶ Essa alíquota é específica para os serviços de construção civil; para os demais serviços a alíquota é de 3%.

Complementar n.º 01/97 de 23/12/97, que em nada se altera, em relação aos seus percentuais e valores.

(...)

§ 6º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto a que se refere os serviços prestados nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços constantes da tabela I, desta Lei:

I – o *valor dos materiais* utilizados na prestação daquele serviço e comprovados com notas fiscais;

II – o valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto, comprovado mediante a retenção do tributo na fonte.

k) Município: Carmópolis

- Alíquota: 4,0%
- Lei n.º 699, de 10/12/2003 (Código Tributário Municipal):

Art. 89. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§ 6º *Não se incluem* na base de cálculo do imposto a que se refere os serviços prestados nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços constantes da tabela I, desta Lei:

I – o *valor dos materiais* fornecidos pelo prestador dos serviços utilizados na prestação daquele serviço e comprovados com notas fiscais;

II – o valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto, comprovado mediante a retenção do tributo na fonte.

5 O ISS na composição do BDI

Primeiramente definiremos o que vem a ser BDI (Bônus e Despesas Indiretas). Trata-se de um percentual correspondente às despesas indiretas e ao lucro, aplicado ao custo direto de um empreendimento (materiais, mão-de-obra, encargos sociais, equipamentos, incluindo os tributos necessários, e fretes).

Sabemos que o preço final de uma obra é determinado por dois componentes: os custos diretos e o BDI. Por custos diretos tem-se que são aqueles que ocorrem especificamente por causa da execução do serviço objeto do orçamento em análise, e despesas indiretas são gastos que não estão relacionados exclusivamente com a realização da obra em questão.

Em síntese, o BDI deve contemplar tão somente os gastos que contabilmente são classificados como despesas indiretas, tais como administração central e da obra, custos financeiros, custos comerciais e encargos fiscais como Imposto de Renda, ISS, PIS, COFINS, CPMF.

Assim, tem-se que o BDI é o resultado de uma operação matemática para indicar a “*margem*” que é cobrada do cliente, incluindo todos os custos indiretos, tributos etc., e a sua remuneração pela realização de um determinado empreendimento. Essa operação depende de uma gama de variáveis, dentre as quais podemos citar: tipo de obra, valor do contrato, prazo de execução, volume de faturamento da empresa e local de execução da obra.

6 Caso prático

Durante um dos trabalhos de levantamento de auditoria realizada no Tribunal de Contas da União no âmbito do Fis-cobras 2006, deparamos com problema atinente à forma de cálculo do Imposto Sobre Serviços, alíquotas aplicáveis

e redução da base de cálculo devido aos materiais empregados na obra. A seguir passamos a analisar cada um dos achados de auditoria encontrados (TC n.º 010.824/2006-9). A obra em questão refere-se à duplicação de trecho da BR-101 no Estado de Sergipe.

Por meio do Acórdão TCU n.º 2065/04 - Plenário, alterou-se a determinação contida no item 9.6.2 do Acórdão n.º 583/03 - Plenário, resultando, em relação ao contrato, na seguinte redação: *“Verifique a correção dos pagamentos efetuados à contratada a título de ISS, levando em conta as alíquotas reais estabelecidas pelos municípios envolvidos, e proceda, se for o caso, aos acertos pertinentes nas próximas faturas”*.

Visando o cumprimento deste item do Acórdão supracitado, a empresa executora dos serviços apresentou um quadro-resumo dos valores pagos até a 18ª Medição, a título de ISS, nos municípios de Nossa Senhora do Socorro e Laranjeiras, ambos no Estado de Sergipe, confrontados com os valores de ISS embutidos no BDI da empresa, resultando num valor a ser ressarcido pelo Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes – DNIT, de R\$ 3.187,36.

Analisando-se a tabela apresentada pela empresa, constatou-se um equívoco em relação aos valores efetivamente recolhidos a título de ISS em cada um desses Municípios, pois não foi considerado o desconto de 40% na base de cálculo a título de materiais empregados na obra, apresentando, portanto, um valor pago a título de ISS maior do que aquele que foi realmente recolhido pela empresa nos Municípios em questão.

Assim, tendo-se que as alíquotas do ISS à época das medições retratadas no quadro-resumo apresentado pela empresa eram de 3,5% e 5%, respectivamente em Nossa Senhora do Socorro e Laranjeiras, e sabendo-se que em ambos os Municípios há uma redução de 40% na base de

cálculo a título de materiais, pode-se inferir, para efeitos práticos, que as alíquotas efetivamente empregadas quando do pagamento de ISS a esses Municípios seriam de 2,1% e 3,0%, respectivamente.

É importante frisar que a redução a título de materiais empregados na obra incide sobre a base de cálculo, e não sobre a alíquota aplicável, segundo entendimento do STF⁷, mas para efeitos práticos, podemos considerar que essa redução se dê na alíquota e não na base de cálculo, como comumente se considera no jargão do fisco municipal, já que o resultado matemático é o mesmo.

A partir dessa premissa, refizemos o quadro-resumo apresentado pela empresa e constatamos que, ao invés de um crédito de R\$ 3.187,36 em seu favor, tem-se, na verdade, um crédito de R\$ 36.900,36 a favor do DNIT, conforme demonstrado a seguir:

MED	VALOR (R\$)	Aliq. (%)	ISS NO BDI	NOSSA SRA. DO SOCORRO			LARANJEIRAS			SALDO DNIT (R\$)
				VALOR (R\$)	Aliq. (%)	ISS DEVIDO	VALOR (R\$)	Aliq. (%)	ISS DEVIDO	
1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
2	351.901,32	3,378	11.887,23	351.901,32	2,10	7.389,93	-	3,00	-	4.497,30
3	104.228,98	3,378	3.520,85	104.228,98	2,10	2.188,81	-	3,00	-	1.332,05
4	127.804,60	3,378	4.317,24	127.804,60	2,10	2.683,90	-	3,00	-	1.633,34
5	236.151,45	3,378	7.977,20	236.151,45	2,10	4.959,18	-	3,00	-	3.018,02
6	272.321,55	3,378	9.199,02	272.321,55	2,10	5.718,75	-	3,00	-	3.480,27
7	342.204,05	3,378	11.559,65	342.204,05	2,10	7.186,29	-	3,00	-	4.373,37
8	275.871,04	3,378	9.318,92	212.345,06	2,10	4.459,25	63.525,98	3,00	1.905,78	2.953,90
9	249.130,00	3,378	8.415,61	177.716,47	2,10	3.732,05	71.413,52	3,00	2.142,41	2.541,16
10	162.098,62	3,378	5.475,69	103.538,10	2,10	2.174,30	58.560,52	3,00	1.756,82	1.544,58
10R	1.117,20	3,378	37,74	713,60	2,10	14,99	403,60	3,00	12,11	10,65
11	216.000,70	3,378	7.296,50	133.156,98	2,10	2.796,30	82.843,72	3,00	2.485,31	2.014,90
11R	1.488,70	3,378	50,29	917,73	2,10	19,27	570,97	3,00	17,13	13,89
12	-	3,378	-	-	2,10	-	-	3,00	-	-
13	296.206,88	3,378	10.005,87	171.991,90	2,10	3.611,83	124.214,98	3,00	3.726,45	2.667,59
14	200.221,25	3,378	6.763,47	100.110,62	2,10	2.102,32	100.110,62	3,00	3.003,32	1.657,83
15	111.534,76	3,378	3.767,64	55.767,38	2,10	1.171,11	55.767,38	3,00	1.673,02	923,51
16	339.643,16	3,378	11.473,15	169.821,58	2,10	3.566,25	169.821,58	3,00	5.094,65	2.812,25
17	135.048,36	3,378	4.561,93	67.524,18	2,10	1.418,01	67.524,18	3,00	2.025,73	1.118,20
18	37.148,05	3,378	1.254,86	18.574,03	2,10	390,05	18.574,02	3,00	557,22	307,59
TOTAL	3.460.120,67		116.882,88			55.582,58			24.399,93	36.900,36

⁷ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b. I. - *Dedução do valor dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço.* D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b: dispositivos recebidos pela CF/88. Citados dispositivos do art. 9º, § 2º, cuidam da base de cálculo do ISS e não configuram isenção. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. RE 236.604-PR, Velloso, Plenário, 26.5.99, RTJ 170/1001. II. - RE conhecido e provido. Agravo improvido. (RE-AgR 214414 / MG; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 05/11/2002; Órgão Julgador: Segunda Turma) (*grifos nossos*)

Em relação a este mesmo contrato, apurou-se que, à época dos trabalhos de execução de auditoria, havia um saldo contratual no valor de R\$ 4.059.474,70.

Dessa forma, partindo das mesmas premissas em relação às reduções da base de cálculo a título de materiais empregados na obra, chegamos à alíquota final de 3,0% e 2,1%, respectivamente nos Municípios de Laranjeiras e Nossa Senhora do Socorro, conforme já citado em parágrafo anterior.

O BDI apresentado pela empresa vencedora do certame para a realização dos serviços de construção das obras de arte especiais referentes a trecho da duplicação da BR-101 no Estado de Sergipe foi composto da seguinte forma:

ITENS	%
ADMINISTRAÇÃO CENTRAL	12,50
ADMINISTRAÇÃO LOCAL	5,65
ISS	5,00
PIS-PASEP	0,65
COFINS	3,00
CPMF	0,30
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL	1,08
BENEFÍCIOS	10,82
IMPREVISTOS	5,00
ASSISTÊNCIA TÉCNICA	4,00
TOTAL	48,00

Assim, considerando que o BDI apresentado pela empresa foi de 48% e que a alíquota informada de ISS compondo esse BDI foi de 5%, tem-se que o percentual desse imposto realmente embutido no preço final é de 3,378% [= 5% / (1+ BDI) = 5% / 1,48]. Como as alíquotas efetivamente utilizadas para o recolhimento do ISS nos Municípios de Laranjeiras e Nossa Senhora do Socorro foram de 3,0% e 2,1%, respectivamente, conforme citado anteriormente, tem-se que foram repassados aos itens constantes de sua proposta de preço um acréscimo indevido a título de ISS de 0,378% e 1,278%, respectivamente.

Convém frisar que, no exemplo em questão, os serviços executados pela empresa contratante são pontuais (pontes, viadutos etc.) e podem ser facilmente individualizados por Município. No caso da obra da ponte sobre o Rio Cotinguiba⁸, considerou-se a média desses percentuais indevidos de acréscimo no BDI $[(0,378\% + 1,278\%)/2 = 0,828\%]$, já que o valor da base de cálculo do imposto é dividido em partes iguais aos municípios ribeirinhos.

Por fim, os valores contratuais indevidos que ainda estão embutidos nos serviços a serem realizados podem ser vistos na Tabela a seguir, onde se encontrou um acréscimo indevido ao contrato no valor de R\$ 33.861,77:

OBRAS DE ARTE	MUNICÍPIO	VALORES A REALIZAR (R\$)	% INDEVIDO	ACRÉSCIMO INDEVIDO NO VALOR CONTRATUAL (R\$)
Viaduto	N. Sra. Socorro	1.039.673,35	1,278	13.287,03
Viaduto	Laranjeiras	1.224.323,61	0,378	4.627,94
Viaduto RFFSA	N. Sra. Socorro	208.273,53	1,278	2.661,74
Ponte Cotinguiba - Velha	N. Sra. Socorro e Laranjeiras	1.093.899,18	0,828	9.057,49
Ponte Cotinguiba - Nova	N. Sra. Socorro e Laranjeiras	461.523,67	0,828	3.821,42
Viaduto Entrada. Aju	N. Sra. Socorro	31.781,36	1,278	406,17
Saldo Contratual – PI⁽¹⁾		4.059.474,70		33.861,77

Obs: PI = preços iniciais

Convém frisar que as irregularidades apontadas na condução deste contrato tiveram a sua ocorrência confirmada pelo gestor do órgão e pela empresa executora dos serviços, corroborando os valores lançados nas tabelas supra, além do que, houve a expressa anuência dessa empresa quanto ao desconto nas próximas faturas dos valores em questão.

⁸ O Rio Cotinguiba separa os Municípios de Laranjeiras e Nossa Senhora do Socorro, ambos no Estado de Sergipe.

7 Jurisprudência do TCU sobre ISS no BDI

Na prática, sabemos que é muito comum utilizar-se como alíquota do ISS, compondo o BDI, o percentual de 5%. Justamente por esse ser o seu patamar máximo e ser o percentual que mais comumente encontramos nos Municípios. Ocorre que essa alíquota, como já nos referimos anteriormente, não é fixa, mas sim o seu percentual máximo, e, além disso, há a redução da base de cálculo em virtude dos materiais empregados na obra pelo prestador de serviços. Daí já se pode concluir que a alíquota realmente utilizada para pagamento da obrigação tributária em relação ao ISS, nos casos de serviços de construção civil, dificilmente será de 5%.

O problema das diferentes alíquotas empregadas em cada Município já foi alvo de análise por parte do Tribunal de Contas da União, no bojo do TC n.º 003.600/2001-5, que cuidava de um levantamento de auditoria nas obras de construção de trechos rodoviários no intitulado Corredor Mercosul (BR-101/RS).

Pela relevância da matéria, passamos a colacionar trecho do voto do Ministro-Relator, Marcos Vinícios Vilaça, que embasou a Decisão n.º 640/2001 - Plenário, no qual ressalta a importância da matéria, pelo desequilíbrio econômico-financeiro que possa causar, em prejuízo ao Erário. E, nesse mesmo voto, alerta para o prejuízo que possa estar ocorrendo em contratos de prestação de serviços por todo o País, *in verbis*:

- 2 No caso do empreendimento agora em exame, assim como em outros auditados pela SECEX/RS, ficou comprovado que empresas que gozam de isenção do ISS, em virtude de leis municipais, ou que estão sujeitas a *alíquotas desse imposto menores do que as previstas pelo DNER*, acabam repassando para o poder público um encargo irreal, na medida

em que o custo tributário é considerado em sua plenitude, segundo o percentual máximo admitido pela autarquia.

- 3 Daí não caber outra conclusão senão a de que, nos contratos respectivos, está ocorrendo flagrante *de-sequilíbrio econômico-financeiro*, repudiado pela Lei n.º 8.666/93, ao se colocar a administração pública em injustificada desvantagem perante o particular.
- 4 Ao que se indica, tal desvirtuamento deve estar acontecendo em todo o País, trazendo *prejuízo* de grande monta ao erário, motivo pelo qual demanda a *adoção de medidas urgentes e abrangentes* para a sua contenção, além de providências tendentes à recuperação do que já foi indevidamente remunerado.

É importante repisar que no processo supramencionado, analisou-se apenas um dos aspectos que tratamos neste trabalho, qual seja, as diferentes alíquotas do ISS nos Municípios onde ocorre a prestação do serviço. Mas não tratou-se acerca da redução da base de cálculo em virtude dos materiais empregados na obra. A atenção especial que se dê a esses dois aspectos na solução final pode resultar numa enorme economia para o Erário, tal qual se verificou no Acórdão n.º 1.451/2006 - Plenário (TC n.º 010.824/2006-9).

Para explicitar a afirmação contida no parágrafo anterior, entendemos conveniente simular uma situação prática, a fim de que possamos quantificar o ganho que possa advir na condução de um determinado contrato, considerando tudo o que aqui se expôs.

Supondo um contrato de prestação de serviço de construção civil com valor de R\$ 10.000.000,00, com BDI de 45% (ISS incluso no BDI foi de 5%), no Município de Nossa Senhora do Socorro/SE, onde a alíquota do ISS é de 3,5%, e, de acordo com o art. 1º, do Decreto n.º 06/01, será considerada uma dedução de 40% a título dos materiais adquiridos

de terceiros e utilizados na obra, sem necessidade de comprovação:

- Base de cálculo = R\$ 10.000.000,00
- Base de cálculo após dedução de 40% = R\$ 6.000.000,00
- Alíquota do ISS embutida no preço final = $5\% / (1 + \text{BDI}) = 5\% / 1,45 = 3,45\%$
- ISS = Alíquota x Base de Cálculo
- ISS que a empresa informa que pagará = $3,45\% \times \text{R\$ } 10.000.000,00 = \text{R\$ } 345.000,00$
- ISS pago = Alíquota x Base de cálculo = $3,5\% \times \text{R\$ } 6.000.000,00 = \text{R\$ } 210.000,00$
- Valor indevido embutido no contrato = R\$ 135.000,00 (1,35% do valor contratual)

8 Conclusão

O presente trabalho visa trazer à baila um assunto ainda pouco tratado nos Tribunais de Contas do país, qual seja, o efeito das diferentes alíquotas do ISS nos Municípios onde são realizados serviços de construção civil e as deduções da base de cálculo desse imposto por conta dos materiais empregados na obra.

É de conhecimento geral que os contratos envolvendo serviços de construção civil, normalmente, são bastante onerosos, e alguns deles, tais como rodovias, ferrovias, pontes, envolvem mais de um Município, e, assim, o tratamento a ser dado não pode ser único, em virtude das particularidades que tratamos nesse trabalho.

Como exemplo, podemos citar as obras de restauração e duplicação da BR-101 no Estado de Sergipe. Essa rodovia cruza diversos Municípios sergipanos e em cada um deles

encontramos peculiaridades quanto à alíquota aplicável do ISS e quanto aos percentuais de deduções da base de cálculo a título de materiais aplicados na obra em questão.

Para se ter uma idéia do que citamos no parágrafo anterior, sintetizamos na tabela a seguir alguns dados obtidos em pesquisa feita em 10 dos 16 Municípios cortados pela BR-101 no Estado de Sergipe, além do Município de Aracaju:

MUNICÍPIO	ALÍQUOTA DO ISS	% DE DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO ⁽¹⁾
ARACAJU	5,0%	40%
NOSSA SRA. DO SOCORRO	3,5%	40%
MARUIM	5,0%	40%
ROSÁRIO DO CATETE	5,0%	40%
ITAPORANGA D'AJUDA	5,0%	40%
CRISTINÁPOLIS	5,0%	S/I
UMBAÚBA	3,0%	S/I
LARANJEIRAS	5,0%	40% ⁽²⁾
ESTÂNCIA	5,0%	S/I
SÃO CRISTÓVÃO	2,5%	S/I
CARMÓPOLIS	4,0%	S/I

Obs: (1) Sem necessidade de comprovação da quantidade de material empregado na obra; (2) Informação obtida na própria Prefeitura de Laranjeiras; S/I: sem informação.

Convém frisar mais uma vez que os percentuais de dedução da base de cálculo apresentada nesta tabela são aqueles que não necessitam de comprovação por parte do contribuinte do montante real de material empregado na obra, fornecido pelo próprio prestador de serviço. Essa informação é importante para que não se pense que os Municípios onde não conseguimos essa informação não devam efetuar essa dedução, pois como vimos no Capítulo 4 deste trabalho, todos esses Municípios prevêm nos seus Códigos Tributários a dedução da base de cálculo do ISS do valor dos materiais fornecidos pelo prestador, mas, nesse caso, há necessidade de comprovação do *quantum* de material empregado na prestação do serviço de construção civil. Aliás, esse percentual de dedução pode, caso não haja um limite máximo de dedução, ultrapassar o percentual de 40%.

Ainda tendo como foco a tabela anterior, podemos ter uma idéia da complexidade do assunto, pois é comum estipular-se uma alíquota fixa de ISS para compor o BDI da empresa. E o percentual fixado é normalmente o patamar máximo, ou seja, 5%, o que pode gerar um flagrante desequilíbrio econômico-financeiro, posto que o ISS incidente será sempre inferior ao constante da proposta (alíquota menor e/ou dedução da base de cálculo devido aos materiais empregados na prestação do serviço).

Para corrigir tais distorções, é mister que se tome algumas precauções durante os trabalhos de auditoria realizados pelos Tribunais de Contas, quando esses envolverem os itens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 116/03. Para efeitos didáticos, listamos a seguir algumas precauções importantes na condução dos trabalhos, a saber:

- exigir a apresentação da composição do BDI da empresa, na qual esteja explícita a alíquota do ISS utilizada;
- analisar a abrangência da obra, ou seja, se ela se estende a mais de um Município, como é o caso de obras em rodovias, por exemplo;
- conhecer aspectos fundamentais do sistema tributário de todos os Municípios envolvidos, tais como alíquota do ISS e percentual de dedução da base de cálculo do ISS a título de materiais empregados, sem necessidade de comprovação;
- exigir a prova do recolhimento do ISS nos Municípios envolvidos, principalmente no caso de comprovação por meio de notas fiscais ou outro instrumento congênere, do montante de materiais aplicados na obra, a fim de que se obtenha um percentual de dedução da base de cálculo superior àquele que se obtém sem necessidade de comprovação;

- efetuar os cálculos do montante de ISS embutido no preço dos serviços da empresa executora dos serviços, na forma como foi pormenorizado neste trabalho, e comparar com o total deste imposto efetivamente pago à(s) municipalidade(s).
- propor o desconto dos pagamentos indevidos nas faturas de serviços vincendas apresentadas pelas empresas, nos casos dos contratos em andamento, ou nas garantias contratuais, caso o montante dos futuros pagamentos não seja suficiente para quitar o débito.

1.7

CONTROVÉRSIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES

HENRIQUE ROCHA FRAGA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Finalidade do estudo do tema. 3 As contribuições no sistema constitucional tributário. 4 Natureza tributária ou não das contribuições. 5 Caracterização e conceito das contribuições. 5.1 Características das contribuições: destinação ou finalidade das contribuições. 5.2 Conceituação. 6 Classificação das espécies tributárias. 7 Conclusões. 8 Referências.

1 Introdução

As contribuições constituem uma das matérias mais controvertidas do Direito Tributário Brasileiro. O presente trabalho procura enfrentar um dos aspectos mais difíceis deste tema: sua natureza jurídica.

Esperava-se que a Constituição de 1988 superasse as dúvidas sobre o tema, proporcionando uma pacificação nos intermináveis debates entre a doutrina e jurisprudência sobre a natureza jurídica das contribuições.

Lamentavelmente, por certo, isso não ocorreu. A natureza jurídica das contribuições não encontrou ainda uniformidade de tratamento na doutrina brasileira. Face suas características, torna-se tarefa árdua fazer sua conceituação e definir seu regime jurídico. Se a doutrina não se entende, quiçá o Poder Judiciário.

Este trabalho procurará enfrentar o tema, a fim de também contribuir para o debate da matéria.

* Procurador do Estado do Espírito Santo. PGE/Subprocuradoria do Contencioso Judicial (SCJ). Advogado. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professor Universitário. Ex-Procurador do Município de Vitória.

2 Finalidade do estudo do tema

Não se duvida que os impostos, as taxas e a contribuição de melhoria são tributos, face o comando expresso do art. 145 da Constituição de 1988. Porém, há autores que ainda sustentam que os empréstimos compulsórios e as contribuições não têm natureza tributária.

Por outro lado, entre aqueles que entendem que todas essas figuras são tributos, há forte divergência para saber se essas últimas duas são tributos autônomos em relação aos impostos, às taxas e à contribuição de melhoria ou se são tributos que podem ser reduzidos a estes.

Perante este quadro, a necessidade de fixar a natureza jurídica das contribuições, além da discussão doutrinária, busca possibilitar uma correta interpretação do texto constitucional e definir o regime jurídico aplicável às mesmas. Aliás, só há sentido em se identificar a natureza jurídica de qualquer instituto de Direito, porque, com isto, identifica-se o regime jurídico que lhe é aplicável, ou seja, as normas jurídicas que devem ser observadas e aplicadas ao objeto de estudo.

A discussão não é meramente acadêmica. A correta definição da natureza jurídica das contribuições tem grande repercussão prática. Resolvia, por exemplo, a questão do alcance da imunidade prevista no art. 155, § 3º da Constituição da República. Apenas para ilustrar a importância do tema, no XXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em São Paulo sob coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, concluiu-se, por expressiva maioria, que a limitação constitucional prevista no § 3º do art. 155 da CF aplica-se às contribuições sociais incidentes sobre o faturamento. Assim, o PIS e Cofins não poderiam incidir sobre as operações e serviço mencionados no citado § 3º. O STF, entretanto, firmou jurisprudência de que apenas outros impostos estão excluídos, sendo legítima a incidência de con-

tribuição social sob a égide da Constituição Federal de 1988, art. 153, § 3^o. A propósito, a Emenda Constitucional n.º 33 veio a corroborar a tese do STF, ao modificar a redação do art. 155, § 3^o da Constituição da República.

As dificuldades do intérprete sobre o tema advêm da própria Constituição. Ainda na vigência da Constituição anterior, deu-se início às controvérsias, porquanto a Emenda Constitucional n.º 08/77, de 14 de abril de 1977, criou contribuições sociais no elenco do processo legislativo (art. 43, X), reduzindo ao mesmo tempo o elenco enunciado no § 2^o, I, do art. 21 da Emenda 1/69.

Infelizmente, a confusão perdura na Constituição de 1988. A rotulação dada por nossa Carta Magna não permite identificar, com nitidez, categorias distintas e específicas. A distinção, por exemplo, feita pelo legislador constituinte entre tributos e contribuições (art. 150, § 6^o), e também entre esta e os impostos (art. 150, § 7^o), são óbices à correta compreensão do instituto, senão vejamos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6^o. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente *tributo ou contribuição*, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2^o, XII, g.

§ 7^o. A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento

¹ RE n.º 144.971-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 17-9-96, p. 36.161. RREE 227.832-PR, 230.337-RN e 233.807-RN, T. Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 6-8-99.

de *imposto ou contribuição*, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido².

Primeiramente, o texto constitucional distingue tributo de contribuição, podendo levar a conclusão de que as contribuições não têm natureza tributária. Depois, distingue-as apenas dos impostos, podendo levar a conclusão inversa.

Diante desta situação, o presente trabalho tem como finalidade o estudo da natureza jurídica das contribuições, bem como, por conseqüência, o regime jurídico que lhes deve ser aplicado. Isto importa saber se as contribuições são tributos e, caso a resposta seja afirmativa, se o regime jurídico a se observar é o dos impostos, das taxas, da contribuição de melhoria ou é um regime jurídico peculiar.

3 As contribuições no sistema constitucional tributário

Em relação aos impostos, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente a competência tributária de cada ente, de forma a alcançar o princípio da isonomia entre os entes federados. Já em relação às contribuições, o mesmo critério de distribuição expressa de competências não prevaleceu. Tratando-se de contribuições, a Carta Magna de 1988 privilegiou preponderantemente a União, atribuindo a este ente federado um rol de competência muito mais amplo do que a outorgada aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A União, por força do art. 149 da Constituição da República, tem competência para instituir contribuições sociais,

² Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 03/93.

de intervenção do domínio econômico ou no interesse de categorias profissionais ou econômicas (corporativas). Veja a dicção literal do dispositivo constitucional:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

Inobstante a titularidade conferida à União, o mesmo dispositivo constitucional outorgou competência tributária aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios para instituir contribuições para o custeio de sistemas de previdência e assistência social, cobradas de seus servidores e para benefício dos mesmos.

“§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social”³.

Veja-se que, embora o rol de contribuições a serem instituídas pela União seja muito maior, não se exclui a competência de Estados, Distrito Federal e Municípios. Deve ficar claro, entretanto, que embora competentes para instituir contribuições, tais entes devem se limitar a cobrar contribuições destinadas à previdência e assistência social.

Importante ressaltar ainda que, embora o art. 149 da Constituição seja considerado regra-matriz no tratamento jurídico-constitucional das contribuições, não se pode olvi-

³ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001.

dar da existência de outros dispositivos constitucionais pertinentes à matéria. Neste sentido, deve-se lembrar dos arts. 195, I, II, III, IV⁴ e seus §§ 4º e 8º; art. 212, § 5º; art. 239 e art. 240 da Carta Magna, que expressamente se referem às contribuições.

O primeiro debate sobre o tema trata exatamente de se definir se todas as contribuições estão restritas à previsão do art. 149 da Constituição da República ou se existem outras no contexto da Constituição de 1988, tais como a denominada contribuição ao salário-educação prevista no art. 212, § 5º.

Marco Aurélio Greco, inigualável estudioso das contribuições, sustenta a existência de outros tipos de contribuições, além das previstas no art. 149 da Constituição:

“As contribuições têm na finalidade seu critério distintivo, mas isto não significa que estejam restritas à previsão do art. 149. Outras existem no contexto da CF-88 como, por exemplo, a denominada contribuição ao salário-educação e as contribuições às entidades privadas integrantes do sistema sindical (art. 240)”⁵.

Tal posição, entretanto, não é unânime. Ricardo Conceição Souza, por exemplo, entende ser impossível fazer tal diferenciação:

“Pensamos, contudo, não ser possível sustentar tal distinção, na medida em que o ensino fundamental faz parte da ordem social e as entidades privadas representam interesses corporativos de categorias econômicas ou profissionais, razão pela qual ambas as finalidades estão inseridas no art. 149 da Constituição da República”⁶.

⁴ Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003.

⁵ *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 229.

⁶ *Regime jurídico das contribuições*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 15.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigma a respeito do tema, elaborou classificação peculiar para as contribuições, *in verbis*:

“O citado artigo 149 instituiu três tipos de contribuições: a) contribuições sociais, b) de intervenção, c) corporativas. As primeiras, as contribuições sociais, desdobram-se, por sua vez, em a.1) contribuições de seguridade social, a.2) outras de seguridades social e a.3) contribuições sociais gerais”⁷.

Embora, como ressaltado anteriormente, não haja uniformidade na doutrina e na jurisprudência, tende-se a aceitar que todas as espécies de contribuições dispostas no texto constitucional podem ser inseridas no rol do art. 149 da Constituição da República⁸.

4 Natureza tributária ou não das contribuições

Como já anteriormente ressaltado, gravita ainda sobre o tema a discussão sobre a natureza tributária ou não das contribuições. Parte da doutrina entende que as contribuições não têm natureza tributária, sustentando, em síntese: que as contribuições não estão expressas no rol do art. 145 da Carta Magna; que as contribuições são exações de natureza finalística e que a Carta Magna, ao determinar a observância de alguns princípios constitucionais tributários e não todos, retirou a natureza jurídica tributária das contribuições.

Neste sentido, segue Marco Aurélio Greco:

“(...) primeiro, se o 149 manda aplicar normas típicas de Direito Tributário, se ele manda aplicar as normas gerais

⁷ STF, Pleno, Rext n.º 138.284-CE, Rel. Min. Carlos Velloso, fl. 453, j. 1º.7.92.

⁸ Neste sentido: Hugo de Brito Machado. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 316; Ricardo Lobo Torres. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 365.

de Direito Tributário, se ele manda aplicar a legalidade, se manda aplicar a anterioridade e irretroatividade, para as contribuições, é porque elas não estão dentro do âmbito tributário. Se tivessem, não precisaria mandar aplicar; bastaria, para tudo ficar definido, que houvesse um eventual item IV no Art. 145 e toda a sistemática subsequente estaria automaticamente aplicada”⁹.

Também esta é a posição de Hamilton Dias de Souza:

“A realidade, porém, é que a doutrina nacional e estrangeira inclinam-se, de forma decisiva, pela classificação tripartida do tributo. Essa posição explica-se a partir do conceito genérico de contribuição abrangente de subespécies, como a de melhoria. A despeito do assinalado, creio que no direito positivo brasileiro não têm as contribuições caráter tributário, embora participem delas, em parte, do regime peculiar aos tributos. (...) De qualquer forma, parece-me que há significativas diferenças de estrutura e função entre essa figura e os tributos. De fato, a doutrina tem salientado de maneira uniforme que o que caracteriza o tributo é o seu fato gerador, sendo irrelevante, no mais das vezes, para qualificá-lo, a destinação legal do produto de sua arrecadação. Assim, a finalidade para a qual foi instituído não é essencial para definir o tributo. Ao contrário, a contribuição não se caracteriza somente pelo seu fato gerador, mas sobretudo por sua finalidade, exteriorizada pela atividade estatal desenvolvida e que se conecta indiretamente com o sujeito passivo. Além disso, e exatamente por se tratar de exação causal, é traço característico das contribuições que tem que o produto de sua arrecadação seja destinado à atividade estatal que é o seu pressuposto. Por essas razões, aliadas à redação do artigo 149 da Constituição Federal que manda aplicar às contribuições apenas o disposto nos

⁹ Exposição em Seminário da Academia Brasileira de Direito Tributário, São Paulo, 22.11.91, *apud* Ricardo Conceição Souza. *Regime jurídico das contribuições*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 17.

seus artigos 146, III e 150 I e III, assim indicando que as demais regras constitucionais tributárias a elas não se aplicam, parece-me que entre nós não foram essas figuras tratadas como tributos”¹⁰.

Oportuno lembrar ainda a posição de Ruy Barbosa Nogueira ao sustentar que, embora a própria CF de 1988 tenha reintroduzido a contribuição social na Constituição Tributária (art. 149), dela ainda cuida extensa e exaustivamente na Constituição Social, ou seja, no título da Ordem Social (art. 195), de onde não deveria ter saído, o que evidencia a sua natureza não-tributária¹¹.

Esta posição, como já dito, não é unânime. Para grande parte da doutrina, uma interpretação sistemática da Constituição permite identificar o caráter tributário das contribuições.

Kyoshi Harada manifesta-se neste sentido:

“As contribuições (...) não se submetem ao princípio da anterioridade, mas ao da trimestralidade (art. 195, § 6º da CF). Porém, tal fato não tem a menor relevância jurídica para negar seu caráter tributário, pois os impostos federais, com exceção do imposto de renda e do imposto territorial rural, não se submetem ao referido princípio tributário (§ 1º, do art. 150 da CF). (...) A verdade é que essas contribuições são compulsórias e se enquadram perfeitamente na definição de tributo dada pelo art. 3º do CTN. Sua natureza jurídica específica resulta do fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, assim como, a destinação legal do produto de sua arrecadação (art. 4º do CTN)”¹².

¹⁰ Contribuições sociais. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo: Resenha - Centro de Extensão Universitária, n. 17, p. 421-422, 1992.

¹¹ *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 128.

¹² *Direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 316-317.

Ricardo Lobo Torres também defende a natureza tributária das contribuições, sob o argumento formal da posição topográfica das contribuições no texto constitucional¹³.

O Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades, já se pronunciou a respeito da matéria, sustentando a natureza jurídica tributária das contribuições:

“Constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Sousa ('Natureza tributária da contribuição do FGTS', RDA 112/27, RDP 17/35). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria. Essas são uma espécie do gênero contribuição; ou uma subespécie da espécie contribuição”¹⁴.

“De efeito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem a duas outras modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesses das categorias econômicas. No tocante às contribuições sociais (...) não só as referidas no artigo 149 (...) têm natureza tributária, (...) mas também as relativas à seguridade social previstas no artigo 195... Por terem esta natureza tributária é que o artigo 149, que determina que as contribuições sociais observem o inciso II do artigo 150 (cuja letra b consagra o princípio da anterioridade), exclui dessa observância as contribuições para a seguridade social previstas no artigo 195, em conformidade com o disposto no § 6º deste dispositivo, que, aliás, em seu § 4º, ao admitir a instituição de outras fontes desti-

¹³ *Direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 365.

¹⁴ STF, Plenário, REExt n.º 138.284-8-CE, Rel. Min. Carlos Mário da Silva Velloso, DJ de 01.07.92.

nadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, determina se obedeça ao disposto no art. 154, I, norma tributária, o que reforça o entendimento favorável à natureza tributária dessas contribuições sociais¹⁵.

Em que pese as opiniões em contrário, não se pode fazer uma interpretação isolada e literal do texto constitucional, para se concluir que as contribuições não têm natureza tributária. No caso, a Constituição inseriu as contribuições dentro do capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional¹⁶. Determinou, ainda, que a elas fossem aplicadas normas gerais de Direito Tributário, além dos princípios da legalidade e anterioridade – ressalvado o art. 195, § 6º da Constituição da República. Não se pode negar, pois, a natureza jurídica tributária das contribuições.

5 Caracterização e conceito de contribuições

A nomenclatura utilizada pela Constituição serve de modelo para catalogação das espécies tributárias. O vocábulo “contribuição” é usado mais de uma vez no texto constitucional, com diferentes sentidos. Assim, os autores ora unificam as várias figuras e utilizam esta expressão genérica, ora discriminam as várias “espécies” de contribuição, em face das características de cada tipo ou de cada grupo de contribuições.

As locuções “contribuições especiais” ou “contribuições sociais” são, às vezes, empregadas pelos juristas para dis-

¹⁵ STF, Pleno, Rext n.º 146.733-9-SP, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 12-3-93, Resolução do Senado Federal n.º 11, de 12-4-95.

¹⁶ Esse, aliás, foi o argumento pelo qual o STF, na vigência da Emenda Constitucional n.º 8, de 1977, que transferiu a contribuição social do bojo do sistema tributário (art. 21, § 2º, I, da CF 67/69) para o dispositivo que versava sobre a competência legislativa da União (art. 43, X), considerou que o ingresso havia perdido a natureza tributária para exibir as características de contribuição parafiscal. – STF – RE 86.595, Ac. do Pleno, de 7.6.78, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 87/271.

tingui-las da contribuição de melhoria. No presente trabalho, utilizar-se-á apenas o termo “contribuição”, no sentido de indicar todo o grupo de contribuições que não se encaixam como contribuições de melhoria.

5.1 Características das contribuições: destinação ou finalidade das contribuições

Na busca da conceituação de qualquer instituto, primeiro há de se buscar as características do seu objeto. Sem a exata compreensão do objeto de estudo, imperfeita se torna qualquer conceituação. Em se tratando de contribuições, a doutrina, mais uma vez – e como não poderia deixar de ser – divide-se na identificação de suas características.

Parte da doutrina entende que as contribuições caracterizam-se pela correspondente *finalidade específica* de sua instituição, induzindo à idéia de vinculação de órgãos específicos do Poder Público à relação jurídica com o respectivo contribuinte¹⁷. Outra corrente sustenta que o importante é a *destinação* do produto da arrecadação¹⁸.

Aliomar Baleeiro parece ter sido aquele que melhor caracterizou as contribuições, resumindo-as em duas principais características: a) delegação do poder fiscal do Estado a um órgão oficial ou semi-oficial autônomo; b) destinação especial ou afetação dessas receitas aos fins específicos cometidos ao órgão oficial ou semi-oficial investido daquela delegação¹⁹.

5.2 Conceituação

Identificadas as características do objeto, possível apresentar sua conceituação.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 314.

¹⁸ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 317.

¹⁹ *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 271.

Para Hugo de Brito Machado, diante da vigente Constituição, pode-se conceituar a contribuição como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social²⁰.

Para Kiyoshi Harada, a contribuição é uma espécie tributária vinculada à atuação *indireta* do Estado. Tem como fato gerador uma atuação indireta do Poder Público mediamente referida ao sujeito passivo da obrigação tributária. A contribuição caracteriza-se pelo fato de, no desenvolvimento pelo Estado de determinada atividade administrativa de interesse geral, acarretar maiores despesas em prol de certas pessoas (contribuintes), que passam a usufruir benefícios diferenciados dos demais (não contribuintes). Tem seu fundamento na maior despesa provocada pelo contribuinte e na particular vantagem a ele proporcionada pelo Estado²¹.

As contribuições, pois, são exações utilizadas para financiar a atuação da União (e dos demais entes federados, na hipótese do parágrafo único do art. 149) em determinados setores definidos pelo texto constitucional. E nestas, apresentam-se dois elementos, em permanente interação: a atividade estatal praticada no interesse de determinado grupo e a vantagem individual auferida.

Assim, não importa a denominação de “contribuição”, se não identificadas a vinculação deste tributo à atuação estatal e uma particular vantagem, a ser auferida individualmente, ainda que indiretamente, por certo, não se estará diante de uma contribuição. Para corroborar tal conclusão, estes são os argumentos utilizados para sustentar a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição social dos servidores públicos aposentados e pensionistas, instituída pela Lei n.º 9.789, de 28 de janeiro de 1999, com base na reda-

²⁰ Op. cit., p. 315.

²¹ Op. cit., p. 309.

ção constitucional dada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998. Inclusive, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o STF deferiu, à época, o pedido de medida cautelar, reconhecendo a inconstitucionalidade dessa contribuição em relação aos aposentados e pensionistas²².

6 Classificação das espécies tributárias

Tendo sido afirmado que as contribuições possuem natureza tributária, imprescindível identificar a qual espécie tributária pertence o instituto.

Já se referiu que as contribuições aqui tratadas não estão expressamente consignadas no rol do art. 145 da Constituição da República. Surge, então, a seguinte questão: as contribuições estão inseridas implicitamente em uma das hipóteses do art. 145 (impostos, taxas ou contribuições de melhoria) ou trata-se de espécie peculiar de tributo?

Alfredo Augusto Becker, ao afirmar que o único critério jurídico e objetivo para aferir o gênero e a espécie tributária de cada tributo é a base de cálculo, sustenta a existência de apenas duas espécies tributárias. Para o autor, estar-se-ia diante de um imposto quando a regra jurídica escolher para base de cálculo do tributo um fato lícito qualquer, que não consistente em serviço estatal ou coisa estatal; e estar-se-ia diante de taxa quando a regra jurídica tributária escolher para base de cálculo o serviço estatal ou coisa estatal²³.

Rubens Gomes de Sousa adotou uma classificação tripartite: impostos, taxas e contribuições (compreendendo todas as receitas tributárias que não fossem impostos nem taxas)²⁴.

²² STF – AdiMC n.º 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 30-9-99, *Boletim Informativo STF* n.º 164. Com a Emenda n.º 41/2003, a referida ação foi extinta por perda superveniente de objeto.

²³ *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 345.

²⁴ *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 163.

Paulo de Barros Carvalho também se perfilha à posição de Rubens Gomes de Sousa. Afirma o douto que o empréstimo compulsório pode assumir qualquer dessas configurações (impostos, taxas ou contribuições), e as contribuições ou são impostos, ou são taxas²⁵.

No mesmo sentido, segue Roque Carrazza. Para o referido mestre, as espécies tributárias são apenas três: impostos, taxas e contribuições de melhoria. As demais figuras (empréstimos compulsórios e contribuições) devem ficar reduzidas à natureza jurídica de uma daquelas três figuras²⁶.

Geraldo Ataliba divide os tributos em apenas duas espécies tributárias: vinculados ou não vinculados a uma atuação estatal, conforme a materialidade da respectiva hipótese de incidência seja uma atuação estatal ou um fato qualquer que não configure atuação estatal. Estar-se-ia diante de um imposto sempre que inexistir a vinculação e diante de uma taxa ou contribuição quando presente tal vinculação²⁷.

Para Ricardo Lobo Torres, a contribuição é *tertium genus* de tributo, que se situa no meio passo entre o imposto e a taxa. Aproxima-se do imposto porque os respectivos fatos geradores aperfeiçoam-se tão logo ocorra a situação descrita em lei, independentemente de qualquer manifestação de vontade do contribuinte; mas dele se estrema porque o imposto não é contraprestação nem se subordina ao princípio do custo/benefício, mas ao da capacidade contributiva. Assemelha-se à taxa porque ambas são remuneratórias de serviço público, refletem uma divisibilidade da vantagem do contribuinte e se subordinam aos princípios do custo/benefício; dela se afasta, todavia, porque a taxa re-

²⁵ *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 27.

²⁶ *Curso de direito tributário constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 266.

²⁷ *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 124 *et seq.*

munera a prestação de serviço público específico e divisível, enquanto a contribuição corresponde à atividade indivisível da Administração²⁸.

Segundo relata Luciano Amaro, a Comissão que preparava o projeto da emenda constitucional de 1965 entendeu que os empréstimos compulsórios deveriam assumir a roupagem de algum dos impostos federais e as contribuições outras (que não a de melhoria) deveriam validar-se como taxas. Foi com base nessas premissas simplificadoras que a Emenda n.18/65 (art. 1º), repetida pelo Código (art. 5º) tripartiu em *imposto, taxa e contribuição de melhoria*, e o Código Tributário Nacional declarou que a natureza jurídica específica de cada tributo seria dada pelo fato gerador da respectiva obrigação tributária, sendo irrelevantes, para determinar a espécie do tributo, o exame de sua denominação e demais características formais que a lei possa adotar, bem como a destinação legal dada ao produto da arrecadação do tributo (art. 4º)²⁹.

Na linha de raciocínio desenvolvida, tem que se identificar, em cada tributo, qual o seu fato gerador, e abstrair a denominação e demais características formais adotadas em lei, para encaixá-lo em uma das espécies previstas no art. 5º do Código Tributário Nacional (impostos, taxas ou contribuições de melhoria).

De acordo com o critério adotado pelo Código (art. 4º), as contribuições teriam que se enquadrar em uma das hipóteses do art. 5º. Ocorre que o critério de identificação da espécie tributária com base no fato gerador não permite um correto enquadramento de todos os tipos de contribuições existentes, evidenciando que o rol das espécies tributárias previstas no art. 145 da Constituição e art. 5º do CTN não é exaustivo.

²⁸ *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 364.

²⁹ *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.

As contribuições não são taxas, pois o Estado não presta nem põe à disposição um serviço específico e divisível, também não representa nenhuma característica de exercício de poder de polícia. Por certo, outrossim, não é contribuição de melhoria, pois não tem qualquer correlação com obras públicas. Não sendo taxa ou contribuição de melhoria, seria forçoso concluir tratar-se de impostos, principalmente em face da regra que veda a vinculação da receita obtida com impostos a qualquer órgão, fundo ou despesa, conforme se observa no art. 167, inciso IV, da Constituição da República.

Assim, não se encaixando em nenhuma das espécies estabelecidas no art. 145 da Constituição da República e no art. 5º do Código Tributário Nacional e, diante da sua natureza tributária, pode-se afirmar que as contribuições são uma espécie própria de tributos, com identidade particular, ao lado das figuras arroladas na Constituição e no Código Tributário Nacional.

7 Conclusões

A definição da natureza jurídica das contribuições, além do debate acadêmico, alcança efeitos práticos, porquanto estabelece o regime jurídico a ser observado para o instituto.

Entende-se, pois, que deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição, para considerar que a utilização das expressões “tributo ou contribuição” e “imposto ou contribuição” no art. 150, § 6º e § 7º da Carta Magna, são frutos de uma imprecisão técnica do legislador constituinte, que não é especialista em Direito, muito menos em Direito Tributário, mas sim representante comum do povo.

O assunto merece o mesmo tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência nos casos das imunidades, onde, equivocadamente, o legislador constituinte denominou de isenções, conforme se verifica no art. 195, § 7º da Constituição da República.

Não se pode interpretar isoladamente o texto constitucional. Necessário buscar a sistemática e a harmonia entre os dispositivos constitucionais para uma correta interpretação. Utilizando-se de interpretação lógica e sistemática das normas constitucionais, evidente o caráter tributário das contribuições.

Na mesma linha de raciocínio, embora se reconheça a grande divergência doutrinária a respeito da classificação das espécies tributárias, pode-se afirmar, face às características das contribuições, que as mesmas constituem espécie própria de tributos, ao lado das estabelecidas no art. 145 da Constituição da República.

8 Referências

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *Apontamentos de ciência das finanças: direito financeiro e tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1997.

FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Financeiras, 1964.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976.

FISCHER, Octavio Campos. *A contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria e prática do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SOUSA, Rubens Gomes. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUZA, Ricardo Conceição. *Regime jurídico das contribuições*. São Paulo: Dialética, 2002.

SOUZA, Hamilton Dias de. Contribuições sociais. *Caderno de Pesquisas Tributárias*, São Paulo: Resenha Tributária – Centro de Extensão Universitária, n. 17, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1.8

O DIREITO-NARCISO: NOVA AMEAÇA À JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS

VANICE LÍRIO DO VALLE *

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O Direito-Narciso ou a pretensão de auto-suficiência como nova ameaça aos direitos fundamentais. 3 O Direito-Narciso e as distorções de sua imagem na água. 4 O Direito-Narciso reencontrando sua ninfa: a cidadania.

1 Introdução

A proclamação vitoriosa dos movimentos revolucionários na América e Europa em favor dos direitos fundamentais e sua consagração constitucional não tinha, decerto, como antecipar fosse aquele momento, menos a conclusão de uma conquista histórica, e mais o início de uma caminhada, que se prolongaria atravessando os séculos subseqüentes.

Convertem-se assim as afirmações lançadas na Declaração de Direitos do Homem – dos direitos à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão como naturais e imprescritíveis; do assento na Nação do princípio da soberania, e tantas outras – em pontos de partida para uma nova reflexão quanto à extensão e alcance do que sejam os aludidos direitos, e quanto à forma pela qual eles se devam relacionar com o Estado, particularmente aqueles que vieram a se organizar como Estado de Direito.

Ultrapassada a fase em que às constituições se reconhecia basicamente o papel de estruturação da organização política do poder, e assumido o compromisso valorativo desses diplomas para com os direitos fundamentais, tem-se todo o deflagrar de uma nova etapa reflexiva, em que à

* Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

consagração em si dos mencionados direitos nos Textos Fundamentais se associa a preocupação em conferir-lhes um conjunto de garantias que lhes protejam, efetivamente, o exercício, como já advertia BOBBIO¹.

Constitucionalizam-se, assim, direitos fundamentais, garantindo-lhes a observância através de sofisticados mecanismos jurisdicionais de controle, que se desenvolvem através de uma intensa atividade interpretativa, seja pelas Cortes Constitucionais, seja pelas estruturas supranacionais destinadas a essa mesma finalidade, como a Corte Européia de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias², a Corte Interamericana de Direitos Humanos e mesmo o Tribunal Penal Internacional.

O processo, porém, está longe de se completar: é de ORDÓÑEZ SOLÍS³ a advertência de que a cooperação internacional e a integração supranacional, por sua vez, reclamam também a consolidação do poder do juiz na proteção dos direitos fundamentais, a ponto de afirmar se apresentem esses como uma das dimensões constitucionais do direito internacional contemporâneo.

O direito brasileiro, por sua vez, não restou isolado desse movimento mundial. Assim, por ocasião da Constituição de 1988, o tema dos direitos fundamentais se apresenta como prioridade constitucional não só do ponto de vista topográfico, com seu deslocamento para a abertura do Texto Fundante; mas também através de uma série de outros indicativos como a afirmação de sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º da CF); a amplitude do elenco normatizado, com a inclusão de direitos sociais (art. 6º da CF) e ainda de vetores como a

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24. Traduzido de *L'età dei Diritti*.

² Registre-se que em relação ao TJCE, a tutela de direitos fundamentais se dá pela via reflexa, da exigência de observância, pelos Estados-membros, das normas atinentes ao direito comunitário – muitas das quais versam também sobre a jusfundamentalidade de direitos.

³ ORDÓÑEZ SOLÍS, David. *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad: derecho sociales, medio ambiente y consumidores*. Granada: Comares, 2006. p. 15.

solidariedade e a fraternidade (arts. 3º, 194 e 195 da CF, v.g.); a abertura a outros direitos decorrentes de regimes e princípios constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º da CF) etc. A opção constituinte não foi tópica, mas sistêmica. Não foi igualmente, momentânea, mas se reafirma, como mais recentemente, com a submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º da CF) e a equivalência a emendas constitucionais aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que se venha a aprovar (art. 5º, § 3º da CF); ambas providências empreendidas pela EC 45/2004.

Se, de um lado, essa proclamação pelo direito brasileiro de seu compromisso com a jusfundamentalidade dos direitos humanos nos alinha com as cogitações empreendidas pelas nações mais modernas, de outro lado, a nossa extensa rede – enunciada – de proteção aos direitos fundamentais por vezes se apresenta potencializadora de riscos sociais e democráticos, na medida em que pode gerar uma espécie de representação apaziguadora de um enfrentamento amplo e eficaz do tema pelo Estado-Poder⁴.

Esse é o ponto que se desenvolve brevemente nessas considerações, a título de provocação a um olhar crítico – que se entende deva ser recorrente – em relação aos limites e possibilidades do direito em matéria tão sensível. Para tanto, a par da explicitação dos perigos da ilusão da auto-suficiência, o texto explora os riscos da subversão do bem da vida pretendido proteger através do discurso da jusfundamentalidade, em razão da insuficiência do ferramental exclusivamente jurídico para o enfrentamento das complexidades inerentes ao tema.

⁴ Veemente advertência em relação ao caráter potencialmente simbólico dos direitos humanos nos faz NEVES (2005), destacando sirva essa força à "...afirmação e realização generalizada de direitos relacionados com a inclusão jurídica em condições de dissenso estrutural..", e ainda à já mencionada retórica destinada a encobrir as carências em relação a esses mesmos direitos (NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia n. 4, out./dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 mar. 2007).

2 O Direito-Narciso ou a pretensão de auto-suficiência como nova ameaça aos direitos fundamentais

Constitui verdadeiro truísmo a afirmação de indissociabilidade entre direito e poder, o primeiro com pretensões reguladoras do segundo, naquela estrutura que se denominou Estado de Direito, nas suas sucessivas manifestações e aprofundamentos. É de PEÑA FREIRE⁵ a síntese da tarefa a que, a rigor, se propunha ainda a esse Estado subordinado ao Direito, sob o ponto de vista axiológico: “*Ésta no es otra que la afirmación de la primazia de lo personal y social en las relaciones con el poder*”⁶.

Reconhecida a importância crescente da limitação do poder político, tendo em conta todavia elementos estruturantes dessa mesma organização estatal – notadamente, os direitos fundamentais –, tem-se a consolidação de uma moldura teórica consagradora da constituição como materialização das premissas valorativas de operação do estado, e da democracia substantiva, como mecanismo de concretização desses mesmos propósitos. Adentra-se portanto ao período do neoconstitucionalismo, em que, na lição de POZZOLO⁷, o direito constitucional positivo teria por característica uma projeção evolutiva, expansiva e necessária, de seu conteúdo para o direito do dia-a-dia, que qualifica como jurídico um sistema normativo, pelo conteúdo de justiça que ele venha a expressar.

Se, do ponto de vista teórico, essas construções se afiguram logicamente conexas, no plano da realidade da

⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 54.

⁶ Destaque-se de já a complexidade de uma tarefa enunciada de forma aparentemente tão simples, na medida em que o pessoal e o social, muitas vezes, já guardam entre si incompatibilidades; que dirá o social que congrega no seu interior o pluralismo e o multiculturalismo, como hoje é a tônica.

⁷ POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguél. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 259-278.

vida elas partem de – para usar a expressão de CANOTILHO⁸ – “...uma má utopia do sujeito projectante...”, na medida em que “...ergueram ao Estado como ‘homem de direção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade, e converteram o direito em instrumento funcional dessa direção...”. Antes disso porém, a pretensão de se reconhecer ao direito, na consagração dos direitos fundamentais, essa função de articulação subordinante das várias manifestações, esferas e agentes do poder, importa em uma profissão de fé sua capacidade de, pela enunciação normativa, *mobilizar por si só* os vetores necessários à efetivação desses mesmos direitos. É nesse aspecto que se alude a um direito narcisista.

Narciso, filho do deus-rio, famoso por sua beleza e orgulho, era cortejado por admiradores diversos, sem que se sensibilizasse pelo assédio de qualquer deles. Nem mesmo a ninfa Eco, que por ele se apaixonou, foi capaz de despertar a atenção de Narciso, que culmina por se enamorar por sua própria imagem refletida no rio, a ponto de se esquecer de tudo mais à sua volta, dissociando essa imagem da sua própria realidade, elegendo-a como sujeito de seu amor.

Assim parece caminhar o discurso dos direitos fundamentais, encantado com a própria figura, permitindo baixar uma névoa de opacidade sobre as condições à sua volta, e ainda repudiando ou ignorando outros atores que, habitando o mundo dos homens, desejam ou precisam com o Direito-Narciso encontrar interação.

Manifestação desse narcisismo jurídico que vivemos é a pretensão de auto-suficiência do sistema constitucional de direitos fundamentais, que almeja encontrar na sua própria ima-

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Romper ou rever com a constituição dirigente. In: _____. “Brançosos” e inter-constitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101-129.

gem – direito – refletida no espelho d'água, o grande, se não o único objeto merecedor de atenção. A referência se faz ao fato de que, diante dos desafios atinentes à concretização dos direitos fundamentais, oferece o Direito-Narciso como resposta, um elenco de medidas jurídico-processuais, que teriam supostamente o condão de superar os impasses de efetividade.

O texto da Carta de 1988, a par de enunciar garantias jurisdicionais já consagradas como a ação popular, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, cria ainda novas figuras como o mandado de injunção (individual e coletivo), o *habeas data*, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ação abstrata de controle de inconstitucionalidade por omissão, além de constitucionalizar a ação civil pública e abrir ainda a possibilidade de impetração de mandado de segurança de caráter coletivo⁹. O suposto é de que se pode solucionar os eventuais *déficits* de efetividade da afirmação jurídica de direitos fundamentais, com a enunciação não menos jurídica, de instrumentos de solução jurisdicional do problema – “...é que Narciso acha feio o que não é espelho...”, já dizia Caetano Veloso.

Mas a realidade não tem complacência com o Direito-Narciso, e vai evidenciar o impasse a que ele é conduzido à conta de seu enamoramento por si mesmo. Essa dissociação entre Direito-Narciso, essência – a saber, os direitos fundamentais que ele proclama – e a imagem de auto-suficiência que ele projeta e por quem se enamorou, se expressa inicialmente a partir da desqualificação, pela realidade da vida, das categorias com que inicialmente se operava no equacionamento do desafiante tema da sua efetividade.

Primeira manifestação da insuficiência das enunciações categoriais do direito é o esgarçar de velhas distinções como

⁹ Servindo igualmente à preservação do Texto Fundante – e por via reflexa, aos compromissos axiológicos que nele se contêm – é possível ainda apontar a própria ação abstrata de controle de inconstitucionalidade, e sua co-irmã, a declaratória de constitucionalidade, essa última originária da Emenda Constitucional n.º 3.

aquela proposta entre direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais. Essa pretensa diferenciação, que tanto se invocou em atenção a uma tendência classificatória que é própria do direito, se utilizava e utiliza ainda para o enfrentamento de tormentosos temas atinentes à efetividade dos direitos fundamentais, notadamente o da escassez de recursos. Cada vez mais, todavia, o espelho, refletindo a imagem de Narciso, se mostra insuficiente a reproduzir todas as sutilezas do problema.

Já no paradigmático “*The cost of rights*”, HOLMES e SUNSTEIN¹⁰ evidenciavam que a qualificação como direitos de liberdade não autorizava a compreensão de que fossem esses imunes a custo¹¹. ABRAMOVICH e COURTIS¹², por sua vez, destacam a falácia de uma associação entre direitos de liberdade e obrigações negativas de parte do Estado, e de outro lado, direitos sociais e obrigações de conteúdo prestacional, na medida em que o conteúdo variável e em expansão dos chamados direitos de liberdade pode estar a exigir para sua efetiva garantia mais do que o simples inagir do Poder. FLEINER-GERSTER¹³, por outro lado, adverte para a importância da avaliação das condições econômicas e sociais dadas para identificar qual seja, efetivamente, o conteúdo dos direitos fundamentais como tarefas conferidas à ordem estatal.

De tudo isso resulta – e a enunciação foi meramente exemplificativa – que a classificação empreendida pelo Di-

¹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

¹¹ A mesma idéia – embora não seja a cogitação central do trabalho – se identifica em trabalho mais recente de SUNSTEIN, ao asseverar que o adequado exercício da liberdade de expressão pressupõe, no labor interpretativo da Suprema Corte Americana, um direito de acesso do falante a lugar e pessoas próprias ao exercício dessa mesma liberdade; assim como a garantia pelo Poder Público, dos investimentos necessários à garantia dessa mesma possibilidade de acesso (SUNSTEIN, Cass. *Republic.com*. New Jersey: Princeton University Press, 2001. p. 28).

¹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 24.

¹³ FLEINER-GERSTER, Thomas. Tradução Marlene Holzhausen. Rev. Flávia Portella Puschel. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 118. Tradução de: Allgemeine Staatslehre.

reito-Narciso se revela contraditada pela realidade da vida, em que o clássico direito à liberdade de expressão pressupõe o já mais moderno e complexificado acesso à informação¹⁴, que por sua vez, demanda muito mais do que uma simples abstenção da estrutura formal de poder político. Nesse compasso, em verdade, o espelho se torna prisão, reduzindo a imagem construída sob a ótica narcisista a muito menos do que aquilo que a realidade efetivamente propõe.

Segunda manifestação da insuficiência do direito para a adequada compreensão e tratamento dos direitos fundamentais é a sua dificuldade na identificação de que esse é um tema de *matriz coletiva*, e que a sua tutela só será efetiva se construída a partir dessa mesma perspectiva.

Aqui uma vez mais trai ao Direito-Narciso a sua própria imagem auto-referenciada, mais afeita à lógica da composição do conflito intersubjetivo; do esquema ordenador autor-réu, credor-devedor, e que tem dificuldades no convívio das pretensões eventualmente conflitantes de grupos diferenciados.

Pluralismo e convívio dos múltiplos é para o direito ainda um desafio de compreensão – e certamente, de equacionamento; e com isso, Narciso segue examinando o problema da efetividade dos direitos fundamentais sem os benefícios que poderia extrair das ninfas Eco que o circundam, e que desejam ardentemente a interação. A referência é a outras áreas do conhecimento, que exigem articulação com o direito, como a sociologia, a antropologia, a política, a ética, e tantas outras; boa parte delas forjadas a partir de um fundamento de sensibilidade para o coletivo, para as conciliações possíveis de empreender nesse nível, em

¹⁴ Em tempos de sociedade do conhecimento, de articulação de *issue networks* e da indispensabilidade de mecanismos de filtragem e crítica do caudaloso fluxo de dados de todas as matizes, indiscutível o caráter expansivo do conteúdo do velho direito à informação (HECLO, Hugh. Issue networks and the executive establishment. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. *Public policy: the essential readings*. USA: Prentice Hall, 1995. p. 46-58).

que nem sempre o consenso será a única alternativa, mas também o *trade-off*, ou mesmo a admissão pura e simples de diferenças intrínsecas que justifiquem e legitimem tratamentos diferenciados, inclusive juridicamente¹⁵.

Fato é que o direito passou do isolacionismo fundado no discurso de um imperativo de pureza técnica que se centrava no normativismo, para uma postura ainda insular, que a partir de sua profissão de fé nos valores determina um excesso de auto-confiança; uma pretensão de auto-suficiência que a complexidade da sociedade moderna não autoriza mais¹⁶.

A constitucionalização fundamental da sociedade, na expressão de CANOTILHO¹⁷, pretende que os problemas econômicos e sociais sejam “...*simultaneamente, problemas constitucionais susceptíveis de conformação e resolução através de decisões político-constitucionais vinculativas das decisões tomadas pelo poder político...*” – e a realidade insiste em evidenciar que o enclausuramento das questões, encoberto por uma homilia de diferenciação funcional, conduz à inefetividade do discurso constitucional e ao comprometimento da credibilidade da Constituição¹⁸.

É em reação a essa ameaça de credibilidade que se impõe a quebra do narcisismo, e a recuperação da aproximação entre o direito e os demais vetores que necessariamente envolvem o equacionamento de suas manifestações que se revistam, a um só tempo, de fundamentalidade e

¹⁵ Afinal, se a desigualdade se põe como premissa, o tratamento jurídico como iguais serviria, na verdade, à não-isonomia.

¹⁶ Não é ocioso o registro que, mesmo dentre os teóricos do direito como sistema autopoiético, o isolamento cognitivo absoluto em relação ao ambiente é defendido ou valorizado: “...o encerramento do sistema jurídico – como de todo e qualquer outro sistema comunicacional autopoiético – é um ‘encerramento operativo’, perfeitamente compatível com uma abertura e uma dependência ambiental.” (CLAM, Jean. A autopoiése no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 87-145).

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado pós-moderno e constituição sem sujeito. In: _____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 131-162.

¹⁸ Nesse sentido, consulte-se SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 73-74.

coletividade. A consideração, portanto, de implicações políticas, econômicas, sociais e mesmo culturais das alternativas de composição do conflito envolvendo – por exemplo – a direitos sociais, destaca FARIA¹⁹, é o caminho para o alinhamento do direito no sentido da consecução de “...um princípio de balanceamento de interesses irredutíveis a uma medida universal e geral...”.

Se essa imperatividade de aproximação do direito com as demais ciências já se evidenciava no terreno da investigação dos supostos deveres do Estado, com maior razão se terá por impositiva quando se cogita dos direitos que envolvam aos vetores da solidariedade e fraternidade, em que a atuação substitutiva por parte das estruturas de poder não será possível, ou quando menos, não se revelará a constitucionalmente desejada.

É preciso que Narciso veja além do espelho, que, mais do que reducionista – na medida em que exclui da imagem uma parte importante do cenário – pode, em verdade, se revelar enganoso.

3 O Direito-Narciso e as distorções de sua imagem na água

Enunciado no texto constitucional um largo espectro de direitos fundamentais, todos sob o signo da aplicabilidade imediata, tendo a si ainda associados instrumentos jurisdicionais diversos destinados à sua garantia, o que se tem como consequência natural é o incremento da judicialização desses mesmos temas²⁰. Não menos natural é que com

¹⁹ FARIA, José Eduardo. Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: _____. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-29.

²⁰ Em recente declaração ao jornal “O Globo”, publicada na seção “O País”, edição do dia 20 de março de 2007, a Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministra Ellen Gracie, disse que o volume de processos no Brasil tornou-se praticamente impossível de ser analisado. São 62 milhões de processos que tramitam no país, 4.400 casos para cada magistrado. O modelo atual, segundo a Ministra, estimularia o litígio.

a redemocratização do País – a essa altura, já consolidada, inclusive com o teste de resistência de um *impeachment* de um Presidente eleito – seja menos freqüente a reivindicação dos direitos fundamentais de liberdade, já mais incorporados pelo discurso e pelo agir do poder político formal; restando portanto como prioridade no debate judicial, a exigência dos chamados direitos fundamentais de segunda geração²¹.

Já nesse terreno, manifestam-se as insuficiências do esquema lógico-racional do direito, que tem enormes dificuldades em traçar uma moldura compreensiva em relação ao fato de que, em matéria de direitos fundamentais sociais, é de se reconhecer não só a projeção na esfera de direitos individuais de um eventual jurisdicionado, mas também a dimensão do coletivo que pretende assegurar essa mesma declaração de direito. Na verdade, cuida-se de promover – na lição de GOYARD-FABRE²² – a superação dos egoísmos individuais para, na ordem objetiva das instituições que o direito constrói, projetar a aspiração da razão ao universal.

Não equacionadas na sua relação intrínseca essas duas manifestações possíveis daquilo que se denomina direito fundamental social, a consequência é a não distinção, por parte da jurisdição, dessas duas distintas órbitas de atuação desses mesmos direitos – e disso pode resultar uma apropriação indevida do discurso da jusfundamentalidade, que transforme a judicialização num mecanismo apaziguador do corpo social e da classe política; e ainda de esvaziamento da cidadania.

²¹ É de BARBOSA MOREIRA advertência de que esse aumento da conflituosidade se relaciona à "...*incessante expansão da área em que a Justiça é chamada a atuar...*", destacando temas antes entendidos como reserva da Administração, e hoje submetidos à apreciação jurisdicional, como proteção ao consumidor e meio ambiente (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 12, p. 27-36, maio/jun. 2006).

²² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad.: Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 354-355. Traduzido de *Les principes philosophiques du droit politique moderne*.

É certo que o direito brasileiro conhece – e de há muito – a categoria dos direitos coletivos, normatizada antes mesmo da Carta de 1988, através da Lei 7347/85, que disciplinando a ação civil pública, elege como seu objeto possível a tutela de direitos e interesses difusos ou coletivos. A preocupação com a tutela de direitos coletivos *lato sensu* e a oferta de respectivas vias de ação se viu igualmente na Constituição Federal com a institucionalização do mandado de segurança coletivo, a elevação da civil pública a *status* constitucional, e ainda a instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade que, construídos a partir da apreciação objetiva, se aproximam igualmente da tutela de um direito que transcende à esfera individual de relevância.

Não é menos certo porém que esse vasto leque de instrumentos jurisdicionais ainda claudica no que toca a importantes questões já equacionadas em sistemas alienígenas, de maior tradição da reivindicação coletiva. Assim é que o conceito de representação adequada para fins de manejo de ações coletivas, a possibilidade da conversão da demanda individual em coletiva, e tantas outras questões relevantes atinentes à maximização dos efeitos desse instrumento jurisdicional, são temas ainda não incorporados ao sistema brasileiro²³.

Das deficiências do sistema processual de tutela de direitos coletivos – e do *déficit* de atendimento, pelo Estado, dos direitos sociais em relação aos quais se viu comprometido pelo texto constitucional – decorre a freqüente utilização das vias de ação destinadas à tutela de direitos individuais, para a preservação em favor do autor, do direito fundamental apontado como violado. E essa estratégia culmina por gerar

²³ Nesse sentido já advertia MENDES, sublinhando que “...a existência de várias ações coletivas, ao lado de milhares de feitos individuais versando sobre a mesma questão de fundo, coloca em descrédito a perspectiva de um processo verdadeiramente coletivo, concebido para concentrar em um único feito as decisões, colheitas de provas, recursos e, eventualmente, a própria execução.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 272).

grandes distorções – uma vez mais sem que o Direito-Narciso, encantado com o seu reflexo nas águas, consiga enxergar os verdadeiros resultados no âmbito da sociedade.

Primeiro aspecto que merece destaque é que a predominância do recurso às demandas individuais como o caminho mais comum para a persecução da tutela de direitos sociais – que, conceitualmente, são de cunho coletivo – a um só tempo encobre o imperativo de que as soluções não de ser conferidas tendo em conta essa específica matriz; e ainda favorece aqueles que com maior facilidade, podem, por seus próprios meios, se valer do Poder Judiciário. Assim, em que pese se cuide de manifestação de direito social – e, portanto, de repercussão em todo um segmento da sociedade – temas como o direito à saúde ou à educação, no mais das vezes são examinados no bojo de uma demanda individual que, por fatores próprios àquele demandante, podem alcançar mais rapidamente ao Judiciário, ou a seus órgãos de cúpula para fins de obtenção de uma decisão de cunho definitivo, ou associada a mecanismos expressivos de coercitividade.

Nisso reside a mencionada apropriação indevida do discurso dos direitos fundamentais. E se diz indevida a apropriação, porque ele se tem por veiculado não em favor da sociedade como um todo – mas da projeção na esfera de direitos individuais de um determinado demandante. E a tutela jurisdicional que eventualmente ali se venha a conferir pode estar a priorizar não o mais carente de proteção estatal, detentor de uma preferência constitucional que exsurge dos princípios enunciados nos arts. 1º e 3º da CF, mas sim aquele que aos meios de coerção jurisdicional tem mais fácil acesso.

Outro efeito deletério possível dessa mesma apropriação indevida é a determinação, pelo Judiciário, de medidas pontuais que venham a conferir em si, pelo reflexo que possam ter na complexa rede de políticas públicas, um compro-

metimento de outras esferas de atuação do Poder Público, igualmente concretizadoras de compromissos sociais. Afinal, as políticas públicas – atualmente eleitas como virtual objeto de controle jurisdicional para fins de garantia de efetividade de direitos fundamentais – se relacionam de forma matricial, e a interferência, decorrente de decisão individual ou coletiva, na política “A” pode significar o absoluto comprometimento das possibilidades de implementação da política “B”. Com isso, no balanço final, se pode ter, em nome da tutela jurisdicional a um determinado particular (ou mesmo grupo), a imposição de uma situação desfavorável, do ponto de vista de tutela de direitos fundamentais, a um grupo muito mais significativo, pelos efeitos reflexos da ordem judicial sobre a política pública de que esses últimos sejam beneficiários.

Intimamente associada a essa apropriação indevida do discurso dos direitos fundamentais está o equívoco decorrente da representação pacificadora de sua tutela, decorrente da outorga de prestação jurisdicional em favor de um determinado demandante – na verdade, essa é a contraface, no âmbito do Judiciário, da mesma patologia. E isso se diz, porque o magistrado, provocado à tutela de um direito social (que, conceitualmente, tem dimensão coletiva), não dispendo de técnicas e instrumentos próprios a conferir essa mesma dimensão ao litígio que tem a si submetido, culmina por decidir nos limites do que está posto, afirmando que assim o fazendo, está a tutelar direitos fundamentais – quando na verdade, o que se faz é o equacionamento (meritório, é verdade) da simples projeção na esfera de direito individual de um único cidadão.

O risco inerente a essa situação – é importante enfatizar – não decorre propriamente da satisfação (ainda que em caráter estritamente individual) de um direito que se classifica como social. Afinal, tal providência, embora não se revele suficiente à proteção do valor de que efetivamente cogitava a Constituição – garantia à coletividade – caminha na mes-

ma direção no que toca aos resultados perseguidos. O perigo reside em que a multiplicação dessas mesmas providências tópicas determine, de um lado, a formação de prioridades segundo um critério de simples antecedência no alcance do Judiciário (que, certamente, não é de inspiração constitucional), como já mencionado; e de outro lado, de que a subversão pacificadora a que já se teve oportunidade de referir, gere um sentimento de desnecessidade de aplicação de engenho criativo na retomada dos possíveis caminhos de solução na trilha da tutela efetivamente coletiva.

No terreno da cunhagem de prioridade a partir da precedência no acesso ao Judiciário, é possível apontar, a título de exemplo, precedentes que no campo do direito à saúde extravasam o terreno da sua garantia ao hipossuficiente, para assegurar tutela jurisdicional variada desde que o enfrentamento das despesas decorrentes do tratamento seja suficiente a comprometer as condições originais de sustento do paciente e de sua família²⁴. Repita-se, por mais meritória que possa se revelar a proteção jurisdicional na hipótese concreta, fato é que ela se limita à garantia da projeção na esfera de direitos do jurisdicionado, daquilo que a Constituição quis assegurar à coletividade, postergando e encobrindo uma discussão muito mais delicada, qual seja, aquela atinente ao controle jurisdicional da existência real de uma política consistente e em desenvolvimento, no sentido da tutela desse mesmo direito²⁵ – a esse tema se retornará no título abaixo.

²⁴ REsp 430.526/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01.10.2002, DJ 28.10.2002 p. 245. Na mesma esteira, entendendo absoluto o direito à proteção via SUS, sem qualquer limitação subjetiva, ainda os REsp. 212346 e 325337.

²⁵ Registre-se a recente decisão da Presidência do STF, Min. Ellen Gracie, em que no tema se resgatou esse aspecto do imperativo da atenção "... Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde." (STA 91/AL, Relatora a Min. Presidente, Ellen Gracie, publicado em 5 de março de 2007).

Do cunho quase ilusionista do uso dos instrumentos individuais no tratamento dos direitos fundamentais – por definição, coletivos – também nos dá exemplo a casuística jurisprudencial, em que a enunciação da providência jurisdicional outorgada é de controle de políticas públicas (o que inegavelmente está a sugerir uma dimensão transindividual, quando na verdade o que se empreende é a composição de eventual violação de direitos na sua projeção na esfera individual²⁶. Mas outras são as distorções que a propagação de ondas no espelho d'água pode trazer à autoimagem do Direito-Narciso. Cumpre agora destacar aquela decorrente da abdicação, pelo próprio direito, do potencial de sua atuação como controlador do agir do poder.

Embora – e sobre isso já se aludiu no título 2 desse trabalho – integrem a pretensão de auto-suficiência do Direito-Narciso as respostas garantísticas que ele mesmo enuncia, notadamente através de uma miríade de instrumentos processuais, fato é que a prática dessas mesmas garantias jurisdicionais se distancia desse discurso de promessas. Mais freqüentemente se encontrará uma jurisprudência defensiva, apegada a velhos dogmas e pouco afeita à abertura cognitiva em relação a outros dados que não os originários do próprio direito; uma perfeita ilustração da imagem de Narciso correspondendo ao amor do Narciso real.

Os exemplos são múltiplos, mas por todos, aponte-se a estocada, ferindo quase que de morte ao sistema de controle da inconstitucionalidade por omissão, proferida pelo próprio STF, no acórdão proferido no MI 107-QO, onde de

²⁶ Consulte-se no tema, o Agravo Regimental interposto da decisão lançada no Recurso Extraordinário 410.715 e 436996, Relator o Min. Celso de Mello, em que a 2ª Turma do STF confirmou decisão monocrática original de provimento do recurso constitucional, para fins de assegurar-se o direito ao acesso à creche e pré-escola, não em favor de uma determinada coletividade – mas sim de um menor em particular, representado pelo Ministério Público. A enunciação, todavia, seja da decisão monocrática, seja do acórdão que a confirmou, aludindo ao controle de políticas públicas induz uma percepção de que o espectro de situações compreendidas na prestação jurisdicional seja muito mais amplo do que efetivamente o é. Na mesma linha, ainda as decisões monocráticas (irrecorridas) proferidas nos Recursos Extraordinários 472707, 467255, também pelo Min. Celso de Mello.

uma só vez, em nome de uma vetusta concepção de equilíbrio e harmonia entre os poderes, se sustentou que o provimento jurisdicional – a resposta do direito auto-suficiente – era a admoestação quanto ao não cumprimento das promessas constitucionais²⁷. Na seqüência, tem-se ainda um inegável apequenamento das possibilidades da ADPF, com a imposição do signo da subsidiariedade em relação aos demais instrumentos de controle de constitucionalidade, num indicativo também veemente de que, no plano concreto do exercício da função jurisdicional, o discurso da auto-suficiência se vê muitas vezes contido por uma percepção da realidade de parte dos agentes julgadores, muito mais severa do que o entusiasmo teórico por vezes sugere.

Mas não é só na negação do próprio discurso de auto-suficiência que o Direito-Narciso se fragiliza. Também no que toca propriamente ao aperfeiçoamento do seu agir de controle desenvolvido através da função jurisdicional, o enclausuramento do direito em relação aos motivos determinantes da conduta (ação ou inação) controlada, já explorado em trabalho anterior²⁸, revela uma visão reducionista dos problemas, e uma prática não dialógica, que não contribui para a consolidação de um agir estruturado e articulado dessas mesmas estruturas de poder político-estatal.

Fato é que no momento em que os temas atinentes ao controle do agir do poder no sentido da garantia dos direitos fundamentais desembocam no Judiciário, seja pelo exercício em sentido estrito da jurisdição constitucional, seja por outros mecanismos processuais, a tendência – decorrente da tanto referida ilusão de auto-suficiência do direito – é descartar a investigação em relação aos motivos determinantes desse agir investigado, numa espécie de inversão

²⁷ No tema, consulte-se VALLE, Vanice Lírio do. *Mandado de injunção: a construção de uma garantia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁸ VALLE, Vanice Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 23, p. 189-206, jan./mar. 2006.

da presunção de que a efetividade da constituição é imperativo posto a todas as estruturas do poder. O direito auto-referenciado ignora a política, as finanças, qualquer outra razão que possa ter interferido no processo decisório de outra estrutura formal de poder – Legislativo ou Executivo – e pretende por si só superar qualquer espécie de obstáculo que possa ter se posto à materialização dos ideais constitucionais. Ocorre que no mais das vezes, a concretização das ordens jurisdicionais exigirá a interação com essas mesmas estruturas institucionais com as quais o direito aplicado, o direito-jurisdição, não desejou dialogar – e as dificuldades são previsíveis.

É falsa, portanto, a imagem que Narciso projeta de si mesmo – assim, inexistente, efetivamente, o objeto de seu amor. Na lenda grega, a tentativa vã de alcance, pelo apaixonado, do suposto objeto de sua paixão, levou-o à morte. E a que pode conduzir esse traço narcisista de nosso sistema de direitos fundamentais?

4 O Direito-Narciso reencontrando sua ninfa: a cidadania

Já se mencionou nesse texto o caráter de verdadeira representação apaziguadora dos reclamos sociais de que o nosso vasto e complexo sistema de garantia de direitos fundamentais pode se revestir. Assim é que, por solene declaração constitucional, o Brasil é um país solidário, fraterno, e que garante a dignidade da pessoa humana através de um vasto elenco de direitos fundamentais.

Se isso assim o é, e a eventual deficiência dessa afirmação constitucional na esfera individual de direitos pode ser perseguida através de uma demanda também singular – onde o discurso constitucional é reenunciado em favor de todos, mas concretizado em favor de um só – o que se tem é um significativo esvaziamento do processo de participa-

ção cidadã, em dois relevantes momentos em que essa mesma interação se revelaria fundamental.

Num plano mais abstrato, essa afirmação quase autista e absolutizante de uma plêiade de direitos fundamentais – uma vez mais, a lição é de GOYARD-FABRE²⁹ – “...*aniquila a autonomia da vontade...*”, desvaloriza os próprios direitos, de modo que nada mais é direito.

É importante ainda ter em conta que o caráter aberto da enunciação de muitos dos direitos contidos no Texto Fundante pode decorrer inclusive – como leciona SUNSTEIN – de uma teorização insuficiente. Essa ausência de teorização quanto a conteúdo e extensão de direitos pode se resolver do ponto de vista de estratégia constitucional, por uma especificação incompleta, que dá lugar, justamente, à obtenção do consenso possível, já no plano de detalhamento, de descenso na hierarquia de decisões normativas: “...*when people diverge on some (relatively) high-level proposition, they might be able to agree when they attempt a conceptual descent and lower the level of abstraction*”³⁰. Para que tal esquema de legitimação das decisões, todavia, se revele adequado e eficaz, é indispensável que se mantenha o canal de comunicação com a cidadania aberto e alimentado; é preciso que a cidadania desenvolva, em relação a essa definição de conteúdo de suas próprias garantias, um sentimento de pertença.

Na mesma linha, caminha ZAGREBELSKY³¹ destacando as constituições democráticas como “...*una propuesta de soluciones y coexistencias posibles...*”, única compreensão que conferiria a esse documento fundante a abertura

²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad.: Irene A. Paternot, São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 337. Traduzido de *Les principes philosophiques du droit politique moderne*.

³⁰ SUNSTEIN, Cass. Constitutional agreements without constitutional theories. *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, p. 117-130, mar. 2000.

³¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5. ed. trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. p. 14. Traduzido de *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*.

necessária a comportar a espontaneidade da vida social e a competição para a assunção da direção política. A busca, todavia, dos caminhos de concretização desse “...*compromiso de las posibilidades...*”; a identificação daquilo que, naquele momento, seja o desejável, como manifestação de política constitucional, é um processo que há de pressupor uma cidadania mais ativa – menos “sedada” pelo discurso da já consecução e garantia de soluções dos temas que lhe são mais próximos, a saber, direitos fundamentais.

Num plano mais inserido no cotidiano dos integrantes do corpo social, também o discurso pacificador já tanto mencionado determina um alheamento da cidadania em relação ao processo de planejamento do agir do poder, especialmente no campo da formulação, implementação e controle das políticas públicas, que parecem se colocar como mero consectário de uma escolha e priorização já feita, e que se apresentaria dissociada de qualquer avaliação de possibilidades concretas de cada momento. Assim, iniciativas como orçamento participativo ou outras assemelhadas, que permitam um acompanhamento mais próximo do agir do poder que concretiza direitos fundamentais, se tornam a exceção – quando deveriam ser a regra.

Não se pode deixar de ter em conta que contribui para esse alheamento a democracia “...*meramente representacional...*” que se vive, em que a ausência de uma formação cívico-democrata funciona como elemento de bloqueio às iniciativas populares de interferência, reforma ou regeneração do sistema³². Afinal, uma cidadania que não conhece ou não responde às iniciativas é fruto de um ambiente que não tem clareza no que seja democrático – para o que, decerto, contribui esse sentimento de que todas as grandes

³² No tema, consulte-se RUBIO CARRACEDO, José. *Ciudadanos sin democracia: nuevos ensayos sobre ciudadanía ética y democracia*. Granada: Comares, 2005. p. 3.

decisões já se empreenderam, e através do sacrossanto instrumento da Constituição.

Destaque-se que o debate com a cidadania, seja na dimensão mais abstrata da identificação do conteúdo dos direitos, seja na sua tradução em prioridades e políticas públicas, haveria de ser – a rigor – permanente, na medida em que o sentido constitucional se constitui realidade sempre temporalmente relacionada. Asseverar-se que o leque de direitos já resta definido, e admitir sempre a melhor concretização pelo exercício do controle jurídico promovido por instituições controladoras, é caminhar – como já sublinhava OSÓRIO³³ – no sentido da corrosão insidiosa das bases de legitimação democrática.

Em síntese, o direito, destinado que é à regulação do dever ser no corpo social, exige um permanente diálogo com esse seu destinatário. É de MARTÍN-REBOLLO³⁴ a advertência de que se o direito é irreal no cotejo com o tecido social, por mais bem intencionado que seja, estará fadado ao descumprimento.

Um direito que se afirma valorativamente comprometido é aquele que se encontra em permanente processo de aprimoramento, numa relação de troca com os seus operadores. Um direito axiológico não tem pretensão de deter em si todas as soluções – ao contrário, ele consulta permanentemente a seus destinatários, cujo depoimento há de ser o único que interessa para a apuração de suas eventuais virtudes. Um direito valorativo caminha na trilha da formação de relações de confiança, lutando contra as reações

³³ Interessante o registro do autor, de outra faceta da pretensão de auto-suficiência do direito, que faz repousar nos meios e órgãos de controle jurídico, uma “...condição de instâncias superiores, lugar cultivado e cultuado, onde a aura de moralidade e sensibilidade social acaba por coroar individualmente seus membros, e corroer invisivelmente as bases institucionais de legitimação democrática.” (OSÓRIO, Fábio Medina. O “novo” sistema judicial brasileiro: significados e significantes. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59-107).

³⁴ MARTÍN-REBOLLO, Luís. Para qué sirve el derecho? Una reflexión sobre el derecho público en la sociedad contemporánea. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 177-194.

funcionais do descrédito como o paternalismo, o providencialismo e o excesso de litigiosidade³⁵. Um direito que quebra o isolamento cognitivo e interage, se re-legitima permanentemente, e nisso ganha a sua efetividade.

A pretensão de garantia, portanto, a direitos fundamentais, não pode repousar em um direito narcisista, isolado na ilusão de sua própria figura. O Direito-Narciso, instrumental a essa mesma finalidade, quebrado o encanto da auto-imagem, haverá de consolidar sua relação de encantamento com uma nova ninfa: a cidadania.

³⁵ Sobre a substituição funcional à relação de confiança, consulte-se SZTOMPKA, Piotr. *Trust: a sociological theory*. USA: Cambridge University, 1999. p. 115-118.



2

PARECERES

2.1

PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PUNITIVA. APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL N.º 9.873/99 NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA

PROCESSO: 35211806. Parecer PGE/SCA n.º 27/2007. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Consema – Conselho Estadual de Meio Ambiente.

SUMÁRIO: 1 Consulta. 2 Fundamentação. 2.1 Delimitando o objeto da consulta. 2.2 Da aplicabilidade da Lei Federal n.º 9.873/99 no âmbito da Administração Pública Estadual. 2.3 O poder de polícia ambiental. 2.4 A contagem dos prazos prescricionais em relação ao exercício do poder de polícia em matéria ambiental, de acordo com a Lei Federal n.º 9.873/99. 3 Conclusões.

DIREITO AMBIENTAL. PODER DE POLÍCIA. AÇÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO. APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL N.º 9.873/99 NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. CONTAGEM DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

- 1 O exercício do poder de polícia, nas questões envolvendo a proteção do meio ambiente, no âmbito da Administração Pública Estadual, sujeita-se também à disciplina estabelecida na Lei Federal n.º 9.873/99, pois este diploma encerra normas gerais que se aplicam em matéria ambiental, no caso, no exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia ambiental.

- 2 A ação punitiva decorrente do poder de polícia ambiental se exerce em duas fases: (i) na imposição da penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, em procedimento de fiscalização inquisitivo; (ii) na condução do processo administrativo daí decorrente, instaurado com a lavratura do ato administrativo que corporifica a aplicação da sanção, em procedimento contraditório, no qual se resguarde a ampla defesa do autuado, para se promover a execução da penalidade administrativa ou a revogação de sua aplicação.
- 3 Dois foram os prazos estabelecidos pela Lei Federal n.º 9.873/99 em relação à ação punitiva desenvolvida através do poder de polícia: (i) no *caput*, há um prazo de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública imponha e execute a penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, ressalvando, no art. 1º, § 2º, as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental, quando prevalecerá o prazo estabelecido na lei penal; (ii) no § 1º, há um prazo de 03 (três) anos para a realização das providências a cargo da Administração Pública para impulsionar, de ofício, o processo administrativo daí decorrente, no bojo do qual é apreciada a regularidade da aplicação da penalidade administrativa ao autuado.
- 4 Uma vez ocorrida a cientificação do autuado, dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental), contado da data da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada), será iniciada a contagem novamente desse prazo prescricional para que a SEAMA julgue o processo administrativo em primeira instância, sendo que, no transcurso dessa instân-

cia administrativa, o processo não poderá ficar paralisado por mais de 03 (três) anos à espera de um despacho ou de julgamento, sob pena de se implementar a prescrição intercorrente.

- 5 Havendo o julgamento do processo administrativo em primeira instância dentro do período de tempo alusivo aos dois prazos prescricionais, haverá o início da contagem de novo prazo de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental) para que a Administração Pública execute a penalidade administrativa, pelo que deverá, dentro desse prazo, apreciar o recurso administrativo, se interposto pelo autuado, na forma do art. 25 da Lei Estadual n.º 7.058/2002, e promover, em caráter definitivo, a execução da sanção aplicada.
- 6 Quanto à efetivação das penalidades administrativas, deve ser acrescido, em relação às multas ambientais, as causas de suspensão e de interrupção da contagem do prazo prescricional previstas nos arts. 2º, § 3º e 8º, § 2º, da Lei Federal n.º 6.830/80, bem como a prescrição intercorrente estabelecida no art. 40, § 4º, dessa mesma lei, porque a efetividade da aplicação dessa sanção depende do pagamento da multa ambiental por parte do autuado, que, se não for espontâneo, dependerá de todas as providências a cargo da Administração Pública para que haja o adimplemento forçado.

Sr. Procurador Chefe da SCA,

1 Consulta

Cuida-se de consulta formulada pela Sra. Coordenadora Jurídica do Conselho Estadual de Meio Ambiente – CONSEMA – acerca das considerações lançadas em Parecer Jurídico que trata da prescrição quanto aos atos administrativos expedidos no exercício do poder de polícia em ma-

téria ambiental, aprovado pela Câmara Técnica Especializada de Recursos Administrativos e apreciação de Assuntos Jurídicos do Conselho Regional do Meio Ambiente – CONREMA.

Indaga-se sobre a aplicabilidade do Parecer Jurídico e, mais especificamente, sobre em que momento ocorre a prescrição no procedimento administrativo, se na data da abertura do procedimento ou no momento em que este ficou paralisado, sem qualquer providência por parte da Administração Pública.

Após idas e vindas no âmbito desta PGE, discutindo-se sobre se a competência para a análise solicitada seria desta SCA ou da SPT, vieram-me os autos em razão do despacho proferido por V. S.^a à fl. 22, de modo que não me pronunciarei sobre essa questão relativa à competência.

Passo, então, à análise solicitada.

2 Fundamentação

2.1 Delimitando o objeto da consulta

Antes de tratar do objeto da consulta, é importante delimitar bem o âmbito em que a controvérsia se manifesta.

O Parecer Jurídico aprovado pelo CONREMA diz respeito ao estabelecimento de prazos prescricionais como limites temporais à manifestação concreta do poder de polícia em matéria ambiental, desdobrando-se a análise realizada em dois aspectos: (i) no prazo para a imposição da penalidade administrativa, aplicada em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental; (ii) no prazo para a conclusão do processo administrativo daí decorrente, no bojo do qual é apreciada, em procedimento contraditório, a aplicação da penalidade administrativa ao infrator.

A linha adotada no Parecer Jurídico sustenta que o art. 1º da Lei Federal n.º 9.873/99 estabeleceu o prazo de 05

(cinco) anos, contados da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada), como regra geral a ser aplicada como limite temporal na imposição de penalidades em decorrência do exercício do poder de polícia em matéria ambiental, ressaltando as situações em que a infração cometida constitui crime ambiental, quando prevalecerá o prazo estabelecido na lei penal (art. 1º, § 2º, da Lei Federal n.º 9.873/99).

Além disso, o Parecer Jurídico trata, também, da prescrição intercorrente prevista no art. 1º, § 1º, da Lei Federal n.º 9.873/99, e excursiona sobre a caracterização das multas ambientais – impostas como sanção à prática de infrações ambientais – como créditos não-tributários, revelando a aplicabilidade, nesse pormenor, da Lei Federal n.º 6.830/80, com destaque para a causa de suspensão da prescrição prevista em seu art. 2º, § 3º.

Contudo, faltou no Parecer Jurídico, *data venia*, um esclarecimento sobre as distinções entre os dois prazos que impõem limites temporais ao exercício do poder de polícia em matéria ambiental, bem como sobre o momento a partir do qual começam, de fato, a correr esses prazos.

Essas são as questões que efetivamente serão versadas neste Parecer.

2.2 Da aplicabilidade da Lei Federal n.º 9.873/99 no âmbito da Administração Pública Estadual

Em primeiro lugar, considerando que o objeto da consulta envolve a aplicação da Lei Federal n.º 9.873/99 para disciplinar a prescrição dos atos administrativos expedidos no exercício do poder de polícia em matéria ambiental, é importante esclarecer sobre a sua eficácia no nível dos Estados da federação.

Isso porque, como regra geral, cabe a cada ente da federação dispor sobre o exercício do poder de polícia que

realiza, como manifestação de sua autonomia política e administrativa¹, podendo, inclusive, instituir taxas para custear as atividades realizadas sob esse enfoque (art. 145, II, da CF).

Se assim é, em nome do princípio da isonomia das pessoas políticas², as leis produzidas por cada ente é que devem tratar das condições para o exercício do poder de polícia e, nesse aspecto, de eventuais limites temporais que lhe possam ser opostos.

No entanto, em matéria ambiental, a Constituição Federal prescreve, na técnica de repartição de competências, *competência comum* entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente, combater a poluição, preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII).

E, no art. 24, estabelece *competência concorrente* entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inc. VI), proteção ao patrimônio paisagístico (inc. VII), responsabilidade por dano ao meio ambiente (inc. VIII). Ainda no campo da competência concorrente, dispõe o art. 24 que a competência da União limitar-se-á a estabelecer *normas gerais* (§ 1º), sem excluir a competência suplementar dos Estados (§ 2º).

Aos Municípios, em qualquer caso, reserva-se no art. 30 a competência para legislar sobre assuntos de interesse

¹ “Em regra, a competência para o exercício do Poder de Polícia segue a competência legislativa, ou seja, o ente a quem a Constituição Federal outorga a competência para legislar sobre determinada matéria também será competente para sobre ela exercer a Polícia Administrativa” (DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 91-102, abr./jun. 1999). Cf. também: COSTA, Flávio Dino de Castro e. A competência para multar na nova lei ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 6-14, jul./set. 1998.

² “O princípio da isonomia entre as pessoas político-constitucionais, na federação brasileira, é um princípio implícito que decorre do sistema federal de governo e do mecanismo constitucional de repartição de competências legislativas. Deflui, portanto, do princípio *expresso* da competência dessas entidades constitucionais” (BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 12).

local (inc. I), suplementando a legislação federal e estadual no que couber (inc. II).

Para bem compreender o significado e as conseqüências advindas do sistema constitucional de repartição de competências, cabe fazer menção à síntese perfeita elaborada por Tércio Sampaio Ferraz Jr. acerca da distribuição de competências no Estado federal:

As competências do Estado federal são repartidas horizontal e verticalmente. A repartição horizontal ocorre pela atribuição a cada ente federativo de uma área reservada, que lhe cabe, então, disciplinar em toda a sua extensão. A repartição vertical distribui uma mesma matéria em diferentes níveis (do geral ao particular) e a reparte entre os entes federativos. No primeiro caso (horizontal), as competências são comuns ou são privativas. No segundo (vertical), temos a competência concorrente. Para disciplinar a competência concorrente há duas técnicas conhecidas: a cumulativa, pela qual os entes podem avançar na disciplina das matérias desde que o que lhes é considerado superior não o faça (não há limites prévios, mas a regra da União prevalece, em caso de conflito); a não-cumulativa, em que, previamente, as matérias estão delimitadas por sua extensão (normas gerais e particulares)³.

Portanto, em matéria ambiental, na *repartição horizontal*, adotou-se a *competência comum*, cabendo a todos os entes exercerem a função administrativa sobre esse assunto, implementando as providências necessárias a tanto mediante a aplicação da legislação própria ou da legislação federal (art. 23, VI e VII); já na *repartição vertical*, adotou-se, quanto à função legislativa, a *competência concorrente* (art. 24, VI), cabendo à União tratar das normas gerais (art. 24,

³ Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 7, p. 16-20, jul./set. 1994.

§ 1º), que devem ser suplementadas pela legislação estadual (art. 24, § 2º) e pela legislação municipal (art. 30, II), quando presentes razões de interesse local (art. 30, I).

Eis a lição de Édis Milaré:

A Constituição Federal, em seu art. 23, atribuiu competência administrativa comum à União, aos Estados e aos Municípios para a proteção do meio ambiente e o controle da poluição. Portanto, qualquer dos três níveis de governo pode agir na defesa ambiental, sem que um deles exclua o outro. Para tanto, aplicarão, em regra, sua legislação própria nessa matéria bem como a legislação federal (Lei 6.938/81 e as Resoluções do Conama dela decorrentes), pois essa mesma legislação federal atribuiu-lhes essa competência, como vimos acima.

Por sua vez, o art. 24 da mesma Constituição deu aos Estados competência legislativa concorrente com a União para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, defesa dos recursos naturais, conservação da natureza, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Essa competência foi estendida aos Municípios, nos casos de interesse local, pelo art. 30, II, da Constituição.

Portanto, podem os Estados e Municípios legislar sobre essa matéria desde que respeitem os princípios gerais estabelecidos na Lei Federal. Convém lembrar que, em matéria de competência concorrente, a competência da União limita-se às normas gerais⁴.

Mas o que são normas gerais em matéria de legislação ambiental?

São aquelas que delimitam e norteiam o modo de exercício da competência legislativa e administrativa das pes-

⁴ *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 327. Cf. também: GUERRA, Sérgio. A competência dos entes federados em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, p. 120-127, abr./jun. 1997.

soas políticas, fixando diretrizes para a instituição e aplicação das normas jurídicas em matéria de meio ambiente. Cabe às normas gerais a função de fornecer os princípios e parâmetros para a definição do conteúdo e do alcance dos institutos, conceitos e formas de que se utilizarão os entes federados no exercício da atividade legislativa e administrativa ambiental⁵.

Embora o órgão legiferante de onde provêm as normas gerais seja o Congresso Nacional – órgão legislativo da União –, é claro que a função que se lhe atribui não é autônoma, mas, ao contrário, fundamenta-se no próprio texto constitucional, de onde são extraídos os princípios que serão veiculados nas normas gerais, não sendo válida a utilização dessa espécie normativa para suprimir a autonomia política, legislativa, administrativa ou financeira conferida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela própria Constituição Federal.

Daí a sistematização sugerida por Lúcia Valle Figueiredo a respeito das normas gerais, sobretudo das que resultam de competências administrativas:

- a) disciplinam, de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para garantia da segurança e certeza jurídicas;
- b) não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados, assim não podem dispor de maneira a ofender o conteúdo da federação, tal seja, não podem se imiscuir em assuntos que devam ser tratados exclusivamente pelos Estados e Municípios;

⁵ “As normas gerais dirigem-se aos legisladores e intérpretes como normas de sobredireito. Normas que condicionam, no assunto em que a competência existe, a legislação ordinária da pessoa política, também competente para legislar sobre a matéria” (FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 39-55, jul./set. 2004).

- c) estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos⁶.

Pode-se afirmar, portanto, a partir de um prisma lógico-formal, no campo da repartição constitucional de competências, que as *normas são gerais* (i) *quanto ao destinatário*, porque se aplicam à universalidade das pessoas políticas, e (ii) *quanto ao conteúdo*, porque se reportam a toda e qualquer ocorrência da espécie⁷.

Todavia, a par da análise lógico-formal, ganha importância até mesmo a análise teleológica das normas gerais, que se fundamentam no *federalismo cooperativo* instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Tal contraste permite seja vislumbrado o verdadeiro alcance sistemático das normas gerais. Esse é o teor das lições magistrais de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A expressão constitucional – normas gerais – exige também uma hermenêutica teleológica. (...) A federação brasileira, já pelo disposto no *caput* do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige a colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. (...)

Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é

⁶ Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 39-55, jul./set. 2004.

⁷ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 7, p. 16-20, jul./set. 1994.

comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral⁸.

Logo, essa tarefa de delimitação exercida pelas normas gerais em matéria de legislação ambiental é de fundamental importância, na medida em que estabelece uma harmonia conceitual dos elementos utilizados nas leis produzidas pelas diferentes esferas legislativas.

Toshio Mukai aborda a questão do *federalismo cooperativo* especificamente em matéria de meio ambiente:

Trata-se do denominado federalismo cooperativo, onde os níveis de governo não se digladiam pelas suas competências, mas se unem para, cada qual, dentro de suas atribuições, darem conta das necessidades dos administrados⁹.

Isto é, se cada ente pudesse dispor livremente, por exemplo, sobre as medidas de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, bem assim sobre as formas de sua manifestação, haveria o risco de surgirem subsistemas completamente diferentes entre si e até mesmo contraditórios, o que, obviamente, não parece ser o sentido sistemático do texto constitucional no trecho em que dispõe sobre a repartição de competências em matéria de proteção ambiental, quando contrastado com outros princípios abrigados no sistema, pois que importaria em reconhecer a inexistência de cooperação entre os entes federativos e, mais ainda,

⁸ Op. cit., p. 18-19.

⁹ As competências dos entes federados na Constituição de 1988, em especial em matéria ambiental, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 711-716, dez. 1994 *apud* FREITAS, Vladimir Passos de. Sanções administrativas e meio ambiente. In: BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 350.

poria em risco a proteção plena que, nessa matéria, o art. 225, *caput*, exige seja promovida pelo Poder Público, em todos os níveis da federação.

Seria, então, a Lei Federal n.º 9.873/99 uma norma geral em matéria ambiental?

A bem da verdade, a *generalidade* do *conteúdo* da Lei Federal n.º 9.873/99 é bem mais ampla, porque congloba não apenas matéria ambiental, mas, sim, toda e qualquer *ação punitiva* decorrente do exercício do poder de polícia no âmbito da Administração Pública Federal.

Isso permite colocar debaixo do regramento desse diploma também as ações punitivas decorrentes do exercício do poder de polícia em matéria de meio ambiente.

Realmente, na esfera federal, não só o exercício do poder de polícia no direito ambiental, mas *em qualquer área*, está limitado temporalmente pelos prazos estabelecidos na Lei Federal n.º 9.873/99, salvo as matérias excepcionadas pelo art. 5º.

Considerando, porém, a especial técnica de repartição de competências no direito ambiental, como visto acima, as normas constantes da Lei Federal n.º 9.873/99 devem ser encaradas como normas gerais, porque, quanto ao conteúdo, aplicam-se perfeitamente às questões ambientais no âmbito federal.

Até porque “os atos de polícia em matéria ambiental são *instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente*”¹⁰, sobressaindo-se, assim, de maneira evidente, que a sua regulação, inclusive no que diz respeito ao estabelecimento de limites temporais, sujeita-se às normas gerais editadas pela União.

Por essa razão, sendo as normas constantes da Lei Federal n.º 9.873/99 *gerais* quanto ao *conteúdo*, deve-se

¹⁰ DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 91-102, abr./jun. 1999.

lhes reconhecer a generalidade, também, quanto aos *destinatários*, de tal sorte que os demais entes da federação devem-lhe obediência.

Mas deve ficar bem claro que a aplicação da Lei Federal n.º 9.873/99 na disciplina do exercício do poder de polícia só se estende aos demais entes da federação – generalidade quanto aos *destinatários* – quando houver igual generalidade quanto ao *conteúdo*.

Quer dizer, em matéria cuja competência caiba exclusivamente aos demais entes, sem possibilidade de haver edição de normas gerais por parte da União, **não** terá aplicação a Lei Federal n.º 9.873/99 na disciplina do exercício do poder de polícia afeto à matéria.

A primeira conclusão a que se chega, então, é que o exercício do poder de polícia, nas questões envolvendo a proteção do meio ambiente, no âmbito da Administração Pública Estadual, sujeita-se também à disciplina estabelecida na Lei Federal n.º 9.873/99, pois este diploma encerra normas gerais que se aplicam em matéria ambiental, no caso, no exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia ambiental.

2.3 O poder de polícia ambiental

Paulo Affonso Leme Machado, baseando-se na definição legal do poder de polícia constante do art. 78 do CTN, conceitua o poder de polícia em matéria de meio ambiente, identificando-o como *poder de polícia ambiental*, da seguinte maneira:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de

atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza¹¹.

Flávio Dino de Castro e Costa, por sua vez, ressalta a importância do caráter sancionador reconhecido ao poder de polícia ambiental:

O poder de polícia implica fiscalizar a atuação dos particulares e, evidentemente, aplicar sanções aos que se desviem dos limites fixados pela Constituição e pelas leis para o exercício de direitos¹².

De igual teor é a lição de Édis Milaré:

A aplicação de sanções administrativas figura entre as mais importantes expressões do poder de polícia conferido à Administração Pública. De fato, a coercibilidade é um dos atributos do poder de polícia, que se materializa através de penalidades administrativas previstas abstratamente em lei e aplicadas concretamente por agentes do Poder Público credenciados¹³.

Esse aspecto sancionador do poder de polícia ambiental é que interessa mais de perto ao objeto desta consulta, uma vez que a prescrição de que trata a Lei Federal n.º 9.873/99, como se viu no tópico anterior, impõe limites temporais ao exercício da *ação punitiva* por parte da Administração Pública, quando esta é desenvolvida com fundamento no *poder de polícia*.

¹¹ *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 253.

¹² A competência para multar na nova lei ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 6-14, jul./set. 1998.

¹³ *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 326. Cf. também DAWALIBI, Marcelo. O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, p. 91-102, abr./jun. 1999.

Ou seja, aplicando-se a Lei Federal n.º 9.873/99 em matéria ambiental, o que se tem é o estabelecimento de limites temporais para que a Administração Pública exerça a ação punitiva, como uma das manifestações concretas do poder de polícia ambiental.

Essa ação punitiva se exerce em duas fases: (i) na imposição da penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, em procedimento de fiscalização inquisitivo; (ii) na condução do processo administrativo daí decorrente, instaurado com a lavratura do ato administrativo que corporifica a aplicação da sanção, em procedimento contraditório, no qual se resguarde a ampla defesa do autuado, para se promover a execução da penalidade administrativa ou a revogação de sua aplicação.

Quanto à primeira fase, Marcelo Dawalibi esclarece que a “aplicação de sanções é um ato de polícia e deve ser documentado através do competente *auto*”¹⁴.

Realmente, a Lei Estadual n.º 7.058/2002, suplementando a legislação federal (especialmente a Lei Federal n.º 6.938/81 e Lei Federal n.º 9.605/98), dispõe sobre a fiscalização, as infrações e as penalidades relativas à proteção ao meio ambiente no âmbito da SEAMA, disciplinando minuciosamente o exercício do poder de polícia ambiental: (i) reconhecendo uma série de prerrogativas às autoridades ambientais no exercício da atividade de fiscalização do cumprimento da legislação ambiental (arts. 3º a 6º); (ii) tipificando as infrações ambientais (art. 7º); (iii) estabelecendo as penalidades administrativas (art. 8º), com descrição detalhada das hipóteses de cabimento de cada uma delas (arts. 11 a 20); (iv) dispondo sobre a lavratura dos autos (art. 21) e a intimação do autuado (art. 22); (v) assegurando a ampla

¹⁴ O poder de polícia em matéria ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 91-102, abr./jun. 1999.

defesa e o contraditório mediante a possibilidade de apresentação de defesa e recurso administrativo (arts. 23 a 28).

Desse arcabouço normativo, depreende-se que a imposição da penalidade administrativa é decorrência da constatação de alguma das infrações ambientais tipificadas no art. 7º da Lei Estadual n.º 7.058/2002, o que se dá em procedimento administrativo realizado de maneira inquisitiva, movido que é pelo mote da averiguação de situação de fato que se constitua em pressuposto para a imposição da sanção administrativa.

Isto é, a Administração Pública exerce o poder de polícia, fiscalizando o cumprimento da legislação ambiental, mediante uma série de providências administrativas que lhe são reconhecidas pela Lei Estadual n.º 7.058/2002 (arts. 3º a 6º). Se, no decorrer do procedimento de fiscalização, constatar a prática de quaisquer das infrações também estabelecidas na Lei Estadual n.º 7.058/2002 (art. 7º), imporá a penalidade cabível, de acordo com a sistematização estabelecida em seus arts. 11 a 20, formalizando a aplicação da sanção administrativa mediante a lavratura do competente auto (art. 21), da qual deverá dar ciência ao autuado (art. 22).

Não termina aí, entretantes, a ação punitiva exercida pela Administração Pública sob o influxo do poder de polícia ambiental.

Cumpra que seja de fato executada a penalidade administrativa aplicada, assegurando-se, todavia, ao autuado, o direito de se manifestar sobre todos os motivos de fato e de direito que foram levados em consideração pela autoridade ambiental na autuação, que redundaram na aplicação da sanção.

Já aqui haverá a formação do processo administrativo, já que essa possibilidade de oferecimento de defesa e recursos administrativos em face da autuação nos autos do processo administrativo é manifestação concreta, no campo do direito ambiental, do direito de petição encartado no

art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal, exercido com as garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF).

E aqui se ingressa na segunda fase da ação punitiva exercida pela Administração no âmbito do poder de polícia ambiental.

A diferença é que, na primeira fase, o que ocorre é a edição de um ato administrativo (formalizado pelo *auto*)¹⁵ como primeiro resultado do exercício da competência administrativa, ao cabo do procedimento de fiscalização realizado, quando constatada a prática de infração administrativa; na segunda fase, agora em face do resultado dessa atividade administrativa, no bojo do processo administrativo, busca-se a execução da penalidade administrativa aplicada, assegurando-se a possibilidade de o autuado contestá-la, questionando todos os seus aspectos, consoante delineada pelo conteúdo desse ato administrativo expedido pela autoridade ambiental.

Nessa segunda fase, reconhece-se aos autuados o direito de questionarem todos os *pressupostos de validade* do ato administrativo expedido ao cabo do procedimento de fiscalização, os quais, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são de cinco espécies: (a) *sujeito* (pressuposto subjetivo); (b) *motivo* (pressuposto objetivo); (c) *requisitos procedimentais* (pressuposto objetivo); (d) *finalidade* (pressuposto teleológico); (e) *causa* (pressuposto lógico); (f) *formalização* (pressuposto formalístico)¹⁶.

Isto é, ao autuado reconhece-se o direito de impugnar especificamente cada um dos aspectos que levaram à edição do ato administrativo sancionador.

¹⁵ Trata-se aqui do *pressuposto formalístico* do ato administrativo de aplicação da penalidade administrativa, assim enunciado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Formalização é a *específica maneira* pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio, desta exteriorização” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 376).

¹⁶ Cf. op. cit., p. 360-377.

Então, a Administração Pública ocupará, simultaneamente, a posição de “parte” e de “juiz” do processo administrativo, na dialeticidade inerente a qualquer processo de aplicação de penalidades num Estado Democrático de Direito, devendo obediência irrestrita aos princípios que informam o regime jurídico administrativo, dentre os quais se destacam, na condução do processo administrativo, os princípios da igualdade, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência, informalidade, boa-fé, publicidade, oficialidade, verdade material, duplo grau de jurisdição administrativa¹⁷.

A Lei Estadual n.º 7.058/2002, em seu art. 27, regulando essa segunda fase da ação punitiva, dispõe sobre o efeito suspensivo atribuído à defesa e ao recurso administrativo, impedindo a execução da sanção enquanto estiver em discussão administrativa a regularidade da aplicação da penalidade administrativa, nos casos de aplicação de penalidade de multa, interdição de atividade, cassação de licença ou autorização. Quanto às demais sanções, a sua execução é imediata, dependendo, no entanto, da decisão administrativa final para que haja a sua manutenção, no todo ou em parte, ou a sua revogação.

Portanto, a ação punitiva da Administração Pública, esteiada no poder de polícia ambiental, concretiza-se em duas fases muito bem delimitadas, que têm por marco divisor o ato administrativo de aplicação da penalidade, expedido ao término do procedimento de fiscalização, ensejando a abertura do processo administrativo.

¹⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 52-89. Cf. também: MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

2.4 A contagem dos prazos prescricionais em relação ao exercício do poder de polícia em matéria ambiental, de acordo com a Lei Federal n.º 9.873/99

Como já se afirmou no tópico anterior, a aplicação da Lei Federal n.º 9.873/99 em matéria ambiental se traduz na imposição de limites temporais à ação punitiva da Administração Pública, que passa a ter prazos para concluir as duas fases, sob pena de perder a possibilidade jurídica de fazê-lo.

O art. 1º da Lei Federal n.º 9.873/99 tem a seguinte redação:

Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º. Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º. Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Como se vê, aplicando-se o disposto nesta lei em matéria ambiental, tem-se que dois foram os prazos estabelecidos em relação à ação punitiva desenvolvida através do poder de polícia: (i) no *caput*, há um prazo de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública imponha e execute a penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, ressalvando, no art. 1º, § 2º, as situações em que a infração cometida cons-

titua crime ambiental, quando prevalecerá o prazo estabelecido na lei penal; (ii) no § 1º, há um prazo de 03 (três) anos para a realização das providências a cargo da Administração Pública para impulsionar, de ofício, o processo administrativo daí decorrente, no bojo do qual é apreciada a regularidade da aplicação da penalidade administrativa ao autuado.

Não será abordada aqui a discussão sobre a natureza jurídica própria de cada um desses prazos, se eles seriam *prescricionais* (como diz expressamente o texto legal) ou *decadenciais*, até porque ainda hoje não se chegou a um consenso, seja nos domínios da ciência do direito, seja na práxis jurídica, sobre a identificação precisa dos contornos que separam e diferenciam os institutos da prescrição e da decadência¹⁸, muito embora se procure, a partir do novo Código Civil, uma melhor sistematização do assunto¹⁹.

Por essa razão, seria imprudente estabelecer aqui uma divisão conceitual rígida entre prescrição e decadência, que em nada ajudaria a compreender o sistema.

O mais importante, então, é entender que existem prazos que devem ser observados para o exercício de direitos, sob pena de haver a impossibilidade jurídica de se exercê-los, uma vez decorrido esse período de tempo estabelecido sem que tenha havido a ação requerida do titular para tanto.

O fundamento maior que justifica o estabelecimento desses prazos é o estabelecimento do valor *segurança jurídica*, como já observava, de longa data, San Tiago Dantas:

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supre-

¹⁸ Cf., por todos, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1 parte geral. p. 461-468.

¹⁹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil Brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, n. 11, p. 67-78, jul./set. 2002.

mas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado das coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais o pode.

De modo que, o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais – fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta²⁰.

As variações conceituais entre os institutos da prescrição e da decadência gravitam em torno do conteúdo dos direitos sujeitos à prescrição ou à decadência e das conseqüências daí decorrentes (por exemplo: sobre a possibilidade *suspensão* ou *interrupção* de contagem dos prazos; sobre a extinção do *direito*, da *ação* ou da *pretensão* etc.), mas não há dúvidas de que ambos possuem uma característica em comum: são limites ao exercício de direitos, que se baseiam nos fatores *tempo* e *inércia*²¹.

Daí o famoso brocardo latino: *dormientibus jus non succurrit* (“o direito não socorre os que dormem”).

Em tom conclusivo, tanto a prescrição quanto a decadência se radicam na ausência de ação por parte do titular de um direito, durante um período de tempo fixado *ex lege*

²⁰ Programa de direito civil: parte geral. [S.l: s.n], 1977. p. 397-398 *apud* BARROSO, Luís Roberto. Prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública em operações cambiais (Parecer). *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, n. 2, p. 239-267, abr./jun. 2000.

²¹ Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1 parte geral, p. 453-454; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 495-496; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 432-433 e 435-442; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984. v. 1, p. 329.

ou *ex voluntate*, o que leva à impossibilidade jurídica de poder satisfazer esse mesmo direito, em razão do decurso desse prazo.

Na fixação desse período de tempo dentro do qual deve haver o exercício do direito, deve haver a indicação precisa do termo inicial (ou termo *a quo*) e do termo final (ou termo *ad quem*) e, se for o caso, das causas de *interrupção* ou *suspensão* da contagem do prazo prescricional.

A *interrupção* da contagem do prazo prescricional faz com que, ocorrida a causa que a determina, seja reiniciada a contagem do prazo a partir de tal momento. Por exemplo: se o prazo é de 05 (cinco) anos, advindo a causa de interrupção de sua contagem, reinicia-se a contagem do prazo, dos mesmos 05 (cinco) anos, a partir do momento em que se verificar essa causa (havendo aí um novo termo inicial), não importando o quanto de tempo já tiver decorrido antes da causa de interrupção. A interrupção da contagem do prazo pressupõe, assim, que o mesmo não tenha se expirado, porque aí já se implementariam os efeitos da prescrição, não havendo razão para se reiniciar a contagem do prazo.

Já a *suspensão* da contagem do prazo prescricional impõe a paralisação temporária dessa contagem, enquanto perdurar a causa que a determina, retomando-se a contagem a partir do momento em que cessar a causa de suspensão, mas apenas do período de tempo que sobejar. Por exemplo: se o prazo é de 05 (cinco) anos, advindo a causa de suspensão de sua contagem quando já decorridos 03 (três) anos do termo inicial, reinicia-se a contagem do prazo, mas apenas do tempo que ainda remanesce – no caso, 02 (dois) anos –, a partir do momento em que cessar a causa de suspensão.

A Lei Federal n.º 9.873/99, ao estabelecer os prazos estabelecidos à Administração Pública para o exercício de certos direitos, optou por chamá-los de *prazos prescricio-*

nais, sendo importante definir o termo inicial e o termo final de contagem desses prazos, além das causas de interrupção da contagem do prazo (art. 2º), cabendo desde logo advertir que as causas de suspensão da contagem do prazo (art. 3º) *não* têm aplicabilidade no âmbito da Administração Pública Estadual, por se referirem à matéria de competência exclusiva da União.

Tenha-se presente que no campo do direito público também existem prazos que devem ser observados para o exercício dos direitos que são reconhecidos à Administração Pública, que, em alguns casos, são verdadeiras *potestades*, em outros, *prerrogativas*, e em vários outros, *deveres de ofício*.

Desobedecendo-se o prazo para a ação requerida, amputa-se o direito, em qualquer uma dessas categorias em que se apresentar (potestade, prerrogativa ou dever de ofício).

O que talvez dificulte o entendimento do assunto é que, no exercício de certas competências administrativas, são vários os direitos reconhecidos à Administração Pública, que se sobressaem distintamente – embora, por vezes, simultaneamente – nos diversos momentos da atuação administrativa.

É o que ocorre com a situação objeto desta consulta.

Para executar a primeira fase da ação punitiva, mediante procedimento de fiscalização marcado pelo timbre da inquisitorialidade, a Administração Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos como regra geral. O prazo só será outro para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental, quando prevalecerá o prazo estabelecido na lei penal (art. 1º, § 2º, da Lei Federal n.º 9.873/99).

É importante fazer uma observação aqui: para se identificar corretamente o prazo prescricional a que estará sujeito o exercício do poder de polícia ambiental quanto à aplicação de penalidades administrativas sobre infrações que

também constituam crime ambiental, é fundamental que se identifique a pena máxima que pode ser cominada pela prática delituosa, de acordo com a lei penal. Daí a importância de se atentar para a Lei Federal n.º 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais nos seus arts. 29 a 69 e estabelece as sanções penais cabíveis, com identificação das penas mínimas e máximas.

A partir daí, o prazo prescricional atenderá sempre ao disposto no art. 109 do Código Penal, com a forma de fixação aí determinada.

Por ora, quanto ao termo inicial de contagem do prazo, é bem delineado no art. 1º, *caput*, da Lei Federal n.º 9.873/99: inicia-se da data da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada).

A partir desse momento, a Administração Pública terá o prazo de 05 (cinco) anos (como regra geral) para implementar a *primeira* ou a *segunda* das causas de interrupção de contagem do prazo prescricional previstas no art. 2º da Lei Federal n.º 9.873/99, quais sejam, a “citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital” ou “qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato”, que se dará de acordo com a disciplina prevista no art. 22 da Lei Estadual n.º 7.058/2002.

Isso porque os *autos* que corporificam os atos administrativos de aplicação da penalidade administrativa (art. 21 da Lei Estadual n.º 7.058/2002), como documentos que formalizam os resultados alcançados pelo procedimento de fiscalização, só estarão aptos a produzir todos os efeitos que lhes são próprios após a devida cientificação desse resultado ao autuado, que sofreu a ação de fiscalização e está sendo acusado da prática de infração à legislação ambiental.

Trata-se de decorrência direta do princípio da publicidade da Administração Pública, encartado no *caput* do art. 37

da Constituição Federal, que proscreve o segredo na administração da coisa pública²².

A consequência disso é que, ainda que haja a lavratura do auto no término do procedimento de fiscalização, se a cientificação da autuação ao autuado não se der dentro do prazo prescricional, contado da data da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada), ficará a Administração Pública impedida de executar a penalidade administrativa cuja aplicação foi formalizada pelo auto.

Agora, uma vez instaurado o processo administrativo mediante a lavratura do auto respectivo (nos termos do art. 21 da Lei Estadual n.º 7.058/2002) e com a cientificação do autuado (na forma do art. 22 da Lei Estadual n.º 7.058/2002), deve a Administração Pública cuidar de implementar a *terceira* das causas de interrupção de contagem do prazo prescricional previstas no art. 2.º da Lei Federal n.º 9.873/99, qual seja, a “decisão condenatória recorrível”, que nada mais é do que a decisão administrativa, que compete à SEAMA, ao apreciar a defesa apresentada pelo autuado, na forma do art. 24 da Lei Estadual n.º 7.058/2002.

Quer dizer, com a cientificação do autuado (causa de interrupção da contagem do prazo prescricional – art. 2º, I, da Lei Federal n.º 9.873/99) inicia-se novamente a contagem do prazo prescricional, que só se interromperá nova-

²² A exposição de Carlos Ari Sundfeld sobre a essência desse princípio é digna de nota: “A razão de ser do Estado é toda externa. Tudo que nele se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior. A finalidade da sua ação não reside jamais em algum benefício íntimo: está sempre voltado ao interesse público. Em uma figura: falta ao Estado *vida interior*, faltam-lhe interesses pessoais íntimos.

Com os indivíduos é o inverso o que ocorre. Sua atividade diz com a liberdade, com a realização de valores íntimos. Por isso, protege-se sua privacidade, sua correspondência é sigilosa, sua casa é inviolável (CF, art. 5º, incs. X, XI e XII). Como o Estado jamais maneja interesses, poderes ou direitos íntimos, tem o dever da mais absoluta transparência: ‘Todo poder emana do povo’ (CF, art. 1º, § 1º). É óbvio, então, que o povo, titular do poder, tem o *direito* de conhecer tudo o que concerne ao Estado, de controlar passo a passo o exercício do poder. À margem disso, qualquer pessoa atingida pelo Poder Público – isto é, que de qualquer modo seja destinatária, prejudicada ou atendida por ato estatal – tem o direito individual de conhecer esse ato, suas razões, sua base fática e jurídica. Em consequência, seja em nome da limpidez da atividade estatal, seja para garantia de direitos individuais, o Estado tem o dever da publicidade” (*Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 177).

mente com a decisão administrativa a ser exarada pela SEAMA, na primeira instância administrativa.

O ponto importante, aqui, é a possibilidade de haver a *prescrição intercorrente*, na forma disciplinada pelo art. 1º, § 1º, da Lei Federal n.º 9.873/99. Trata-se de prazo prescricional que corre em paralelo com o prazo prescricional previsto no art. 1º, *caput*, da Lei Federal n.º 9.873/99.

A Administração Pública tem o dever de impulsionar, de ofício, o andamento do processo administrativo, tomando todas as providências necessárias a tanto. Trata-se do princípio da oficialidade²³. Mas se as autoridades administrativas incumbidas de darem andamento ao processo administrativo permanecerem inertes por 03 (três) anos, ocorre a prescrição intercorrente, que pode ser reconhecida de ofício ou mediante requerimento da parte interessada.

Com isso, ainda que o julgamento em primeira instância administrativa ocorra dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental), haverá, irremediavelmente, a ocorrência da prescrição intercorrente.

O termo inicial da prescrição intercorrente é a data em que o processo administrativo é *recebido* por qualquer setor da Administração Pública, devendo lá permanecer à espera de um despacho ou do próprio julgamento pelo prazo máximo de 03 (três) anos. Se a providência requerida (despacho ou julgamento) for adotada dentro do prazo prescricional, interrompe-se a sua contagem, que só recomeça a partir do momento em que, novamente, o processo for recebido por outro setor da Administração Pública para a adoção das providências subseqüentes, e assim sucessivamente.

²³ “Por força do princípio da oficialidade, no processo administrativo, diferentemente do que ocorre no processo judicial, a autoridade competente para decidir tem também o poder/dever de inaugurar e impulsionar o processo, até que obtenha um resultado final conclusivo e definitivo, pelo menos no âmbito da Administração Pública” (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 85).

Apenas para fixar os conceitos: *despachos* são atos administrativos exarados nos processos administrativos que podem revelar diversos conteúdos, como um simples encaminhamento ou uma análise técnica, administrativa ou financeira etc; já o *juízo* é a emissão de um novo ato administrativo, que poderá revogar ou manter o ato administrativo primário de aplicação da penalidade administrativa.

Em suma: uma vez ocorrida a cientificação do autuado, dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental), contado da data da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada), será iniciada a contagem novamente desse prazo prescricional para que a SEAMA julgue o processo administrativo em primeira instância, sendo que, no transcurso dessa instância administrativa, o processo não poderá ficar paralisado por mais de 03 (três) anos à espera de um despacho ou de julgamento, sob pena de se implementar a prescrição intercorrente.

Havendo o julgamento do processo administrativo em primeira instância dentro do período de tempo alusivo aos dois prazos prescricionais, haverá o início da contagem de novo prazo de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental) para que a Administração Pública execute a penalidade administrativa, pelo que deverá, dentro desse prazo, apreciar o recurso administrativo, se interposto pelo autuado, na forma do art. 25 da Lei Estadual n.º 7.058/2002, e promover, em caráter definitivo, a execução da sanção aplicada.

Aqui entra a disciplina do art. 27 da Lei Estadual n.º 7.058/2002, a prescrever que a aplicação de penalidade de multa, interdição de atividade, cassação de licença ou autorização só podem ser efetivadas após o “trânsito em jul-

gado da decisão” (*rectius*: após a “decisão administrativa final”, entendida como aquela da qual não caiba mais recurso administrativo). Quanto às demais sanções, cuja execução é imediata, dependem, no entanto, dessa decisão administrativa final para que haja a sua manutenção, no todo ou em parte.

E se houver a *revelia* do autuado? Ou seja, se, cientificado da autuação, deixar transcorrer *in albis* o prazo para o oferecimento da defesa?

Nesse caso a Administração Pública terá os mesmos prazos prescricionais para executar a penalidade administrativa, ou seja, o prazo de 05 (cinco) anos (ou o prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental) para efetivá-la, sendo que não poderá retardar por mais de 03 (três) anos a adoção de qualquer providência que lhe caiba para tal efetivação, mantendo paralisado o processo administrativo, sob pena de se implementar a prescrição intercorrente.

Uma última questão: o Parecer Jurídico aprovado pelo CONREMA aborda a causa de suspensão da prescrição prevista em seu art. 2º, § 3º da Lei Federal n.º 6.830/80, buscando-se relacioná-la com as multas ambientais.

Realmente, as multas ambientais são penalidades administrativas de conteúdo pecuniário, que traduzem a constituição de *certeza*, *liquidez* e *exigibilidade* de uma obrigação cujo objeto é uma prestação de dar dinheiro. Com efeito, ao cabo do processo administrativo onde se formaliza a aplicação dessa sanção pecuniária, o que resta é a confirmação da ocorrência do fato que enseja o seu surgimento (*certeza*, diante da constatação da prática de infração punível com multa ambiental), a identificação do particular que deve arcar com o seu pagamento e em que quantidade (*liquidez*, diante da identificação do infrator e da gradação do montante da multa ambiental de acordo com os critérios delineados pela legislação) e a caracterização da possibili-

dade de sua efetiva cobrança (*exigibilidade*, diante da decisão administrativa final, que é condição para que haja a efetivação da penalidade).

Considerando-se o disposto no art. 27 da Lei Estadual n.º 7.058/2002, a efetivação dessa sanção pecuniária só se dará com a decisão administrativa final que for proferida no processo administrativo, mas dependerá, evidentemente, do adimplemento por parte do autuado, para que haja, de fato, a sua satisfação.

Por essa razão, ao que se disse até aqui quanto à efetivação das penalidades administrativas, devem ser acrescentadas, em relação às multas ambientais, as causas de suspensão e de interrupção da contagem do prazo prescricional previstas nos arts. 2º, § 3º e 8º, § 2º, da Lei Federal n.º 6.830/80, bem como a prescrição intercorrente estabelecida no art. 40, § 4º, dessa mesma lei, porque a efetividade da aplicação dessa sanção depende do pagamento da multa ambiental por parte do autuado, que, se não for espontâneo, dependerá de todas as providências a cargo da Administração Pública para que haja o adimplemento forçado.

Assim é que, para a efetivação das multas ambientais, a contagem do prazo prescricional de 05 (cinco) anos (ou o prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental) – que se reinicia com a decisão administrativa exarada pela SEAMA na primeira instância administrativa, como já demonstrado – será suspensa quando houver a inscrição em Dívida Ativa do crédito público daí decorrente, na forma do art. 2º, § 3º, da Lei Federal n.º 6.830/80 – pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Nova causa de interrupção da contagem do prazo prescricional só ocorrerá já no bojo da execução fiscal, com o despacho do juiz que ordenar a citação (art. 8º, § 2º, da Lei Federal n.º 6.830/80), sendo que a prescrição intercorren-

te, nessa fase, já não mais observará a disciplina do art. 1º, § 1º, da Lei Federal n.º 9.873/99, mas, sim, ao disposto no art. 40, § 4º, da Lei Federal n.º 6.830/80, incluído pela Lei Federal n.º 11.051/2004²⁴.

3 Conclusões

Em razão de todo o exposto, conclui-se que:

3.1 O exercício do poder de polícia, nas questões envolvendo a proteção do meio ambiente, no âmbito da Administração Pública Estadual, sujeita-se também à disciplina estabelecida na Lei Federal n.º 9.873/99, pois este diploma encerra normas gerais que se aplicam em matéria ambiental, no caso, no exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia ambiental.

3.2 A ação punitiva decorrente do poder de polícia ambiental se exerce em duas fases: (i) na imposição da penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, em procedimento de fiscalização inquisitivo; (ii) na condução do processo administrativo daí decorrente, instaurado com a lavratura do ato administrativo que corporifica a aplicação da sanção, em procedimento contraditório, no qual se resguarde a ampla

²⁴ O art. 40 da Lei Federal n.º 6.830/80 estatui o seguinte:

“Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspensão o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

defesa do autuado, para se promover a execução da penalidade administrativa ou a revogação de sua aplicação.

3.3 Dois foram os prazos estabelecidos pela Lei Federal n.º 9.873/99 em relação à ação punitiva desenvolvida através do poder de polícia: (i) no *caput*, há um prazo de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública imponha e execute a penalidade administrativa, em razão da constatação de prática de infração à legislação ambiental, ressalvando, no art. 1º, § 2º, as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental, quando prevalecerá o prazo estabelecido na lei penal; (ii) no § 1º, há um prazo de 03 (três) anos para a realização das providências a cargo da Administração Pública para impulsionar, de ofício, o processo administrativo daí decorrente, no bojo do qual é apreciada a regularidade da aplicação da penalidade administrativa ao autuado.

3.4 Uma vez ocorrida a cientificação do autuado, dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental), contado da data da prática da infração ou do dia em que esta tiver se cessado (no caso de infração permanente ou continuada), será iniciada a contagem novamente desse prazo prescricional para que a SEAMA julgue o processo administrativo em primeira instância, sendo que, no transcurso dessa instância administrativa, o processo não poderá ficar paralisado por mais de 03 (três) anos à espera de um despacho ou de julgamento, sob pena de se implementar a prescrição intercorrente.

3.5 Havendo o julgamento do processo administrativo em primeira instância dentro do período de tempo

alusivo aos dois prazos prescricionais, haverá o início da contagem de novo prazo de 05 (cinco) anos (ou do prazo estabelecido na lei penal, para as situações em que a infração cometida constitua crime ambiental) para que a Administração Pública execute a penalidade administrativa, pelo que deverá, dentro desse prazo, apreciar o recurso administrativo, se interposto pelo autuado, na forma do art. 25 da Lei Estadual n.º 7.058/2002, e promover, em caráter definitivo, a execução da sanção aplicada.

3.6 Quanto à efetivação das penalidades administrativas, devem ser acrescidas, em relação às multas ambientais, as causas de suspensão e de interrupção da contagem do prazo prescricional previstas nos arts. 2º, § 3º e 8º, § 2º, da Lei Federal n.º 6.830/80, bem como a prescrição intercorrente estabelecida no art. 40, § 4º, dessa mesma lei, porque a efetividade da aplicação dessa sanção depende do pagamento da multa ambiental por parte do autuado, que, se não for espontâneo, dependerá de todas as providências a cargo da Administração Pública para que haja o adimplemento forçado.

É o parecer, s.m.j., que submeto à apreciação superior.

Vitória-ES, 10 de janeiro de 2007.

2.2

ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS DEFINITIVOS ACERCA DO VEÍCULO NORMATIVO NECESSÁRIO PARA A FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA AOS INSTRUTORES E COORDENADORES DOS CURSOS DE CAPACITAÇÃO DESTINADOS AOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL

BRUNO COLODETTI

PROCESSO: 30235731 (Apenso: 26440342 e 30403618). Parecer PGE/CEI N.º 008/06. Origem: Procuradoria Geral do Estado. Interessado: Sesa/lesp.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Análise. 2.1 Intróito. 2.2 Dos instrutores e coordenadores contratados com base na Lei Nacional n.º 8.666/93. 2.3 Dos instrutores e coordenadores servidores estatais. 3 Conclusão.

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PROCURADOR DO ESTADO
CHEFE DO CEI:**

1 Relatório

Vieram os presentes autos encaminhados a este Centro de Estudos e Informações Jurídicas pelo Excelentíssimo Secretário de Estado do Governo, objetivando a feitura de parecer que estabeleça parâmetros definitivos acerca do veículo normativo apropriado para a fixação da remuneração dos instrutores e coordenadores dos cursos de capacitação profissional postos à disposição dos servidores estaduais.

Tal medida torna-se necessária ante a profusão de posicionamentos que foram dimanados por esta Procuradoria quanto

a essa temática. Fato que resultou num quadro de proposições jurídicas de difícil apreensão no que diz respeito ao definitivo balizamento da conduta a ser tomada pelas autoridades responsáveis¹, principalmente quanto se tem em conta o caráter fragmentário das consultas já confeccionadas.

É o relatório.

2 Análise

A presente análise, conquanto tenha o caráter de ato sintetizador de entendimentos já lançados por esta PGE, será, de certo modo, inovadora no que se refere à questão afeta ao tipo de veículo jurídico que será legítimo para estabelecer o valor da remuneração devida aos instrutores e aos coordenadores dos cursos de capacitação de servidores estaduais. Isso em razão do caráter geral e definitivo que dela se espera e, principalmente, como consequência do entendimento deste parecerista a respeito das questões que gravitam em torno do assunto, que, em alguns pontos, destoa da opinião prevalente no seio desta Procuradoria até o presente momento.

Posto isso, vamos à análise propriamente dita:

2.1 *Intróito*

Compulsando os três processos administrativos que arrimam a pretensão em disquisição, extrai-se que se formaram as seguintes “correntes” no que toca *(i)* à forma de ingresso dos instrutores e coordenadores em tal função e *(ii)* ao veículo normativo apropriado para a fixação da remuneração dessa “categoria” de agentes; são elas:

¹ Basta ver que, apensados aos autos do processo administrativo que contém o despacho que fundamenta a feita da presente peça opinativa (n.º 30235731), encontram-se outros dois processos administrativos que versam sobre a mesma questão, seja no âmbito da SESA (n.º 26440342), seja no âmbito da Polícia Militar deste Estado (n.º 30403618).

- (a) a primeira que entende que os instrutores e coordenadores dos cursos de capacitação dos servidores ingressarão em tal função por intermédio da entabulação de contrato de prestação de serviços com a Administração Pública, sendo, exatamente por conta desse fato (contrato administrativo regido pela Lei n.º 8.666/93), totalmente desnecessária a fixação em lei da remuneração a ser paga por essa atividade;
- (b) a segunda que, apesar de não negar a vinculação contratual exposta no item anterior, defende a necessidade imperiosa de que a remuneração dos contratados seja fixada por meio de edição de diploma com status legal. Corrente essa que prevaleceu, já que esposada pela Excelentíssima Procuradora Geral do Estado, Cristiane Mendonça.

Entretanto, uma visão geral da questão em foco aminha a contradição verificada entre as posições acima apresentadas, vez que em algumas hipóteses será necessária lei para fixar a indigitada remuneração, enquanto que em outras a confecção de tal ato legislativo será dispensável.

Com efeito, o tipo de instrumento normativo hábil para determinar a remuneração dos instrutores e coordenadores em comento dependerá da espécie de vínculo jurídico que liga tais agentes à Administração. Em outras palavras, a necessidade de lei para esse desiderato irá variar de acordo como a qualificação do agente: se *servidor estatal* ou se *contratado* com base na legislação licitatória.

Destarte, será essa cisão de enfoque que irá presidir o desnovelar da questão posta em análise.

2.2 Dos instrutores e coordenadores contratados com base na Lei Nacional n.º 8.666/93

É evidente que à Administração Pública faculta-se contratar pessoal qualificado para ministrar cursos de aperfeiçoamento para seus quadros funcionais. Tanto isso é verdade que a Lei n.º 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos administrativos), em seu art. 13, arrola tal atividade como serviço técnico profissional:

Lei n.º 8.666/93

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

[...]

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Diante dessa moldura normativa, exsurge a possibilidade de particulares, alheios à intimidade do aparelho estatal, desempenharem esse tipo de tarefa com base em vínculo contratual de prestação de serviços, nos moldes da locação civil de serviços.

Mais ainda: assentou-se o entendimento de que nessa específica hipótese poderá ser efetivada contratação direta dos serviços, ante a incidência do preceito lançado pelo inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93². Basta ver que o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu por “*considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enqua-*

² Lei n.º 8.666/93: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...] II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; [...]”.

dram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei n.º 8.666/93”, conforme consta do inteiro teor do Voto do Relator da Decisão n.º 439/1988, que definiu a questão; in verbis:

[...]

Inicialmente parablenzo a Unidade Técnica pelo excelente trabalho apresentado, ao qual dou minha adesão quanto às ponderações expendidas. 2. Registro minhas ressalvas apenas no que toca à dificuldade quanto à especificação que requer em sua proposta. Quais seriam os cursos “desenvolvidos especificamente ou adaptados para o atendimento das necessidades do contratante e/ou voltados para as peculiaridades dos prováveis treinandos”? Um curso de Direito Administrativo ou Constitucional se enquadraria na hipótese sugerida, no caso deste Tribunal? Ante as dificuldades práticas de gerenciamento antevistas nesse entendimento, penso que outro caminho deve ser perseguido pela Administração Pública. 3. É notoriamente sabido que na maioria das vezes, no caso concreto, é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes professores ou cursos, tornando-se complicado comparar o talento e a capacidade didática dos diversos mestres. 4. Aliás, essa realidade já foi reconhecida pela doutrina do direito administrativo. O mestre Ivan Barbosa Rigolin, ao discorrer sobre o enquadramento legal de natureza singular empregado pela legislação ao treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ainda quanto à aplicação do art. 23, inciso II, do Dec.-lei n.º 2.300/86, defendia que: “A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados - que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração

contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuamente. Por todas essas razões entendeu a lei de licitações de classificar na categoria de serviço técnico profissional especializado, o trabalho de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal da Administração, por particulares (pessoas físicas ou jurídicas); sendo de natureza singular o serviço, será fatalmente diferente um treinamento de outro, ainda que sobre os mesmos temas, quando ministrado por particulares diversos. E, desse modo, sendo desiguais os produtos que os variados profissionais oferecem, torna-se inexigível a licitação por imperativo lógico que consta do art. 23, inciso II, do Dec.-lei n.º 2.300/86.” (“Treinamento de Pessoal - Natureza da Contratação” “in” Boletim de Direito Administrativo - Março de 1993, págs. 176/79 - *grifo nosso*). 5. Nessa mesma linha de raciocínio, destaco pensamento do administrativista Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ao discorrer sobre a contratação de profissional para realização de treinamento de pessoal, assevera que: “Treinamento e aperfeiçoamento de pessoal é serviço técnico profissional especializado, previsto no art. 13, VI, da mesma Lei n.º 8.666/93. Em princípio, é de natureza singular, porque é conduzido por uma ou mais pessoas físicas, mesmo quando a contratada é pessoa jurídica. A singularidade reside em que dessa ou dessas pessoas físicas (instrutores ou docentes) requer-se: a) experiência; b) domínio do assunto; c) didática; d) experiência e habilidade na condução de grupos, freqüentemente heterogêneos inclusive no que se refere à formação profissional; e) capacidade de comunicação. Como não se pode dissociar o treinamento do instrutor ou docente, essa singularidade subjetiva é também objetiva. Vale dizer: também o serviço por ele prestado é singular...” (“Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos”, Malheiros Editores, 1995, pág. 110). 6. A doutrina é pacífica no sentido de

que não se licitam coisas comprovadamente desiguais. Lúcia Valle Figueiredo em seu parecer intitulado “Notória Especialização” (Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, número 44, 2º semestre de 1978, pág. 25/32) ressalta que no momento em que se passa a confrontar coisas que não são cotejáveis, a comparação se torna impossível, não havendo possibilidade de se falar em afronta ao princípio da isonomia nesses casos, pois só se pode falar em isonomia na medida em que se comparam coisas cotejáveis. Outro ponto que torna a licitação inviável diz respeito ao fato de que há que se ter critérios objetivos para realizar uma licitação, aspecto esse, como visto, prejudicado na contratação em exame. 7. A exceção à regra geral estabelecida pelo Prof. Rigolin, no parecer já mencionado, diz respeito à contratação de treinamentos concernentes a serviços braçais, ou mecanográficos, ou de trabalhos de índole física, que não exigem uma maior escolarização dos instrutores. Dá como exemplos: adestramento de guardas; datilografia; digitação; orientação para pesquisa. Mas, mesmo nesses casos, entendendo defensável a contratação direta, alicerçado nos mesmos argumentos expendidos até aqui, pois a condução do treinamento continua sendo personalíssima e a experiência do instrutor contratado faz diferença quanto aos resultados alcançados. 8. Nesse ponto, destaco pesquisa empreendida pelo Instituto Serzedello Correia e a Universidade de Brasília - UnB, que dentre as conclusões a que se chega, a partir da análise dos dados colhidos, é que no atual estágio de desenvolvimento da educação no Brasil, onde não há cultura de padronização, torna-se necessário garantir a qualidade didática a todos os níveis de treinamentos, despontando como diferencial significativo nos resultados de avaliação dos treinamentos estudados a intervenção do instrutor (Projeto Impact - Convênio ISC/TCU e FUB, Instituto de Psicologia, Departamento de Psicologia Social e do Trabalho). Ou seja, a realidade brasileira hoje vivencia que mesmo nos cursos que já atingiram certa padronização, a atuação do instrutor ainda faz

diferença, afetando os bons resultados almejados no treinamento. Esse fato está estreitamente relacionado com as deficiências observadas na elaboração de manuais padronizados de ensino no Brasil. 9. A aplicação da lei deve ser compatível com a realidade em que está inserida, só assim o direito atinge seus fins de assegurar a justiça e a equidade social. Nesse sentido, defendo o posicionamento de que a inexigibilidade de licitação, na atual realidade brasileira, estende-se a todos os cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, fato que pode e deve evoluir no ritmo das mudanças que certamente ocorrerão no mercado, com o aperfeiçoamento das técnicas de elaboração de manuais padronizados de ensino. Essa evolução deve ser acompanhada tanto pelos gestores como pelos órgãos de controle, no âmbito de suas atuações. Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, na atualidade, é regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador. 10. Destarte, partilho do entendimento esboçado pelo Ministro Carlos Átila no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade. 11. Por derradeiro, assinalo que entendo pertinente que, ante o interesse público que reveste a matéria, seja retirado o sigilo dos autos e publicada em Ata a Decisão ora proferida. Isso posto, acompanho em parte a Unidade Técnica e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao E. Colegiado.

Fincam-se, sob o acicarte do entendimento supracitado, as seguintes premissas: (i) a admissão de particulares para atuar em cursos de capacitação de servidores estatais deverá ser regida pela Lei Nacional n.º 8.666/93; e, (ii) nessa hipótese, efetuar-se-á contratação direta, pela aplicação do art. 13 c.c. o art. 25, inc. II, do citado diploma.

Conseqüência dessas inferências (ligadas ao acesso dos particulares à função em comento e à natureza do vínculo que os une à Administração) é a conclusão de não se mostrar imprescindível que lei venha a fixar a remuneração dos instrutores e coordenadores externos (ou seja, contratados).

Realmente, o veículo apropriado para o estabelecimento da remuneração (ou melhor, do preço) que será despendida pela Administração Pública, em razão da prestação de serviços regida pela Lei n.º 8.666/93, é o próprio contrato administrativo cristalizador da avença. De fato, em todas as modalidades de contratação de obras, serviços, concessões, permissões e locações é o próprio negócio jurídico que deve fixar a contraprestação pecuniária a cargo da Administração e/ou do particular, dês que respeitadas as normas orçamentárias, caractere que se encontra presente na contratação de serviços visando à capacitação profissional de servidores.

Constatação que se torna conspícua em face do disposto no inciso III do art. 55 da Lei de Licitações:

Lei n.º 8.666/93

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

[...]

Não serve para inquinar tal conclusão o mandamento constitucional cravado no inciso X da Carta da República, no sentido de que “*a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica*”.

Como se vê, o citado comando determina que a remuneração dos *servidores públicos* deverá ser balizada necessariamente em lei. Entretanto, o agente que presta serviços à Administração, por conta de contrato de prestação de serviços firmado nos estreitos parâmetros da Lei n.º 8.666/93, não pode ser considerado servidor público (componente da Administração Direta), nem mesmo servidor estatal (componente da Administração Direta ou Indireta), conceito mais amplo que aquele.

No ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO “*a designação servidores estatais [...] abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência*”³. Assim, não pode ser considerado servidor (quer estatal, quer público) pessoa física que desenvolva prestação de serviços pontuais, mediante contrato que não represente sua inclusão no seio da Administração Pública por intermédio da ocupação de um núcleo específico de encargo de trabalho (cargo, emprego ou função pública).

Se tanto, poder-se-ia enquadrar tal categoria na condição de *particulares em colaboração com a Administração*, como faz o precitado CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁴.

³ *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 223.

⁴ *Op. cit.*, p. 225-226.

Posição essa com que, aliás, não concordamos, porquanto a pessoa contratada por meio de contrato de locação civil de serviços (caso dos autos) não detém a qualidade de agente público⁵. Isso porque para a caracterização de agente público deve haver, necessariamente, o manejo de competências públicas, representando a realização efetiva de uma função estatal, capaz de ensejar a imputação de vontade e conduta ao Estado⁶.

De qualquer sorte, fica evidente o alijamento dos instrutores e coordenadores intitulados *externos* do aparelho estatal, de modo a tornar não-obrigatória a aplicação da prescrição contida no inciso X do art. 37 da CF/88.

É óbvio, todavia, que a desnecessidade de que o regramento de tal matéria seja efetuado por intermédio de lei não implica dizer que conduta nesse sentido possa ser reputada ilegítima. Ou seja: nada impede que lei de iniciativa do Poder Executivo discipline a questão concernente ao valor da hora/aula a ser pago aos contratados externos para os cursos de capacitação dos servidores estatais.

Em arremate deste tópico, cabe externar uma advertência relacionada ao tema, que reputamos necessária.

Como se nota do voto colacionado linhas acima, o TCU decidiu pela aplicação do inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/93 (inexigibilidade de licitação) à hipótese de contratação de pessoal especializado para treinamento e qualificação dos quadros da Administração. Entretanto, esse Tribunal decidiu que essa inexigibilidade consistiria, tão-somente, *regra geral*⁷, devendo as especificidades do caso concreto

⁵ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 485-486.

⁶ O que ocorre com os concessionários e permissionários de serviços públicos, verdadeiros agentes públicos.

⁷ Eis o trecho da referida decisão que dá esteio ao nosso entendimento: "[...]. Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, na atualidade, é regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador".

servir de arrimo para a eventual realização de processo licitatório por parte do Poder Público.

Sob esse prisma, a criação de “cadastro de docentes”, para fins de contratação direta de instrutores e coordenadores, deve ser efetuada com extrema cautela pela Administração, na medida em que as peculiaridades concretas de tal “quadro” poderão indicar ausência de singularidade do serviço objeto de contratação, bem como a existência de mercado concorrencial, tornando inevitável a realização de licitação.

2.3 *Dos instrutores e coordenadores servidores estatais*

O desempenho por parte dos servidores estaduais de atividades (instrutivas ou não) nos cursos de treinamento e qualificação ofertados pela Administração Pública é subtrato totalmente diverso do analisado no item anterior, resultando, por isso, em conclusões distintas quanto ao veículo necessário para introduzir o valor a ser pago a título de hora/aula no ordenamento jurídico.

Tal se deve porque a realização desse tipo de atividade por parte de servidor *não pode ser considerada fruto de mera execução de contrato de prestação de serviços*, firmado com o Poder Público nas balizas postas pela Lei Nacional de Licitação.

A uma porque há expressa vedação na Lei n.º 8.666/93 para que servidor seja contratado para prestar serviços à entidade ou ao órgão a que se encontra vinculado. Proibição que se mantém eficaz a despeito dos contornos próprios do processo de licitação. Eis a disposição literal desse preceptivo:

Lei n.º 8.666/93

Art. 9º. Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

[...]

III - *servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.*

Nem se argumente que não é aplicável tal norma proibitiva à hipótese em testilha, tendo em vista tratar-se de situação de inexigibilidade de licitação. Com efeito, nada obstante a clareza de seu comando, que, como dito, independente das nuanças afetas à licitação, tem-se que essa norma representa verdadeira e insofismável cristalização dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa, o que garante a sua eficácia ampla e irrestrita⁸. Vale dizer: como regra geral, é vedado aos responsáveis pela feitura de contatos administrativos estabelecer relações contratuais pecuniárias com servidores públicos originários da instituição que representam.

A duas porque em tal caso já existe vínculo profissional de trabalho do servidor com o Poder Público, de maneira que qualquer prestação de afazeres daquele para este deverá ser presidida pela relação jurídica que os une originalmente.

Em verdade, a situação fático-jurídica, objeto de nossas considerações neste ponto, denota a existência e o desempenho de verdadeira função pública, subsumível às atribuições próprias (ou, ao menos, compatíveis) do cargo ou do emprego que o servidor titula. Tem-se presente, em suma, exercício de *função pública*, no sentido de “*sinônimo de atribuição e correspondente às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos*”⁹.

E não poderia ser diferente. O servidor estatal não pode escolher *ad libitum* a posição jurídica que assume ante a Ad-

⁸ A par disso, as exceções a essa norma, que se encontram dispostas nos parágrafos do art. 9º da Lei n.º 8.666/93, não afiançam interpretação em sentido contrário.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 500.

ministração quando da realização de atividades laborais. Desse modo, e como regra geral, as atividades desenvolvidas pelos servidores devem ser imputáveis ao seu cargo ou ao seu emprego, seja com base em seu núcleo de atribuições primárias, seja com base em seu núcleo de atribuições acessórias.

Nesse quadrante, fica claro que o desempenho *remunerado* da função de instrutor ou coordenador por parte de servidores estaduais deve ser previsto em diploma com status de lei, já que incide, nesse caso, o inciso X do art. 37 da CF/88. Vale citar, por oportuno, o seguinte ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Finalmente, registre-se a existência de outra importante regra, inspirada pelo mesmo intento de impor procedimentos cautelosos para a irrupção de despesas com pessoal e para a garantia do princípio da impessoalidade da Administração. Consiste na imposição de que só por lei se fixe a retribuição de cargos, funções ou empregos no Estado e em suas pessoas auxiliares de direito público. (Op. cit., p. 348)

Tanto é assim que a Lei Complementar Estadual n.º 46/94 expressamente intitula como gratificação (que deve ser regulamentada por lei) o pagamento efetuado ao servidor público em razão do exercício de encargo de professor ou auxiliar em curso oficialmente instituído, para treinamento e aperfeiçoamento funcional:

LC n.º 46/94

Art. 93. Poderão ser concedidos ao servidor público:

[...]

h) encargo de professor ou auxiliar em curso oficialmente instituído, para treinamento e aperfeiçoamento funcional;

[...]

Chegada a essa conclusão, podemos, nesta altura, tecer alguns comentários acerca das nuances jurídicas que envolvem a eventual edição de lei reguladora da matéria em comento. Isso porque é inegável a complexidade do tema, principalmente no que toca à abrangência de tal regramento, em face do grande número de cargos, empregos e, conseqüentemente, carreiras no serviço público estadual.

Para tanto, o ponto de partida será o enunciado veiculado pelo art. 104 da LC n.º 46/94, que assim se encontra disposto:

LC n.º 46/94

Art. 104. A gratificação por encargo de professor ou auxiliar em curso para treinamento e aperfeiçoamento funcional será devida ao servidor público que for designado para participar como professor ou auxiliar em curso da Escola de Serviço Público, devendo ser fixada pelo Secretário de Estado responsável pela administração de pessoal.

Como se nota de sua leitura, o artigo acima transcrito poderia embasar interpretação no sentido de que ato infralegal seria adequado para fixar o valor a ser pago a título de gratificação por encargo de professor ou auxiliar. Todavia, como já dito no parecer de minha lavra lançado no processo n.º 30403618, “vige, no atual panorama constitucional, o princípio da reserva legal em matéria de fixação e alteração da remuneração (em sentido largo) dos agentes públicos ocupantes de cargos, empregos e funções públicas, não sendo legítimo dispor sobre esse tema mediante ato normativo infralegal. Não inquina essa conclusão qualquer tipo de norma infralegal já editada em relação ao tema ou a existência de delegação legislativa que não observe tal princípio”.

Deve-se efetuar, então, uma interpretação conforme a Constituição, a fim de garantir a validade da norma encarta-

da no art. 104 em destaque. E será o resultado de tal exegese corretiva que servirá de norte para a demarcação dos limites ligados à amplitude da lei que venha fixar o valor da hora/aula.

Posto isso, tem-se que o sentido prescritivo constitucionalmente válido que se pode imputar ao art. 104 é a determinação normativa de que a fixação do valor da gratificação em tela deverá ser homogênea para todos os servidores que prestam serviços à Escola de Serviço Público do Espírito Santo, a despeito dos inúmeros cargos, empregos ou funções desenvolvidas pelos instrutores e coordenadores.

Realmente, o art. 104, ao determinar que cabe ao Secretário de Estado responsável pela administração de pessoal fixar a gratificação devida ao servidor público que for designado para a ESESP, indica, na verdade, que o padrão remuneratório em questão independe do cargo ou da carreira ocupado pelo servidor-professor, de modo que tal remuneração deverá variar tão-somente de acordo com o destinatário.

É por isso que a lei em foco determina que cabe ao Secretário responsável pela administração de pessoal fixar a gratificação, já que ele tem melhores condições de apreciar, numa fase pré-legislativa, o valor geral mais apropriado para tal verba remuneratória.

Tal padrão deve ser aplicado aos demais casos que envolvem a determinação de valor de hora/aula para cursos de aperfeiçoamento.

Assim, a legislação capixaba a ser editada deverá ter como parâmetro para a fixação do valor da hora/aula a entidade ou o órgão destinatários dos serviços prestados pelo servidor instrutor ou coordenador, e não a carreira, cargo ou emprego deste (“origem” do servidor). Isto é: deverá existir para cada escola ou curso existente (ESESP, ACADEPOL, NUEFS, entre outros) lei específica para fixar o valor a ser

pago ao servidor estadual que atue como instrutor, coordenador ou auxiliar, sem prejuízo de eventual paridade de valor e da aplicação subsidiária da lei da ESESP para os casos omissos, caso assim entenda o legislador.

3 Conclusão

Do exposto, conclui-se que:

- a) não é imprescindível que lei fixe a remuneração dos instrutores e dos coordenadores externos (ou seja, particulares contratados) dos cursos de capacitação e aperfeiçoamento de pessoal. É possível que nesse caso o próprio contrato de prestação de serviços preveja tal remuneração, desde que respeitadas as normas orçamentárias;
- b) todavia, nada impede que lei de iniciativa do Poder Executivo discipline a questão concernente ao valor da hora/aula a ser pago aos contratados externos, que venham a desempenhar atividades nos cursos de capacitação dos servidores estaduais;
- c) a criação de “cadastro de docentes”, para fins de contratação direta de instrutores e coordenadores, deve ser efetuada com extrema cautela pela Administração, na medida em que as peculiaridades concretas de tal “quadro” poderão indicar ausência de singularidade do serviço objeto de contratação, bem como a existência de mercado concorrencial, tornando inevitável a realização de licitação;
- d) a remuneração devida aos servidores estaduais que desempenhem função de instrutor ou coordenador nos cursos de aperfeiçoamento deve ser fixada em diploma normativo com status de lei, já que incide, no caso, o inciso X do art. 37 da CF/88;

e) a legislação capixaba a ser editada sobre esse tema deverá ter como parâmetro para a fixação do valor da hora/aula a entidade ou o órgão destinatários dos serviços prestados pelo servidor instrutor ou coordenador, e não a carreira, cargo ou emprego deste. Isto é: deverá existir para cada escola ou curso existente (ESESP, ACADEPOL, NUEFS, entre outros) lei específica para fixar o valor a ser pago ao servidor estadual que atue como instrutor, coordenador ou auxiliar, sem prejuízo de eventual paridade de valor e da aplicação subsidiária da lei da ESESP para os casos omissos, caso assim entenda o legislador.

Em razão do caráter administrativo do tema, entendo necessário que, a par da aprovação do Procurador Chefe do Centro de Estudos, seja o presente parecer também objeto de apreciação por parte da Subprocuradora Geral para Assuntos Administrativos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Vitória, 16 de março de 2006.

BRUNO COLODETTI
Procurador do Estado

2.3

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS REMUNERATÓRIAS DE CARGO EM COMISSÃO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS RECEBIDAS POR SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EFETIVO – ESTUDO DE CASO CONCRETO

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN*

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELA REMUNERATÓRIA RELATIVA A CARGO EM COMISSÃO E A TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, EM RAZÃO DO SEU EXERCÍCIO E GOZO POR AGENTE PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO DE PROVIMENTO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 40, *CAPUT*, E PARÁGRAFO 3^o, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COM A REDAÇÃO QUE LHE CONFERIU A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2003. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO ARTIGO 34, PARÁGRAFO 1^o, DA LEI N.º 3189/99 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

- 1 Este trabalho originou-se de caso prático vivenciado na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em que se questionava, em síntese, a possibilidade jurídica de incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias auferidas em razão do exercício de cargo em comissão e de terço constitucional de férias por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Cândido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV, da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAP/PGE/RJ, da Universidade Federal Fluminense – UFF, e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Autor do livro “Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras”, pela editora Lumen Juris.

- 2 A indagação supra busca saber, em verdade, se servidor público estatutário, ocupante de cargo de provimento efetivo, que exerce cargo comissionado ou função de confiança, deve sofrer descontos nesta última parcela remuneratória (cargo em comissão) sob a rubrica contribuição previdenciária. Mais: se as parcelas recebidas por servidores ocupantes de cargos de provimentos efetivos, referentes a terço constitucional de férias e outras gratificações não incorporáveis à remuneração, podem também ser objeto do mesmo desconto previdenciário.
- 3 Faz-se necessário, antes de aprofundar a discussão de mérito que envolve o questionamento acima, destacar os dispositivos legais a ele pertinentes, mormente no que diz respeito ao conjunto de normas afetas ao Estado do Rio de Janeiro.
- 4 Mencione-se, em primeiro lugar, o artigo 40 e o parágrafo 3º, da CRFB-88, com a redação que lhes conferiu a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003:

“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.

(...).

Parágrafo 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.”*

- 4.1 Do dispositivo constitucional acima transcrito pode-se constatar, desde logo, que a base de cálculo das contribuições previdenciárias não mais será composta da integralidade da remuneração percebida pelos agentes públicos, mas sim da média aritmética extraída das parcelas que compõem a remuneração dos servidores, durante determinado período de contribuição. A norma constitucional, porém, apresenta-se de natureza contida, cuja eficácia dependerá de regulamentação legislativa, que terá a incumbência de definir as parcelas remuneratórias que integrarão a base de cálculo de incidência da contribuição previdenciária e, assim, formarão o valor a ser percebido pelo agente público ou pensionista a título de aposentadoria ou pensão previdenciária.
- 5 No âmbito federal foi promulgada a Lei Nacional n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, que, no artigo 1º e parágrafo 2º, dispõe:

“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 par. 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional n.º 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.

(...)

Par. 2º – A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências

a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.”

5.1 O artigo 4º, parágrafos 1º, inciso VIII, e 2º, da Lei Nacional n.º 10.887/2004, por sua vez, dispõe:

“Art. 4º – A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

Par. 1º – Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...)

VIII – a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança.

(...)

Par. 2º – O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no artigo 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no parágrafo 2º do art. 40 da Constituição Federal.”

- 6 Nota-se, à luz dos dispositivos legais acima transcritos, que, no âmbito federal, as parcelas percebidas em razão do exercício de cargo em comissão

ou de função de confiança foram, expressamente, excluídas da base de cálculo que determinará o valor dos proventos de aposentadoria e das pensões previdenciárias, razão por que não poderão ser objeto, *salvo expressa opção do servidor* (art. 4º, par. 2º, da Lei Federal n.º 10.887/04), de incidência de contribuição previdenciária.

- 7 Tendo em vista que, nos termos do artigo 24, inciso XII, da Constituição da República de 1988, é concorrente a competência da União Federal, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre previdência social, cabe analisar a possibilidade (ou não) de incidência de contribuição previdenciária sobre parcela remuneratória percebida por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo do Estado do Rio de Janeiro em razão do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, do terço constitucionalmente estabelecido quando do gozo de férias, bem como sobre parcelas percebidas com natureza precária ou com natureza de indenização por serviços extraordinários.
- 8 Antes de se analisar a legislação previdenciária do Estado do Rio de Janeiro é importante fixar uma premissa que norteará a argumentação desenvolvida neste trabalho: *a Constituição da República de 1988, no artigo 40, parágrafo 3º, estabeleceu que os proventos de aposentadoria e de pensões serão constituídos dos valores que forem objeto de contribuição previdenciária, isto é, do valor que formar a base de cálculo de incidência da contribuição previdenciária, que deverá ser estabelecida em lei.* Neste sentido, a União Federal, valendo-se da competência constitucional que lhe conferiu o artigo 24, inciso XII, editou norma geral (Lei Nacional n.º 10.887/2004),

de observância obrigatória pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art. 1º par. 2º), *estabelecendo que a base de cálculo da contribuição previdenciária deverá ser a remuneração percebida pelo agente público em razão do exercício do cargo de provimento efetivo.*

9 Fixada esta premissa, cabe dizer que no Estado do Rio de Janeiro as regras que disciplinam as relações jurídicas previdenciárias dos agentes públicos estão contidas nas Leis Estaduais n.ºs 285/79 e 3.189/99.

9.1 A Lei Estadual n.º 285/1979 dispõe, no artigo 13 e parágrafo único, que:

“Art. 13 - Considera-se vencimento-base, para os fins desta lei, a remuneração integral correspondente ao mês de trabalho ou à totalidade do provento mensal, computadas todas as importâncias recebidas a qualquer título, inclusive gratificações de quaisquer espécies, não consideradas as deduções ou a parte não paga por falta de frequência integral.

Parágrafo único - Não se incluem no vencimento-base as gratificações eventuais ou por serviços extraordinários, o salário-família, as diárias de viagem, a ajuda de custo e outros pagamentos de natureza indenizatória.”

9.2 A Lei Estadual n.º 3.189/99, com a redação que lhe conferiu a Lei Estadual n.º 4.275, de 05 de fevereiro de 2004, por sua vez, estabeleceu nos artigos 33 e 34, *verbis*:

“Art. 33 - A contribuição a que se refere o art. 14, inciso I, desta Lei será devida pelos servidores públicos estatutários, ativos e inativos, do Estado do Rio de Janeiro, suas autarquias e fundações, bem como pelos beneficiários de pensão por morte de servidor público estadu-

al estatutário sob a alíquota de 11% (onze por cento) passando, a partir do nonagésimo dia após a data de entrada em vigor desta Lei, a ser arrecadada a favor do RIOPREVIDÊNCIA e a compor suas receitas.”

“Art. 34 - A contribuição prevista no artigo anterior incidirá sobre a seguinte base de cálculo:

I – no caso de servidor público estatutário aposentado, sobre o montante de seus proventos de aposentadoria que exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição da República; (NR)

II – no caso de beneficiário de pensão por morte de servidor público estatutário, sobre o montante de seu benefício previdenciário que exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição da República;

III – no caso de servidor público estatutário ativo e demais destinatários da presente Lei, a remuneração mensal integral.

§ 1º - *Na determinação da base de cálculo referida nos incisos I a III do caput deste artigo serão computadas todas as importâncias integrantes das remunerações percebidas pelo servidor ou pensionista, a qualquer título, inclusive gratificações de quaisquer espécies, não consideradas as deduções, a parte não paga por falta de frequência integral e as parcelas referidas no § 2º deste artigo.*

§ 2º - Não serão consideradas, para a apuração da base de cálculo referida no caput deste artigo, as gratificações por serviços extraordinários, o salário-família, as diárias de viagem, a ajuda de custo e outros pagamentos de natureza indenizatória.”

10 Cabe observar, em um primeiro momento, que a legislação do Estado do Rio de Janeiro não determi-

nou, expressamente, como o fez a Lei Nacional n.º 10.887/04 – *nesta parte aplicável somente aos Poderes da União Federal* –, que os valores percebidos em razão do exercício de cargo em comissão estariam fora da base de cálculo para fins da concessão de aposentadoria ou de pensão previdenciária e, por isso, não sofreriam incidência do desconto previdenciário.

- 11 Ao contrário, o artigo 34, parágrafo primeiro, da Lei Estadual n.º 3.189/99, quando aduz que “*serão computadas todas as importâncias integrantes das remunerações percebidas pelo servidor ou pensionista, a qualquer título, inclusive gratificações de quaisquer espécies*”, se interpretado literalmente, pode conduzir à conclusão de que nele encontra-se implícita a possibilidade – *e, talvez, o dever* – de incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela de remuneração referente a cargo comissionado, percebida por agente público ocupante de cargo público de provimento efetivo.
- 12 Com a vênua devida, pensa-se não ser esta a correta interpretação do dispositivo legal citado, tendo em vista o problema jurídico que se pretende enfrentar neste trabalho. Diga-se mais: a interpretação literal do artigo 34, parágrafo primeiro da Lei Estadual n.º 3.189-99 – *que permitiria a cobrança de contribuição previdenciária sobre a parcela remuneratória referente ao exercício do cargo em comissão por agentes públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo* – afigura-se inconstitucional, conforme abaixo tentarei demonstrar.
- 13 Como já se adiantou acima, à luz da disposição contida no artigo 24, inciso XII, da Constituição da Re-

pública de 1988, é concorrente a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre previdência social, pública ou privada, tendo em vista que não houve limitação do tema por parte do legislador constituinte.

- 14 É de conhecimento convencional – *e isso decorre das regras contidas nos parágrafos primeiro e segundo do mencionado artigo 24, da CRFB-88* – que, nos casos de competência legislativa concorrente entre os entes federados, à União Federal compete estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal a competência para a edição de legislação suplementar.
- 15 No caso em exame, a União Federal editou a Lei Nacional n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, dispondo em seu artigo 1º que *“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 par. 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional n.º 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”*. E acrescentou, no parágrafo segundo, que *“a base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.”*

- 16 Ora bem: a União Federal exerceu sua competência legislativa constitucionalmente garantida no artigo 24, parágrafo primeiro, da CRFB-88, e trouxe ao mundo jurídico – *no parágrafo segundo do artigo 1º, da Lei Nacional n.º 10.887/2004* – norma geral sobre a base de cálculo dos proventos de aposentadoria e de pensões deixadas por servidores públicos, que deve ser respeitada e seguida, obrigatoriamente, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.
- 17 Constata-se, assim, que a União Federal estabeleceu, de forma cogente aos Poderes de todos os entes federados, que a base de cálculo dos proventos de aposentadoria e pensões – *e, assim, para fins de incidência de contribuição previdenciária* – será a remuneração do servidor no cargo efetivo, não sendo possível e legítimo que os Estados e o Distrito Federal exerçam sua competência legislativa suplementar para dispor, explícita ou implicitamente, que a remuneração percebida por servidor ocupante de cargo de provimento efetivo a título de cargo comissionado esteja sujeita à tributação via contribuição previdenciária – *sem a devida contraprestação* –, sob pena de restarem violados o artigo 24, XII e os parágrafos primeiro e segundo da Constituição da República de 1988.
- 18 Por outro lado, cabe mencionar que a interpretação literal do artigo 34, parágrafo primeiro, da Lei Estadual n.º 3.189/99 poderá conduzi-lo a outra inconstitucionalidade material, em razão da violação das regras insertas nos artigos 3º, inciso I e 40, parágrafo 3º, ambos da CRFB-88. Explica-se.
- 19 O artigo 40, par. 3º, da CRFB-88, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n.º 41/03,

determina que os proventos de aposentadoria, quando de sua concessão, terão como fonte para fixação da base de cálculo as contribuições realizadas pelo servidor, isto é, que o valor dos proventos de aposentadoria terão como base de cálculo para a sua fixação as parcelas que foram objeto de incidência de contribuição previdenciária.

- 20 O dispositivo legal acima citado evidencia a opção do Estado brasileiro pelo regime previdenciário contributivo e retributivo, tendo em vista que não admite a incidência de contribuição previdenciária, de forma cogente, sobre parcelas que não poderão ser incorporadas aos proventos de aposentadoria (ou de pensões) dos servidores públicos que exercem cargos de provimento efetivo.
- 21 E a razão é intuitiva e está em consonância com a regra prevista no artigo 3º, inciso I, da própria CRFB-88, que elege, expressamente, a justiça e a solidariedade como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.
- 22 Seria por demais irrazoável, e, por isso, inconstitucional, admitir que a Lei Estadual 3.189/99, no artigo 34, par. 1º, teria determinado a incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela remuneratória de cargo comissionado, exercido por servidores públicos que ocupam cargo de provimento efetivo, sem prever que esta verba seja incluída na base de cálculo para fins de concessão de proventos de aposentadoria ou de pensões.
- 23 Do raciocínio acima desenvolvido pode-se concluir que não será possível ao Estado-membro ou ao Distrito Federal, no exercício de sua competência legislativa suplementar, fazer incidir contribuição pre-

videnciária sobre parcela que não poderá fazer parte da base de cálculo para fins de concessão de aposentadoria ou de pensão, eis que não haverá para o servidor descontado, em retribuição, um benefício previdenciário correspondente.

- 24 Sobre a inadmissibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre parcela remuneratória percebida por servidor público de provimento efetivo em razão do exercício de cargo em comissão ou função gratificada, mencione-se a doutrina de MAURO RIBEIRO BORGES, *verbis*:

“(...). Afinal, é devida ou não contribuição sobre verbas que não irão compor o futuro benefício previdenciário?

(...).

A despeito de o texto constitucional não ter determinado a adoção de um ou outro modelo (o que não era mesmo de sua competência), este, ao atrelar a contributividade do Regime Funcional a critérios que lhe preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e vincular o valor do benefício à remuneração do cargo efetivo, a nosso ver, consagrou o princípio de que a contribuição previdenciária do servidor deve ser calculada com base na remuneração de seu cargo efetivo, mesmo que ocasionalmente ocupando cargo comissionado, exercendo função de confiança em locais diferenciados, sua remuneração seja maior.

Desse modo, por uma questão de equidade e respeito ao esforço contributivo, apenas as vantagens efetivas de que o servidor é titular deverão formar a base de cálculo da contribuição previdenciária e compor o futuro benefício”¹.

¹ BORGES, Mauro Ribeiro. *Previdência funcional e regimes próprios de previdência*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 130-131.

25 Em abono ao que acima se defende e especificamente sobre a impossibilidade de fazer incidir contribuição previdenciária sobre parcela recebida em razão do exercício de cargo em comissão por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, traz-se à colação o entendimento da jurisprudência firmada no Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO MELLO:

“(…)

Despacho:

DECISÃO CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - FUNÇÃO EM COMISSÃO - ENFOQUE ADMINISTRATIVO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL - AGRAVO PROVIDO - CONVERSÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1 O Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso ordinário em mandado de segurança, ante fundamentos assim sintetizados à folha 11: CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO COMISSIONADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. PRECEDENTE. 1 A contribuição social do servidor público, que incide também sobre a função em comissão, não viola os princípios da isonomia, da proporcionalidade ou da vedação ao confisco, visto que estes valores financiam não só a previdência social, mas também os direitos relativos à saúde e à assistência social. 2 A circunstância de os valores percebidos por servidor público, em decorrência do exercício de função comissionada, não se incorporarem aos proventos de sua aposentadoria, não tem o condão de fazer com que esses valores deixem de integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária. 3 “A previdência social não é limitada à aposentadoria, mas também a uma série de serviços a que o servidor comissi-

onado tem direito, tais como licença para tratamento de saúde, licença à gestante, licença paternidade, licença por acidente de serviço etc. Neste contexto, impossível o oferecimento destes serviços sem uma contraprestação que assegure a fonte de custeio respectiva. Inteligência do § 5º, do art. 195, da Lex Mater.” (ROMS n.º 12356/DF, 1ª Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 17/09/2001). 4 Recurso não provido. Nas razões do extraordinário, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, articula-se com a ofensa ao artigo 40 da Carta Política da República, cabeça e §§ 3º e 4º. Aponta-se que a Emenda Constitucional n.º 20 “imprimiu natureza sinalagmática e atuarial ao regime de previdência do servidor público”. Assevera-se que o novo sistema instituiu a “vinculação entre os valores descontados e os benefícios que serão recebidos”. Daí concluir-se que “sobre uma parcela ou vantagem recebida, mas que não se integrará à futura aposentadoria, não poderá incidir o desconto previdenciário, pois não se converterá em benefício”. Afirma-se que entendimento em sentido contrário importará em tributação sem causa eficiente e sem contraprestação, o que equivaleria a confisco. Argumenta-se com a circunstância de a Lei n.º 9527/97 ter implicado a “eliminação” dos parágrafos do artigo 62 da Lei n.º 8112/90. Alega-se que a “exigência de contribuição previdenciária sobre parcelas não incorporáveis das funções de confiança se configura como imposto adicional sobre a renda”, a incidir sobre a mesma base de cálculo do imposto de renda. Diz-se que o “servidor ativo que recebe função comissionada terá como base de cálculo, para fins de contribuição, tão-somente a remuneração do seu cargo efetivo, de acordo com a regulamentação trazida pela Lei n.º 9783/99”. Entende-se que acabaram violados os princípios da proporcionalidade e da isonomia, porquanto “a supressão do artigo 231 da Lei n.º 8112/90 pelo artigo 8º da Lei n.º 9783/99 desautorizou a cobrança de contribuições tendentes ao custeio, pelo servidor, da Seguridade Social”. Finaliza-se com menção à decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucional-

dade n.º 2010-DF, mediante a qual foi suspensa a eficácia do artigo 2º da Lei n.º 9.783/99 (folha 18 a 35). O juízo primeiro de admissibilidade entendeu que não houve o indispensável prequestionamento, aludindo aos Verbetes 282 e 356 da Súmula desta Corte (folhas 43 e 44). No agravo de folha 2 a 10, reiteram-se as razões expendidas no recurso cuja seqüência se almeja. Discorre-se sobre a observância do prequestionamento, ainda que de forma implícita. A agravada, apesar de regularmente intimada, não apresentou contraminuta (folhas 57 e 57-verso). 2 Na interposição deste agravo foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. Os agravantes providenciaram o traslado das peças obrigatórias previstas em lei e respeitaram o prazo de dez dias. A decisão atacada foi veiculada no Diário de 4 de outubro de 2002, sexta-feira (folha 45), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 16 subsequente, quarta-feira (folha 2). Registro estar a peça subscrita por profissional da advocacia credenciado pelas procurações de folha 46 a 55. *Muito embora comungue com o entendimento constante do acórdão impugnado mediante o recurso extraordinário, o Plenário desta Corte, na sessão administrativa de 18 de dezembro de 2002, concluiu em sentido diametralmente oposto, assentando que não cabe a incidência da contribuição social sobre a parcela em comento, uma vez que é estranha aos cálculos dos proventos da aposentadoria.* 3 Sendo essa a situação e, portanto, diante da óptica da ilustrada maioria, conheço do agravo e o provejo, assentando o enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Carta da República. *Converto o agravo em recurso extraordinário.* Autue-se, distribuindo-se na forma regimental e vindo-me, a seguir, conclusos os autos. 4 Publique-se. Brasília, 1º de abril de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.” (AI 453182-DF – AGRAVO DE INSTRUMENTO. STF. Relator Min. MARCO AURÉLIO MELLO. Pub. DJU 10-05-2004, p. 39.)

- 25.1 Como se vê, com a ressalva do entendimento pessoal do Ministro Marco Aurélio Mello, o E. Supremo Tribunal Federal assentou entendimento, inclusive em Sessão Administrativa, no sentido de que a parcela remuneratória percebida por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, no exercício de função comissionada, não integra a base de cálculo para fins de incidência de contribuição previdenciária.
- 25.2 No mesmo sentido, hoje de forma tranqüila e inde-
ne de maiores discussões², apresenta-se a jurisprudência consolidada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO COMISSIONADA NÃO INCORPORÁVEL. LEI 9.783/99. NÃO-INCIDÊNCIA.

- 1 A EC 20/98, dando nova redação ao art. 40, § 3º, da Constituição Federal, alterou a sistemática da previdência social, passando a aposentadoria a ser calculada com base exclusivamente no cargo efetivo, não mais se incluindo o cargo em comissão ou função comissionada. Também a Lei 9.527, de 10.12.97, que revogou o 193 da Lei 8.112/90, vedou a incorporação de quintos, além de não mais permitir que, por ocasião da aposentadoria, os servidores optassem por receber, como proventos, os valores totais da remuneração da FC ou os da opção (parte da remuneração total da FC acompanhada da remuneração do cargo efetivo).
- 2 As novas regras introduzidas pela EC n.º 20/98 tiveram sua eficácia diferida por seu art. 12 até a edi-

² Digno registrar que até o ano de 2001 o E. Superior Tribunal de Justiça mantinha o entendimento de que era possível a incidência de contribuição previdenciária sobre cargos em comissão, mesmo quando exercidos por servidores ocupantes de cargo público de provimento efetivo. Nesse sentido, confira-se, por todos, o ROMS nº 12.356-DF – STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, pub. DJ de 17-09-2001, p. 109.

ção da nova lei que viesse a dispor sobre as contribuições para os regimes previdenciários, o que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 9.783/99, em 29.01.1999. A partir de então, é indevido o desconto previdenciário incidente sobre a gratificação pelo exercício de função comissionada, em virtude da supressão de sua incorporação aos proventos da aposentadoria, visto que a contribuição não pode exceder ao valor necessário para o custeio do benefício previdenciário. Precedentes.

- 3 Recurso especial provido.” (RESP 605546 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2003/0183583-5. 1ª Turma – STJ. Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgamento em 25-05-2004. Pub. DOJ 07-06-2004, p. 170)

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL: PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - PREVIDÊNCIA ESTADUAL.

- 1 O acórdão recorrido, embora não tenha feito menção expressa dos artigos de lei, adotou a tese acolhida pela sentença, o que configura o prequestionamento implícito.
- 2 A previdência a cargo do Estado do Paraná não dá ensejo à aposentadoria dos servidores ocupantes de cargo em comissão, incluindo-os, assim, no regime geral da previdência.
- 3 Recurso especial improvido.” (RESP 501181 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2003/0023912-6. 2ª Turma. STJ. Ministra ELIANA CALMON. Julg. 18-11-2003. Pub. DJU 15-12-2003, p. 265.)

“RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL - FUNÇÃO COMISSIONADA - INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO

- IMPOSSIBILIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98 - LEI N. 9.783/99.

O arcabouço previdenciário vigente está esteado em bases rigorosamente atuariais, de sorte que, se não houve lamentáveis distorções, deve haver sempre equivalência entre o ganho na ativa e os proventos e as pensões da inatividade.

Por essa razão, é defeso ao servidor inativo, em vista da nota contributiva do regime previdenciário, perceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se deu a aposentação.

Se é certo que no ensejo da aposentadoria não será percebida a retribuição auferida na ativa concernente ao exercício de cargo em comissão, não faz o menor sentido que sobre o percebido a título de função gratificada incida o percentual relativo à contribuição previdenciária (cf. ROMS 12.686/DF, Relatora Min. Eliana Calmon, DJU 05.08.2002 e ROMS 12.590/DF, Relator Min. Milton Luiz Pereira, DJU 17.06.2002). Recurso ordinário provido.” (ROMS 12455 / MA ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2000/0101036-0. 2ª Turma. STJ. Ministro FRANCIULLI NETTO. Julg. 01-04-2003. Pub. DJU 12-05-2003, pág. 236.).

“PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - SERVIDORES COMISSIONADOS - BASE DE CÁLCULO - LEI 9.783/99.

- 1 Os servidores que exercem cargos em comissão, funções comissionadas ou gratificadas, pela Lei 9.783/99 (art. 2º), passaram a recolher com base na remuneração e mais o valor da função, mesmo não integrando a gratificação a base de cálculo para a auferição dos futuros proventos.
- 2 Entendimento administrativo do STJ no sentido de só fazer incidir a contribuição sobre os vencimentos

do cargo efetivo, porque suspensa a eficácia do art. 2º da Lei 9.783/99 pelo STF (ADIN 2.010/DF, rel. Min. Celso de Mello).

- 3 Recurso ordinário provido.” (ROMS 12686 / DF ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2000/0129600-0. 2ª Turma STJ. Rel. Min. ELIANA CALMON. Julg. 28-05-2002. Pub. DJU 05-08-2002, p. 219)

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FUNÇÃO COMMISSIONADA. A Turma deu provimento ao recurso entendendo que não incide a contribuição previdenciária – prevista na Lei n. 9.783/1999, uma vez suspensa a eficácia do seu art. 2º (ADIN 2.010-DF) – sobre as parcelas recebidas pelo exercício de cargos em comissão, funções comissionadas ou gratificações, em razão da exclusão daquelas do sistema de aposentadoria ou pensões. Precedente citado: RMS 12.530-DF, DJ 17/6/2002. (2ª Turma - STJ - RMS 17.618-DF, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgado em 21/9/2004. Noticiado no Informativo de Jurisprudência do STJ n.º 222, disponível no sítio www.stj.gov.br. Consulta realizada em 14/10/2004).

- 25.3 Como se observa, o entendimento da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça restou sedimentado no sentido de que não podem ser objeto de incidência de contribuição previdenciária parcelas percebidas por agentes públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo que não venham a integrar os proventos de aposentadoria ou de pensões previdenciárias.
- 26 Poder-se-ia contra-argumentar a tese até aqui desenvolvida mediante a invocação do entendimento recém-firmado pelo E. Supremo Tribunal Fede-

ral quando do julgamento da ADI n.º 3015³, em que se concluiu pela constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de inatividade e pensões. As situações, porém, são absolutamente distintas, uma vez que, naquele caso, era e é perfeitamente plausível a tese à luz do princípio da solidariedade social e intergeracional, uma vez que foi apenas a partir da Emenda Constitucional n.º 03/93 que os agentes públicos passaram a participar do custeio de suas aposentadorias e pensões⁴. Assim, a decisão do Supre-

³ “EMENTAS: 1 Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional n.º 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC n.º 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2 Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC n.º 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC n.º 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC n.º 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.” (ADI 3105 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Rel. Acórdão. Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 18/08/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123)

⁴ Luis Roberto Barroso, em trabalho doutrinário a respeito da Reforma Previdenciária instituída pela Emenda Constitucional n. 41-03, analisa, de forma percuciente, as causas da crise da Previdência Social no Brasil. Dentre elas ressalta, *verbis*: “1. *Inexistência de contribuição dos servidores civis para a aposentadoria, como regra, até o advento da Emenda Constitucional n. 3, de 1993 (embora houvesse contribuição para pensões). Ainda hoje, os militares não contribuem para a aposentadoria, mas somente para pensões e assistência médica;*” em Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 456. (Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari).

mo Tribunal Federal, em verdade, apenas veio a corrigir uma situação de desigualdade entre os elementos de custeio (ônus) e recebimento de benefícios (proveito), exatamente em respeito e aplicação do binômio contribuição-retribuição.

- 26.1 No caso em discussão, o princípio da solidariedade social, consagrado no artigo 40, da CRFB-88, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n.º 41/03, deve ser interpretado e ponderado à luz do princípio da justiça social, previsto no artigo 3º, inciso I, da CRFB-88 – *que o erige ao patamar de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil* –, uma vez que seria por demais injusto⁵ fazer incidir desconto previdenciário em parcelas remuneratórias (v.g., cargo em comissão, função de confiança, terço constitucional de férias, gratificações em razão de serviços esporádicos e extraordinários – ex.: substituição de outro agente público em razão do gozo de férias etc) – de agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, sem que se garanta a tais servidores o direito de verem incorporados esses valores aos proventos de inatividade e às pensões previdenciárias.
- 26.2 Em conclusão parcial, o artigo 34, parágrafo primeiro da Lei Estadual n.º 3.189/99, não pode ser interpretado literalmente, de modo a fazer incidir a contribuição previdenciária sobre parcela remuneratória referente a cargo comissionado, função de confiança, terço constitucional de férias e de ou-

⁵ Sobre a necessidade de se interpretar as normas jurídicas levando em conta o ideário de justiça, digno mencionar a lição de JOHN RAWLS, *verbis*: “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas do pensamento. Uma teoria, por mais elegante ou parcimoniosa que seja, deve ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, não obstante o serem eficazes e bem concebidas, devem ser reformadas ou abolidas se forem injustas”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

tras gratificações sem natureza permanente, percebida por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo – *sem que estas parcelas possam integrar os proventos de inatividade ou pensões previdenciárias* – sob pena de ser reputado inconstitucional, tendo em vista a contrariedade aos artigos 24, inciso XII, parágrafos 1º e 2º, 40, *caput*, e seu parágrafo 3º, ambos da Constituição da República de 1988.

26.3 Mas a inconstitucionalidade de uma norma só deve ser reconhecida quando a sua incompatibilidade com o texto constitucional for manifesta e não for possível a sua interpretação à luz do próprio texto da Constituição, de modo a afastar a inconstitucionalidade.

26.4 Neste contexto, o artigo 34, parágrafo 1º da Lei Estadual n.º 3.189/99, deve sofrer controle de constitucionalidade por parte da Administração Pública⁶ quando de sua interpretação, ou pelo Poder Judiciário, caso provocado, por meio da aplicação do método de interpretação conforme a Constituição, em que o intérprete busca, dentre outras variantes possíveis, uma leitura da norma legal que a compatibilize com a Constituição Federal, excluindo, expressamente, uma outra interpretação que a conduza à sua inconstitucionalidade.

⁶ Sobre o dever de o Poder Executivo adotar postura ativa no controle administrativo da constitucionalidade das leis, confira-se a lição de Gustavo Binenbojm, *verbis*: "(...). Os Poderes Executivo e Legislativo não são, assim, meros sujeitos passivos do controle da constitucionalidade, exercendo também, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, o poder-dever de atuar como sujeito ativo na preservação dos princípios e regras constitucionais. O princípio, portanto, é não descumprir a Constituição e não permitir que se a descumpra." Sobre a possibilidade de o Poder Executivo negar aplicação à lei que reputar inconstitucional, asseverou o autor, *verbis*: "A segunda vertente é aquela empreendida em sede administrativa, no âmbito interno do próprio Poder Executivo. Trata-se da possibilidade, reconhecida ao Chefe do Poder Executivo, de negar aplicação a uma lei que lhe pareça inconstitucional. Negativa de aplicação por decisão auto-executória, independente de qualquer pronunciamento prévio do Poder Judiciário, a partir da simples constatação desta incompatibilidade da lei com a Constituição, mas sujeita sempre, por provocação de qualquer interessado, ao reexame do judicial". BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 202-203.

27 O critério de interpretação conforme a Constituição pode ser bem compreendido nas palavras de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *verbis*:

“O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição ‘mas contra legem’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo que através dessa interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição”⁷. (Itálicos no original)

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, p. 1089-1190.

27.1 LUIS ROBERTO BARROSO também analisa o princípio da interpretação conforme a Constituição, e, dada a sua importância para o raciocínio desenvolvido neste trabalho, transcreve-se, a seguir, trecho de sua obra em que o tema foi abordado, *verbis*:

“A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos administrativos, que também põe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes:

- 1) Trata-se de uma escolha da interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar o sentido possível para norma que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, prossegue-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico,

mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

(...). Nota-se que o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal”⁸.

- 28 Em razão do exposto, à luz do princípio da interpretação conforme a Constituição, deve-se afastar, expressamente, qualquer interpretação do artigo 34, parágrafo 1º, da Lei n.º 3.189/99, do Estado do Rio de Janeiro, que admita a incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias percebidas por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, em razão do exercício de cargo comissionado, função de confiança, terço constitucional de férias ou de outras parcelas transitoriamente percebidas, que não serão incorporadas quando de sua aposentadoria.
- 28.1 Assim, deve-se interpretar o artigo 34, parágrafo 1º, da Lei Estadual n.º 3.189/99 conforme o artigo 40, *caput* e seu parágrafo 3º, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n.º 41/03, regulamentado pela Lei Nacional n.º 10.887, de 18 de junho de 2004 (art. 1º, par. 2º), de modo a excluir a incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias percebidas por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo, em razão do exercício de cargo comissionado, função de confiança, terço constitucional de férias ou de outras parcelas transitoriamente percebidas, somente admitindo a exação em caso de

⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 174-175.

alteração da legislação estadual, no sentido de permitir a incorporação de tais parcelas remuneratórias, após o decurso de determinado lapso temporal, nos proventos de aposentadoria e nas pensões previdenciárias⁹.

28.2 Sobre a possibilidade de se realizar interpretação de normas conforme a Constituição da República, condicionando as conclusões até que sobrevenha alteração na legislação interpretada, importante mencionar o entendimento fixado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“OBRIGATORIEDADE DE SEGURO GARANTIA. O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TJ-RJ, que julgara improcedente pedido de representação de inconstitucionalidade proposta contra a Lei complementar 35-98, do Município do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o licenciamento de obras de projetos de construção de entidade multifamiliares ou comerciais e exige das empresas de construção civil a prévia apresentação de apólice de seguro de garantia da obra, com a finalidade de proteger a relação contratual estabelecida com os futuros compradores dos imóveis, e contra o Decreto 16.712-98 que a regulamentou, a fim de emprestar às normas municipais interpretação conforme a Constituição Federal, e julgá-las ineficazes a partir da data da publicação da Medida Provisória 2.221-2001. Entendeu-se que a exigência da apresentação prévia da apólice de seguro garantia

⁹ Digno mencionar que o instituto da incorporação foi extinto no Estado do Rio de Janeiro, por intermédio das Leis Estaduais n. 2.565, de 05-06-1996, e 3.185, de 05-02-1999. O art. 1º da Lei Estadual 2.565-96: “Fica extinto, no âmbito da Administração Pública dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, o instituto da incorporação, como direito ou vantagem pessoal, de valores correspondentes a símbolos de cargos em comissão, funções gratificadas, de mandatos e equivalentes, nos termos da legislação anterior em vigor.”

estaria dentro dos limites da competência municipal de legislar sobre assunto de interesse local, no caso, os requisitos para concessão de licenciamento para construção de imóveis no território do Município (CF, art. 30, I), visto que as normas impugnadas não teriam criado seguro, cuja competência caberia à União (CF, art. 22, VII), mas apenas exigido seguro, cuja obrigatoriedade norma federal estabelecera (Decreto-lei 73-66: “Art. 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: ... e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis;”). Não obstante, ressaltou-se o fato de que essa obrigatoriedade teria sido extinta, em face da revogação da alínea e do art. 20 do Decreto-lei 73-66 pelo art. 4º da Medida Provisória 2.221, publicada em 6.9.2001, que alterou a Lei 4.591-64 e instituiu o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. *Concluiu-se que, em razão disso, a LC 35-98 e seu Decreto regulamentador não têm eficácia plena e aplicabilidade até que sobrevenha legislação federal que restabeleça a compulsoriedade do mencionado seguro garantia.* Vencido o Min. Marco Aurélio, que conhecia do recurso, mas lhe negava provimento, sob o fundamento de que o advento da MP 2.221-2001 seria fato superveniente que não poderia ser considerado no recurso extraordinário, cuja análise estaria adstrita às questões previamente debatidas no Tribunal de origem.” (STF – Tribunal Pleno. RE 390458-RJ. Rel Min. CARLOS VELLOSO. Julg. 17-06-2004. Informativo de Jurisprudência do STF n. 352, disponível no sítio www.stf.gov.br). *Destacamos.*

- 29 Diante das considerações acima expostas, somente poderá incidir desconto previdenciário sobre parcelas remuneratórias referentes ao exercício de cargo comissionado ou função de confiança, bem

como terço constitucional de férias de agentes públicos ocupantes de cargos de provimentos efetivos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, caso seja editada legislação que permita, de alguma forma objetiva, a incorporação de tais verbas à remuneração e aos proventos de aposentadoria e pensões.

- 30 Especificamente sobre a impossibilidade de cobrança de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, mencione-se o posicionamento da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente da 2ª Turma:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL SOBRE FÉRIAS E HORAS-EXTRAS. VERBAS NÃO INCORPORÁVEIS. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

- 1 O regime previdenciário dos servidores públicos federais tem caráter contributivo e atuarial, na conformidade da EC 20/98.
 - 2 Os valores pagos a título do denominado “terço constitucional” e das horas-extras não se incorporam à remuneração para efeito de cálculo e pagamento dos proventos da aposentadoria, limitados à remuneração do cargo efetivo.
 - 3 Recurso ordinário conhecido e provido. (2ª Turma - STJ - ROMS 14346 / DF ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2002/0005884-6 Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Julg. 11/05/2004. Pub. DJ 28.06.2004, p.00213).
- 31 Por fim, não se poderia deixar de mencionar, em razão dos princípios da legalidade, moralidade

administrativa¹⁰, boa-fé¹¹ e da vedação do enriquecimento sem causa, que seria prudente e correta a restituição, pelo Estado do Rio de Janeiro, aos

¹⁰ À guisa de ilustração, mencione-se acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria competiu ao eminente Ministro JOSÉ DELGADO, que teceu considerações sobre o dever de a Administração Pública respeitar e cumprir o princípio da moralidade, sobretudo em relação aos seus agentes, *verbis*: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE "TOMADA DE PREÇOS" NO LUGAR DE "CONCORRÊNCIA PÚBLICA". INSCRIÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

1 *O que deve inspirar o administrador público é a vontade de fazer justiça para os cidadãos sendo eficiente para com a própria administração, e não o de beneficiar-se. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.*

2 *A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa a nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores desse princípio.*

3 *A ação popular protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo (Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração", RDA 38/40).*

4 *As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, com a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.*

5 *O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.*

6 *Recursos especiais improvidos.* (RESP 579541 / SP ; RECURSO ESPECIAL N. 2003/0129889-6 – 1ª Turma – STJ. Rel. Ministro JOSÉ DELGADO. Julg. Em 17/02/2004. Publ. DJ em 19.04.2004, p. 00165). *Destacamos.*

¹¹ *A respeito dos princípios da boa-fé e da moralidade como norteadores da conduta administrativa, mencione-se a doutrina de Edilson Pereira Nobre Júnior, verbis: "Primeiramente, tem-se a visualização da boa-fé no art. 3º, I, da Lei Fundamental, ao indagar, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

(...).

Doutro lado, há que se notar a forte influência ostentada pela boa-fé, ao servir de suporte para o arcabouço principiológico da função administrativa. É indubitoso a Constituição de 1988 não erigi-la, às expensas, ao nível de princípio cardeal da Administração Pública. Sem embargo, aquela é facilmente extraída do standard da moralidade, inscrito no art. 37, caput, da Lei Máxima.

(...).

Antes de encerrar este tópico, não é despidendo mencionar duas advertências. A primeira delas é a de que a obrigação de atuar de conformidade com a boa-fé não se dirige somente do servidor para com a Administração, atuando também na direção inversa. Repugna a ordem jurídica que a Administração leve a cabo deslealdade em detrimento de quem foi investido para agir em seu nome." NOBRE JÚNIOR. Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 156-157 e 261. No mesmo sentido, anote-se as considerações de Tereza Negreiros, verbis: "o princípio da boa-fé, como resultante necessária de uma ordenação solidária das relações intersubjetivas, patrimoniais ou não, projetada pela Constituição, configura-se, muito mais do que como fator de compreensão da autonomia privada, como um parâmetro para a sua funcionalização à dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões". NEGREIROS, Tereza. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 222-223. Apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro. Ob. cit. p. 155.

agentes públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo, dos valores que lhes foram descontados a título de contribuição previdenciária pelo exercício de cargo comissionado ou função de confiança, do terço constitucional, ou, ainda, de quaisquer outras parcelas remuneratórias que possuam natureza transitória e que não sejam incorporáveis aos proventos de inatividade ou às pensões previdenciárias, no período compreendido entre os cinco últimos anos a contar da data do requerimento administrativo formulado, individualmente, por cada agente público, acrescido de correção monetária e juros legais, que devem ser de 0,5% (meio por cento) ao mês, em razão do que dispõe a regra específica prevista no artigo 1-F, da Lei Federal n.º 9494/97¹².

¹² Este, ao que parece, foi o entendimento firmado pela douda Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, quando do visto, pelo Exmo. Sr. Procurador Geral Francesco Conte, ao Parecer n. 03-2004-FAW, ainda que fazendo menção à necessidade de respeito ao princípio da reserva do possível.

3 TRABALHO FORENSE



3.1

INFORMAÇÕES PRESTADAS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3818

PROCESSO: Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 3818.
Assunto: informações que presta.

SUMÁRIO: 1 Necessidade do não conhecimento da ADI nº 3818. 1.1 Da ausência de impugnação do art. 2º da Lei Estadual n.º 7.667/2003, norma ligada umbilicalmente ao parágrafo único do art. 1º desse mesmo diploma. 1.2 Da natureza administrativa (lei formal) da Lei Estadual n.º 7.667/2003. 1.3 Da ausência de violação direta ao Texto Constitucional: hipótese de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade. 1.4 Da inépcia da petição inicial – ausência de fundamentação quanto ao *caput* do art. 1º da Lei n.º 7.667/2003. 2 Legitimidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual n.º 7.667/2003. 2.1 Da real natureza jurídica do FUNRES e de seus recursos – ausência de violação ao pacto federativo e aos artigos 24, II; 165, § 5º, I; e 167, VI, da CF/88 2.2 Da ausência de violação ao princípio do direito adquirido. 3 Da existência de projeto de lei tramitando na Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo que visa a revogar o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 7.667/03. 4 Da ausência de pressupostos autorizadores para a concessão de medida cautelar. 5 Considerações finais.

Vitória, 07 de dezembro de 2006.

Do: Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Espírito Santo, em exercício, Wellington Coimbra, neste ato assistido pela Procuradora Geral do Estado Cristiane Mendonça, pelo Procurador do Estado Rodrigo Marques de Abreu Júdice e pelo Procurador do Estado Bruno Colodetti.

Ao: Excelentíssimo Senhor Ministro Carlos Ayres Brito.

Exmo. Sr. Ministro CARLOS AYRES BRITTO,

Em atendimento à notificação expedida por esse Excelso Tribunal, por meio do Ofício n.º 6892/R, de 20 de novembro de

2006, venho, respeitosamente, prestar as informações que se fazem necessárias à instrução e ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima epigrafada, proposta pelo Excelentíssimo Presidente da República, o que faço com base nos fatos e fundamentos que passo a expor:

1 Necessidade do Não-conhecimento da ADI N.º 3818

O Excelentíssimo Presidente da República almeja obter com a ação objeto destas informações a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei Estadual n.º 7.667, de 18 de dezembro de 2003.

Entretanto, sem prejuízo da ilegitimidade que conspurca o mérito de tal pretensão, é preciso destacar, desde logo, que a ação constitucional que a veicula não pode ser conhecida por essa Egrégia Corte Constitucional, isso em razão de diversos motivos:

1.1 Da ausência de impugnação do art. 2º da Lei Estadual n.º 7.667/2003, norma ligada umbilicalmente ao parágrafo único do art. 1º desse mesmo diploma

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade não claudica em afirmar a necessidade de impugnação de todas as normas componentes de um sistema jurídico-normativo, quando o reconhecimento da nulidade de apenas um (ou alguns) de seus preceitos reverbera na retirada do sentido prescritivo dos demais. Vale dizer, “nos casos em que, numa ADI, a norma impugnada está ligada a outra, formando com ela um sistema, uma rede, é fundamental que também essa outra norma seja impugnada, sob pena de não conhecimento”¹.

¹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ações constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 374.

Para ilustrar tal assertiva, eis as ementas dos seguintes julgados:

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDIMENTO CONTRADITÓRIO ESPECIAL, DE RITO SUMÁRIO, PARA O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEL RURAL, POR INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA: 1) DEPÓSITO EM DINHEIRO, PELO EXPROPRIANTE, DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS, INCLUSIVE CULTURAS E PASTAGENS ARTIFICIAIS; 2) DEPÓSITO EM TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA, PARA A TERRA NUA. ARTS. 14 E 15 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 76, DE 06.07.93. AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.

- 1 Os arts. 14 e 15 da Lei Complementar n.º 76/96, são parte de um sistema que disciplina o pagamento e o recebimento de indenização por desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.
- 2 *O acolhimento da impugnação de algumas normas de um sistema (arts. 14 e 15), via ação direta, indissolavelmente ligadas a outras do mesmo sistema (art. 16), não impugnadas na mesma ação, implica em remanescer no texto legal dicção indefinida, assistemática, imponderável e inconseqüente.*
- 3 *Impossibilidade do exercício ex-offício da jurisdição para incluir no objeto da ação outras normas indissolavelmente ligadas às impugnadas, mas não suscitadas pelo requerente.*
- 4 Ação direta não conhecida, ressalvando-se a possibilidade da propositura de nova ação que impugne todo o sistema. (ADI 1187/DF, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 27/03/1996, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 30-05-1997 – *destaque nosso*)

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES.

- 1 *Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade de parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido.*
- 2 Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece. (ADI 2174/DF, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 14/04/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 07-03-2003 – *destaque nosso*)

Esse específico requisito quanto ao pedido afeto ao processo objetivo da Ação Direita de Inconstitucionalidade homeneageia (a) o princípio processual constitucional da inércia da jurisdição; (b) a lógica que deve presidir o ordenamento jurídico; e (c) as lições de teoria geral do direito acerca da distinção existente entre enunciado prescritivo (signo) e norma jurídica (significado).

Entretanto, contrariando esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, *a peça inicial da ADI n.º 3818 não impugna todas as normas que compõem o sistema jurídico-normativo engendrado pela Lei Estadual n.º 7.667/2003*. Com efeito, não há pedido visando à declaração de nulidade de seu art. 2º, cujo sentido prescritivo depende, às cla-

ras, da manutenção da vigência e da eficácia do ora combatido parágrafo único do art. 1º.

Frise-se: o art. 2º da Lei Estadual n.º 7.667/2003 consiste em mecanismo legislativo de compensação da incorporação disciplinada no parágrafo único do art. 1º desse mesmo diploma, de modo que expungido este do ordenamento aquele perde, por completo, o seu sentido prescritivo.

Destarte, como o Poder Judiciário, inclusive o STF, está adstrito ao pedido que lhe é apresentado, exsurge, de forma evidente, a necessidade de extinção sem julgamento de mérito da presente ação (não-conhecimento), por conta da insuficiência do objeto do pedido declaratório sob exame.

1.2 Da natureza administrativa (lei formal) da Lei Estadual n.º 7.667/2003

Sob outro prisma pode-se divisar a inadequação da vertente ADI aos ditames processuais que lhe regem. Isso porque o ato impugnado nesta sede, conquanto veiculado nos termos do procedimento constitucional afeto à feitura da espécie normativa cognominada *lei ordinária*, configura-se verdadeiro ato administrativo, de efeitos concretos.

A Lei Estadual n.º 7.667/2003 não porta os atributos in-gênitos aos atos considerados *normativos típicos*, quais sejam, generalidade e abstração. Ao revés, a citada lei estadual tem objeto determinado e singular e destinatário certo, não disciplinando relações jurídicas em abstrato, donde se conclui que lhe falece o caráter normativo para fins de controle concentrado de constitucionalidade.

Em suma: a lei estadual em destaque é meramente formal, já que introduz no sistema ato concreto, cujos efeitos, diga-se de passagem, já se exauriram. Trata-se, na verdade, de ato preordenado a cuidar de assunto pontual, estreitamente ligado a *aspectos orçamentários* da Administração Estadual: remanejamento de recursos.

A fim de atestar cabalmente a inferência acima esposada, nada melhor do que apresentar o seguinte trecho do voto vencedor proferido pelo ex-ministro Moreira Alves, ao ensejo do julgamento da ADI n.º 647-9, *na qual também se discutiu, tal como aqui, a validade de incorporação de recursos e a suposta violação ao princípio do direito adquirido; in verbis:*

No caso, tanto o art. 7º como o artigo 9º da Lei 8.029 são leis meramente formais, pois, em verdade, têm por objeto atos administrativos concretos: o primeiro autoriza o Poder Executivo a transferir o acervo da Fazenda Experimental do Café, em Varginha (MG), e do Programa Nacional de Melhoramento da Cana-de-Açúcar para a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária; e o segundo determina a incorporação ao patrimônio da União dos bens imóveis das autarquias e das fundações referidas na mesma lei, os quais não tenham sido transferidos às entidades que as absorvem ou sucedem.

Se as entidades representativas da lavoura cafeeira entendem que, em face do disposto no artigo 33 da Lei 7779, de 22 dezembro de 1952, têm direito adquirido a estabelecer a destinação do acervo de uma dessas autarquias – o Instituto Brasileiro do Café –, o meio próprio para a defesa desse direito que pretendem ter será o de se valerem da ação cabível para a defesa de direito subjetivo próprio [...]. (destaque nosso)

Como se vê, o aresto acima transcrito em tudo tem a ver com o presente caso, o que denota, ante a insofismável semelhança de fatos e fundamentos, a necessidade da aplicação da mesma conclusão adotada naquela oportunidade: a extinção do processo em face do não-conhecimento da ADI.

1.3 Da ausência de violação direta ao Texto Constitucional: hipótese de ilegalidade, e não de inconstitucionalidade

Por mais que a peça exordial tenha se esforçado, não restou configurada situação de violação direta à Carta da República. De fato, uma leitura, mesmo que às rápidas, da pretensão lançada na inicial da ADI em foco revela que seu arrimo é, em verdade, a violação das normas federais que supostamente disciplinam as competências ligadas ao FUNRES, bem como atestam a natureza federal das verbas aplicadas pelo Estado do Espírito Santo no referido fundo.

Essa inferência é comprovada a partir dos seguintes trechos da peça inicial da indigitada ADI, em que se adverte para a violação da legislação federal que regula a questão em tela (grifo nosso):

[...] Ao revogar diplomas estaduais concernentes ao FUNRES, o Estado do Espírito Santo também destinou os correspondentes recursos para o Tesouro Estadual, *violando as normas atinentes à competência para a gestão do citado fundo.* (p. 6)

[...] E mais: desviou os recursos que durante anos foram recolhidos ao FUNRES, destinando-os, *de forma ilegal, à conta do Tesouro Estadual, desconsiderando, completamente, as normas relativas à competência para gerência do fundo.* (p. 6)

No antojo de mascarar essa inadequação, a pretensão autoral desviou-se para uma alegação distante de violação ao pacto federativo e ao direito adquirido dos contribuintes/ investidores, que não merecem prosperar, todavia.

Primeiro porque a alegação de violação ao pacto federativo centra-se tão-somente na suposta violação das competências administrativas traçadas na legislação ordinária federal acerca do FUNRES. Decerto, é de um micro-siste-

ma normativo federal, assaz citado na peça inicial, que se extrairia a competência administrativa da União quanto ao indigitado fundo, inexistindo, portanto, violação direta às competências administrativas ou legislativas esculpidas na Carta de Outubro.

Quanto ao direito adquirido, pergunta-se: em que parte da Lei Estadual n.º 7.667/2003 está determinado que o Estado não emitirá certificados de investimento?

Segundo tal lei, o Estado pode, realmente, incorporar as verbas referidas no parágrafo único de seu art. 1º, mas daí até a afirmação que esse diploma autoriza a não-emissão de certificados há uma grande distância, que somente poderá ser percorrida com a feitura de prova pontual, colhida sob o acicate de processo judicial de índole subjetiva, o que denota a inadequação da via eleita.

Aliás, é importante deixar claro, ainda quanto a isso, que o Estado garante, no art. 2º da mencionada lei estadual, a alocação de recursos como contrapartida ao investimento federal no FUNRES, de modo que não se pode sacar diretamente da guerreada lei estadual o malferimento a qualquer direito dos contribuintes/investidores.

Na ADI n.º 1540 esse Excelso Pretório enfrentou símile questão:

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROMOÇÃO DE POLICIAL-MILITAR AO GRAU HIERÁRQUICO IMEDIATAMENTE SUPERIOR PELO MESMO ATO QUE O TRANSFERE PARA A RESERVA REMUNERADA: ART. 57, CAPUT E §§ 1º, 2º, 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR N.º 53, DE 30.08.90, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º, III, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 68, DE 08.07.93. PRELIMINAR DE CONHECIMENTO.

- 1 A regulamentação das promoções dos policiais-militares é tratada em leis que dispõem sobre normas

gerais de organização das polícias-militares, as quais, por sua vez, estão sob reserva de lei federal (CF, art. 22, XXI). O Estado-membro pode legislar sobre a matéria desde que de forma similar ao que dispuser a lei federal; no caso, esta proíbe a concessão do especial privilégio impugnado (art. 24 do Decreto-lei n.º 667/69 e art. 62 do Estatuto dos Militares - Lei n.º 6.880/80).

- 2 *O impugnado art. 57 afronta diretamente à lei federal, e não à Constituição, e, em consequência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.*
- 3 Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de medida cautelar. (ADI 1540/MS, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 25/06/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 16-11-2001)

Pelo dito neste tópico, fica claro, também por esse enfoque, que a ADI objeto destas informações não deve ser conhecida por essa Corte Constitucional.

1.4 Da inépcia da petição inicial – ausência de fundamentação quanto ao caput do art. 1º da Lei n.º 7.667/2003

Por fim, cabe advertir que a petição inicial apresentada contém vício processual decorrente da ilegitimidade da extensão do pedido veiculado, que exsurge a partir de sua contraposição à fundamentação que lhe serve de arrimo. Vejamos:

Apesar da imprecisão dos pedidos liminar e principal da ação constitucional sob exame, deles pode-se extrair que a vertente impugnação de validade se estende tanto para o *caput* quanto para o parágrafo único do art. 1º; *in verbis*:

Assim, restando demonstrada a *inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 7.667, de 18 de dezembro de 2003, do Estado do Espírito Santo*, pede-se:

a) liminarmente, a *suspensão da eficácia do art. 1º da Lei n.º 7.667, de 18 de dezembro de 2003, do Estado do Espírito Santo*, até o final julgamento do processo;

[...]

c) ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, seja julgado procedente o pedido, para declarar a *inconstitucionalidade do dispositivo mencionado*.

Ocorre que, conforme explicitado na própria introdução do pedido alinhavado pelo autor, a argumentação expedida na petição inicial da ADI em debate centra-se na *inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual n.º 7.767/2003, tão-somente*. Nada se argumenta acerca da *viabilidade jurídica de lei estadual extinguir a possibilidade de os contribuintes deduzirem 5% do valor devido a título de ICMS para investimento no FUNRES, até porque a extinção acerca dessa possibilidade quanto ao IR foi efetivada pela Medida Provisória n.º 2.156-5, de 24 de agosto de 2001*.

Desse modo, não resta dúvida que, na hipótese de não serem acolhidas as argumentações lançadas nos tópicos predecessores, *deve ser a presente ADI conhecida apenas em parte, ante a inépcia parcial da petição exordial no que toca ao pedido declaratório de inconstitucionalidade do caput do art. 1º da Lei n.º 7.767/2003, por ausência de fundamentação fática ou jurídica*.

Gize-se, quanto a isso, que a jurisprudência dessa Excelsa Corte é enfática ao determinar o não-conhecimento de pedidos lançados em ADI sem indicação precisa dos necessários fundamentos de fato e de direito:

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO EXATA DO PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO.

- 1 Arguição de inconstitucionalidade de lei complementar estadual. Impugnação genérica e abstrata de suas normas. Conhecimento. Impossibilidade.
- 2 *Ausência de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido com suas especificações. Não observância à norma processual. Conseqüência: inépcia da inicial. Ação direta não conhecida. Prejudicado o pedido de concessão de liminar.* (ADI 1775/RJ, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 06/05/1998, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INÉPCIA DA INICIAL.

- É NECESSÁRIO, EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, QUE VENHAM EXPOSTOS OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO COM RELAÇÃO ÀS NORMAS IMPUGNADAS, NÃO SENDO DE ADMITIR-SE ALEGAÇÃO GENÉRICA DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM QUALQUER DEMONSTRAÇÃO RAZOÁVEL, NEM ATAQUE A QUASE DUAS DEZENAS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS EM SUA TOTALIDADE COM ALEGAÇÕES POR AMOSTRAGEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONHECE. (ADI 259/DF, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 11/03/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Tollitur quaestio.

2 Legitimidade do Parágrafo Único do Art. 1º da Lei Estadual N.º 7.667/2003

Sem prejuízo da força dos argumentos preordenados ao não-conhecimento (extinção anômala do processo objetivo, sem julgamento de mérito) da ADI em causa, é necessário espancar, outrossim, as pechas lançadas ao parágrafo único do art. 1º da Lei Estadual n.º 7.667/2003. Tarefa que se desenvolve nos seguintes tópicos:

2.1 Da real natureza jurídica do FUNRES e de seus recursos – ausência de violação ao pacto federativo e aos artigos 24, II; 165, § 5º, I; e 167, VI, da CF/88

Sustenta-se na peça inicial da ADI em foco que a legislação do Estado do Espírito Santo não poderia efetuar a incorporação dos recursos estaduais do FUNRES referentes aos certificados de investimentos não emitidos, na medida em que pertence à União Federal a competência para disciplinar e gerir tal fundo. Isso porque se alega que o FUNRES é fundo federal, já que (a) composto por recursos federais, (b) cuja gestão deve ser, necessariamente, desempenhada por órgãos federais.

Entretanto, tais assertivas, acima elencadas, não se coadunam com a realidade fático-jurídica.

Realmente, para descobrir se um determinado fundo é federal, estadual ou municipal, deve-se investigar, de um lado, a origem de seus recursos e, d'outro, a natureza dos órgãos que efetuam a sua gestão. Passemos, então, à investigação de tais pormenores:

O FUNRES (Fundo de Recuperação Econômica do Estado do Espírito Santo) foi criado pelo Decreto-lei n.º 880, de 18 de setembro de 1969, com a finalidade de “prestar assistência financeira, sob a forma de participação acioná-

ria e de operações de crédito, a empreendimentos industriais e agropecuários, localizados no Estado do Espírito Santo” (art. 2º do DL 880/69).

Esse fundo apresenta uma peculiar característica: seus recursos são constituídos, basicamente, de incentivos instituídos pelo Governo Federal (sub-conta IR) e pelo Governo Estadual (sub-conta ICMS). Como se vê, os recursos são tanto federais quanto estaduais.

Conseqüência direta da origem estadual de parte dos recursos do FUNRES é que órgãos estaduais participam da gestão de seus ativos. Com efeito, a gestão do referido fundo é capitaneada pelo BANDES (Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo S/A) e pelo GERES.

O BANDES é uma sociedade de economia mista capixaba que desempenha o papel de agente técnico e financeiro do FUNRES. Nessa instituição são, inclusive, depositados os valores relativos ao incentivo do ICMS. Já o GERES somente ganhou *status* legal de órgão federal em 2003, com a edição da Lei n.º 10.683, sem deixar de possuir em sua composição representantes do Governo Estadual.

Nessa moldura, evidentemente não se pode falar que os recursos do FUNRES sejam apenas federais, muito menos que a sua gestão deva ser exclusivamente efetuada pela Administração Federal. Em suma: o FUNRES não possui natureza federal pura, de modo a garantir ao Estado do Espírito Santo a competência legislativa para disciplinar a parcela que mais lhe toca: os recursos provenientes das deduções do ICMS.

E não poderia ser diferente, de qualquer sorte. Não se pode admitir que a instituição legal de dedução de ICMS e a gestão dos recursos provenientes de tal sistemática sejam retiradas da órbita das atribuições do Estado. Ora, se não se nega a primeira (competência para instituir a dedu-

ção/investimento de ICMS) não se pode negar a segunda (competência, ainda que conjunta, para gerir os recursos da sub-conta do ICMS do FUNRES)².

Tanto isso é verdade que toda a sistemática de investimento relativo ao ICMS era dada pela legislação estadual (Leis 2.469/69 e 3.370/80), havendo, inclusive, nessa rede normativa preceito estadual que regulamentava a destinação dos recursos provenientes da dedução de ICMS, assim como faz o combatido parágrafo único do art. 1º da Lei 7.667/2003:

LEI N.º 2.469, DE 28 DE NOVEMBRO DE 1969.

Art. 6º - Caso o FUNRES venha a ser extinto, os saldos das aplicações resultantes dos incentivos de que trata esta lei serão transferidos a outro Fundo com finalidade semelhante à conta do contribuinte aplicador.

Não sobeja afirmar que aceitar que os recursos provenientes do ICMS estejam vinculados inextirpavelmente ao FUNRES e que sua gestão deve ficar exclusivamente a cargo da União Federal é dar guarida a violação de ingentes princípios constitucionais.

A vinculação inarredável de recursos de ICMS ao FUNRES, capaz de tornar ilegítima a disposição do Estado do Espírito Santo sobre esse numerário, ofende o disposto no inciso IV do art. 167 da CF/88, que garante ao Estado a disponibilidade ampla dos recursos provenientes de seus impostos:

CF/88

Art. 167. São vedados:

[...]

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da ar-

² Em verdade, o que se defende na ADI em debate é que o Estado discipline em lei dedução para fins de investimento de tributo que lhe pertence constitucionalmente, promova toda a operação administrativa relativa a esse pormenor, mas não edite qualquer ato legislativo acerca da disposição de tais recursos.

recadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19.12.2003)

Então, pergunta-se: a que título o Estado pode validamente vincular, por meio de lei, seus recursos tributários a fundo supostamente pertencente a outro ente?

Por sua vez, retirar da disposição do Estado a gerência sobre os valores oriundos dessa dedução de ICMS para transferi-la à União Federal não se coaduna com a autonomia dos entes federativos.

Pelo quanto foi dito, resta estreme de dúvidas que o Estado do Espírito Santo pode dimanar normas jurídicas visando a gerir os recursos do FUNRES provenientes dos incentivos de ICMS³, donde se conclui pela inconsistência da alegação de violação perpetrada pelo texto normativo estadual sob enfoque ao pacto federativo e aos artigos 24, II; 165, § 5º, I; e 167, VI, todos da CF/88.

2.2 Da ausência de violação ao princípio do direito adquirido

Conforme suficientemente demonstrado no item 1.3 desta peça, não existe na Lei n.º 7.667 qualquer dispositivo que disponha acerca da emissão, ou não emissão, dos certificados de investimento de que trata a Lei Estadual n.º

³ Os efeitos subjetivos de tal ato normativo estadual são outra discussão, que escapa, por seu turno, aos angustos limites da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2.469/69, o que denota a impossibilidade de extrair qualquer violação ao axioma do direito adquirido, pelo menos em sede de processo objetivo de controle de constitucionalidade.

Conseqüentemente, registrou-se que, conquanto a Lei Estadual 7.667 tenha autorizado o Estado a incorporar as verbas referidas no parágrafo único de seu art. 1º, a inexistência de emissão de certificados de investimentos demanda a feitura de prova pontual, feita sob o aciccate de processo de índole subjetiva, o que denota, também, a inadequação da via eleita.

Aliás, deixou-se claro, ainda quanto a isso, que o Estado garante, no art. 2º da mencionada lei estadual, a alocação de recursos como contrapartida ao investimento federal no FUNRES, de modo que não se pode sacar diretamente da guereada lei estadual o malferimento a qualquer direito dos contribuintes/investidores.

Esses argumentos, se não levam ao não-conhecimento da ADI objeto destas informações, são suficientes para determinar a improcedência do pedido no aspecto em apreço.

Mas, mesmo que a lei estadual sob ataque tivesse determinado a desconsideração dos benefícios, até então concedidos, àqueles que não retiraram os certificados de investimento, e mesmo que tal questão pudesse ser contrastada em sede de ADI, não haveria que se falar, na presente hipótese, em afronta ao axioma do direito adquirido.

Isso porque, consoante as lições da Teoria Geral do Direito, o direito adquirido advém de um ato jurídico perfeito. Sendo este nada mais que a ocorrência de todos os elementos componentes da situação de fato descrita em ato normativo jurídico (geralmente, lei), que é capaz e suficiente para atribuir ao seu destinatário a posição ativa de uma dada relação jurídica.

Ocorre que, segundo a lei estadual de regência do incentivo de ICMS destinado ao FUNRES (Lei Estadual n.º

2.469, de 28 de novembro de 1969), o pressuposto de fato necessário à configuração do ato jurídico perfeito, capaz de gerar ao contribuinte/investidor de ICMS direito adquirido às benesses da sistemática em estudo, engloba a realização de ato específico: a retirada dos certificados de investimento no BANDES. Assim determina o art. 4º da Lei Estadual n.º 2.469/69:

Lei n.º 2.469/69

Art. 4º - Os certificados de que trata o artigo precedente deverão ser retirados no BANDES até 30 de setembro do segundo ano subsequente ao exercício financeiro a que corresponder a opção.

§ 1º - O valor relativo aos certificados não retirados no prazo previsto neste artigo será incorporado ao valor do Fundo.

Não deixa dúvida quanto a isso o parágrafo primeiro acima transcrito, que determina a não-configuração da relação jurídica ampliativa para o contribuinte/investidor no caso de ele não efetuar a mencionada retirada.

Sob esse prisma, até a retirada do certificado o contribuinte/investidor detém mera expectativa de direito quanto ao benefício oriundo da sistemática de investimento das deduções de ICMS no FUNRES, o que possibilita ampla liberdade ao legislador no que se refere à possibilidade de modificação dos pressupostos de fato e da própria relação jurídica ampliativa descrita em abstrato, inclusive facultando a sua plena e cabal extinção.

Em suma: antes da retirada do certificado de investimento não há direito adquirido, mas tão-somente expectativa de direito, de modo que a legislação pode, validamente, suprimir esta última situação jurídica.

O contribuinte/investidor, na vigência da legislação revogada pela Lei 7.667, teria, quando muito, direito a que o

Estado emitisse os certificados de investimento, mas nunca direito adquirido aos benefícios que estes documentos seriam capazes de lhes atribuir, que depende da necessária retirada no BANDES. Isso revela que, realmente, a situação da inexistência de emissão de certificados de investimento disciplinados pela legislação estadual gravita em torno de cumprimento/eficácia de legislação ordinária, nada tendo a ver com a inconstitucionalidade suscitada pelo autor.

3 Da Existência de Projeto de Lei Tramitando na Assembléia Legislativa do Estado do Espírito que Visa a Revogar o Parágrafo Único do Art. 1º da Lei N.º 7.667/03

Diante dos propósitos do controle concentrado de constitucionalidade, é necessário informar a essa Suprema Corte que se encontra em tramitação na Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo o Projeto de Lei n.º 371/2006, que visa justamente a revogar o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 7.667/2003.

Assim, é necessário, antes do início do julgamento da constitucionalidade do citado preceito, que se faça a verificação da manutenção de sua vigência.

4 Da Ausência de Pressupostos Autorizadores Para a Concessão de Medida Cautelar

A jurisprudência do STF já fixou os requisitos a serem satisfeitos para a concessão da medida cautelar em sede de ADI; são eles: (a) a plausibilidade da argumentação jurídica apresentada (*fumus boni iuris*); (b) a possibilidade de dano advindo da demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*); (c) a insuportabilidade dos danos causados

pelo ato normativo combatido; e (d) a necessidade de garantir a eficácia de decisão⁴.

Analisando o quadro apresentado pelo requerente, tem-se que não estão presentes os mencionados pressupostos.

Como visto, a imputação de inconstitucionalidade ao ato normativo objeto desta ADI é facilmente afastada por inúmeros argumentos, situação indicadora da fragilidade dos fundamentos jurídicos apresentados.

Por seu turno, para refutar a existência de *perigo na demora*, basta considerar o lapso temporal que existe entre a entrada em vigor dos atos normativos combatidos e a data de ajuizamento da presente ADI. Ainda quanto ao *periculum in mora*, é necessário ressaltar que o critério da conveniência não pode suprimir a sua ausência na vertente hipótese.

Não se afigura presente também a insuportabilidade de eventuais danos causados pelos textos normativos em foco, situação que se torna evidente tendo em conta a alegação contida na exordial no sentido de que o Estado do Espírito Santo não repassa ao FUNRES, desde 1994, os valores das deduções de ICMS realizadas em seu favor.

Por fim, tem-se que a espera para o julgamento em nada prejudicará a eficácia de ulterior decisão do STF.

Ausentes, portanto, no presente processo, os requisitos autorizadores da concessão de medida cautelar, o que desemboca no necessário indeferimento do pedido cautelar externado na peça inicial.

5 Considerações Finais

Eminentes Ministros, mediante os argumentos trazidos à colação, restou clara a inobservância dos aspectos for-

⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 144.

mais que regem a ação declaratória de inconstitucionalidade, razão pela qual se propugna pelo não-conhecimento (extinção sem julgamento de mérito) da ADI em causa.

Entretanto, se assim não entender essa Excelsa Corte, não merece acolhida, de qualquer maneira, a pretensão autoral, ante a inexistência de qualquer espécie de violação à ordem constitucional pelos atos normativos impugnados, de modo que os pedidos apresentados devem ser julgados totalmente improcedentes.

Estas são as informações que tenho a prestar a esse Excelso Supremo Tribunal Federal, aproveitando a oportunidade para renovar, juntamente com os Procuradores do Estado que a esta subscrevem, os nossos sinceros votos de estima e consideração.

Cordialmente,

WELINGTON COIMBRA

Governador do Estado do Espírito Santo em exercício

CRISTIANE MENDONÇA

Procuradora Geral do Estado

RODRIGO MARQUES DE ABREU JÚDICE

Procurador do Estado Chefe do CEI

BRUNO COLODETTI

Procurador do Estado

4

JURISPRUDÊNCIA



4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1.1 ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

4.1.1.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ – PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO – JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO – NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM – RECURSO IMPROVIDO.

- 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL – OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA *EX TUNC* OU COM EFICÁCIA *EX NUNC*)? – FORMULAÇÕES TEÓRICAS – O *STATUS QUAESTIONIS* NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
- 2 MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS.
 - *A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex tunc* (RTJ 146/461-

462 – RTJ 164/506-509), *retroagindo* ao momento *em que editado* o ato estatal *reconhecido* inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

- O Supremo Tribunal Federal *tem reconhecido*, excepcionalmente, *a possibilidade* de proceder à *modulação ou limitação temporal* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, *mesmo* quando proferida, por esta Corte, *em sede* de controle difuso. *Precedente: RE 197.917/SP*, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno).
- *Revela-se inaplicável*, no entanto, *a teoria da limitação temporal* dos efeitos, *se e quando* o Supremo Tribunal Federal, *ao julgar* determinada causa, *nesta* formular *juízo negativo de recepção*, *por entender* que certa lei *pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível* com normas constitucionais a ela *supervenientes*.
- *A não-recepção* de ato estatal *pré-constitucional*, *por não implicar* a declaração de sua inconstitucionalidade – *mas* o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) –, *descaracteriza* um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, *que supõe*, para incidir, dentre outros elementos, *a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade*.
- *Inaplicabilidade*, ao caso em exame, *da técnica da modulação dos efeitos*, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, *não foi recepcionado*, no ponto *concernente* à norma questionada, *pelo vigente* ordenamento constitucional. (RE 395.902-AgR Rio de Janeiro, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, Julgado em 07/03/2006, Publicado no DJU de 25/08/2006)

ACÓRDÃO - *Vistos, relatados e discutidos* estes autos, *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *em Segunda Turma*, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, *por unanimidade* de votos, *em negar provimento* ao recurso de agravo, *nos termos* do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

RELATÓRIO - A decisão por mim proferida às fls. 624/626 *conheceu* do recurso extraordinário deduzido pelo Município do Rio de Janeiro, *para negar-lhe* provimento, *apoiando-se*, para tanto, (a) *na Súmula 668/STF* (impossibilidade constitucional de instituição, *antes* da EC n.º 29/2000, de alíquotas progressivas para o IPTU), (b) *na inconstitucionalidade* da remuneração do serviço de iluminação pública *mediante* taxa (Súmula 670/STF) e, ainda, (c) *na inviabilidade* da criação e cobrança da taxa de coleta de lixo e limpeza pública.

Cabe-me assinalar que o ato decisório em questão *tem por suporte legitimador* inúmeros precedentes *firmados* pela jurisprudência desta Corte.

O Município do Rio de Janeiro/RJ, no entanto, *inconformado* com essa decisão, *interpôs* recurso de agravo *mediante fax* (fls. 628/638), *a que se seguiu* o encaminhamento, a este Tribunal, dos respectivos originais (fls. 640/650).

Sendo esse o contexto, submeto, à apreciação desta Colenda Turma, o *presente* recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO - *Não assiste razão* ao Município do Rio de Janeiro/RJ, *eis que se revela inviável* o pleito por ele deduzido, *que objetiva sejam conferidos* efeitos *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade que *teria* resultado – *segundo sustenta* – do acórdão *confirmado* nesta sede recursal.

O *exame* da postulação recursal em questão *impõe* algumas considerações prévias *que se mostram essenciais* à exata compreensão do tema – *modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade* – que o Município do Rio de Janeiro/RJ *suscitou* nesta sede processual.

Sabemos – como tive o ensejo de salientar em decisão proferida na ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (*Informativo/STF* n.º 224/2001) – *que a supremacia* da ordem constitucional *traduz princípio essencial* que deriva, em nosso sistema de direito positivo, *do caráter eminentemente rígido* de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

Essa posição de *eminência* da Lei Fundamental – *que tem o condão de desqualificar*, no plano jurídico, *o ato em situação de conflito hierárquico* com o texto da Constituição – *estimula reflexões teóricas* em torno da natureza *do ato inconstitucional*, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da *inexistência*, ou da *nulidade*, ou da *anulabilidade* (com eficácia *ex nunc* ou com eficácia *ex tunc*), ou, ainda, da *ineficácia* do comportamento estatal *incompatível* com a Constituição.

Tal diversidade de opiniões, Senhores Ministros, *nada mais reflete* senão visões doutrinárias que identificam, *no desvalor do ato inconstitucional*, “*vários graus de invalidade*” (SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Coimbra, 1988. v. 1, p. 77).

As várias concepções teóricas existentes sobre o tema – *como destaca autorizado magistério doutrinário* (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *Revista Forense*, v. 335, p. 17-44; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 68-85; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 54-58, item n. 15) – *permitem a formulação de teses* que buscam definir *a real natureza* dos atos

incompatíveis com o texto da Constituição, *qualificando-os*, em função de *abordagens diferenciadas*, como manifestações estatais tipificadas *pela nota da inexistência* (CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. v. 1, p. 430), ou pelo vício da nulidade (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 599-602; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 75-76), *ou, ainda, pelo defeito da anulabilidade* (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 181-183; ABREU, João Leitão de. *A validade da ordem jurídica*. São Paulo: Globo, 1964. p. 156-165, item n. 11).

Cumprir enfatizar, por necessário, que, *não obstante* essa *pluralidade* de visões teóricas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – *apoiando-se* na doutrina clássica (BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 132, item n. 60; BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 4, p. 135 e 159, coligidos por Homero Pires; MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 270, item n. 6.2.1; RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 204-205) – *ainda considera revestir-se de nulidade* a manifestação do Poder Público *em situação de conflito* com a Carta Política (RTJ 87/758 - RTJ 89/367 - RTJ 146/461 - RTJ 164/506, 509).

Impõe-se reconhecer, no entanto, *que se registra*, no magistério jurisprudencial *desta Corte*, e *no que concerne a determinadas situações* (como aquelas fundadas na autori-

dade da coisa julgada *ou* apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, *em atenção* ao princípio da boa-fé), *uma tendência* claramente perceptível *no sentido de abrandar a rigidez dogmática* da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais *incompatíveis* com o texto da Constituição da República (RTJ 55/744 - RTJ 71/570 - RTJ 82/791, 795):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM TESE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO.

Acórdão que prestigiou lei estadual à revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da Corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade.

Recurso extraordinário provido em parte.” (RE 122.202/MG, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 08/04/94 – *destaquei*)

Mostra-se inquestionável, no entanto, a despeito das críticas doutrinárias que lhe têm sido feitas (BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4, t. 3, p. 87-89; BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 147, reimpressão fac-similar, v.g.), *que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição jurisprudencial, que, ao estender a teoria da nulidade aos atos inconstitucionais, culmina por recusar-lhes qualquer carga de eficácia jurídica.*

Embora o status quaestionis esteja assim delineado no Supremo Tribunal Federal (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min.

CELSE DE MELLO, Informativo/STF n. 224/2001), *não há dúvida* de que o relevo dessa matéria *impõe novas reflexões* sobre o tema (DINIZ, Carlos Alberto Lúcio. *Controle de constitucionalidade e teoria da recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 43; COELHO, Inocêncio Mártires. *Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?* *Revista de Direito Administrativo*, n. 221, p. 47-69, 64-66, item n. 4), especialmente se se tiver em consideração a experiência constitucional de *outros países, cujas Leis Fundamentais – como ocorre em Portugal* (art. 282, n.º 4, na redação dada pela 4ª Revisão/1997), *na Espanha* (art. 164) *e na Itália* (art. 136), *p. ex. – dispõem sobre a amplitude e o regime jurídico inerentes aos efeitos que resultam da declaração de inconstitucionalidade.*

Essa nova percepção do tema, Senhores Ministros, reflete, de certa maneira, nítida influência decorrente da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal germânico, como ressalta BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 308, item n. 9, cujo autorizado magistério sustenta a necessidade de criar-se, no plano do controle de constitucionalidade dos atos estatais, “um espaço de tempo, intermediário, que assegure a sobrevivência provisória da lei declarada incompatível com a Constituição”.

É certo que, no sistema normativo brasileiro, com a edição da Lei n.º 9.868/99 (art. 27), introduziu-se inovação claramente inspirada nos modelos constitucionais positivados no direito português e no direito alemão.

Impõe-se registrar, no entanto, que o art. 27 da Lei n.º 9.868/99 – que introduziu, em nosso sistema de direito positivo, a técnica da manipulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade – é objeto de impugnação em sede de ação direta promovida, respectivamente, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (ADI 2.154/DF, Rel. Min. SE-

PÚLVEDA PERTENCE) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (*ADI 2.258/DF*, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), *sob a alegação* de que a matéria versada em tal preceito normativo *está sujeita à reserva de Constituição, não podendo, por isso mesmo, segundo sustentam* os autores de referidos processos, ser disciplinada pelo legislador comum.

Cabe observar, por oportuno, consoante acentua o magistério da doutrina (FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2004. v.g.), *que o tema concernente à possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade* tem provocado ampla controvérsia doutrinária.

Existem, de um lado, autores – como MACIEIRA, Luciana de Assunção. A inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato. *Revista da ESMape*, v. 6, n. 13, p. 291-309, jan./jun. 2001; FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003. p. 93-98, item n. 3.5.3 e SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: alguns aspectos controversos. In: TAVARES, André Ramos. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 150-171, 164-165 – *que sustentam a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, não admitindo, em qualquer hipótese, a utilização da técnica da modulação (ou da manipulação)* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade *emanada* do Supremo Tribunal Federal, *quer se trate* de fiscalização abstrata, *quer se cuide* de controle *meramente* incidental de constitucionalidade.

Há, também, aqueles – como REDENSCHI, Ronaldo. Eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade em

via direta – modificações trazidas pelo artigo 27 da lei n.º 9.868/99 – relações com o método da ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Temas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 369-418); CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis 9.868/99 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 39-99.); PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 162-180, itens ns. 9.3, 9.3.1, 9.3.2); ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da lei n.º 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 282-285, item n. 3.6); ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. *Revista Forense*, v. 373, p. 24-27, mai./jun. 2004. item 4); BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 160-165, item n. 5.4) e STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 693-698, item n. 11.6) – cujo magistério reconhece a possibilidade jurídica de aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, desde que se restrinja ao plano do controle abstrato.

Registra-se, ainda, uma terceira posição doutrinária, cuja percepção do tema – tal como exposta por ROSSI, Júlio César. A reforma do judiciário e suas implicações nos modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade. Revista Dialética de Direito Processual, n. 31, p. 51-71, out. 2005); MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa,

1999. p. 743) e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 365-368, item n. 6.2.2), dentre outros – *admite ser viável o emprego da manipulação (ou modulação), no tempo, dos efeitos jurídicos resultantes da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, não importando que tal pronunciamento se dê no âmbito da fiscalização concentrada ou no plano do controle meramente incidental de constitucionalidade.*

Assentadas tais premissas, cabe assinalar que não se revela acolhível a postulação recursal ora deduzida pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, que pleiteia, desta Suprema Corte, a outorga de eficácia prospectiva à decisão que proclamou, no caso ora em exame, em juízo negativo de recepção, a incompatibilidade material da norma legal editada em 1984, contestada em face de ordenamento constitucional superveniente (a Constituição de 1988).

A razão desse entendimento, Senhores Ministros, apóia-se no fato de que a modulação temporal supõe, para incidir, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade, inócurre no caso, por se cuidar de ato pré-constitucional (anterior, portanto, à promulgação da vigente Constituição) e que deixou de ser recepcionado pela nova Carta Política, por ser, com esta, materialmente incompatível.

Com a formulação de um juízo *negativo* de recepção – *inconfundível*, em seus aspectos básicos (pressupostos e conseqüências), *com a declaração de inconstitucionalidade* –, *torna-se inaplicável*, por tal específico motivo, a técnica da modulação temporal, *consoante já se pronunciou*, no tema, esta Suprema Corte:

“IPTU: progressividade: L. 691/84 do Município do Rio de Janeiro: não-recebimento pela nova ordem constitucional (CF/1988), conforme entendimento do STF firmado a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.96, Moreira Alves, que surte efeitos a partir da promulgação

da Constituição Federal.” (RE 370.734-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - destaquei)

“1 IPTU: progressividade: L.691/84 do Município do Rio de Janeiro.

No caso – norma municipal anterior à Constituição de 1988 – não houve declaração de inconstitucionalidade, mas declaração de que a mesma não foi recebida pela nova ordem constitucional, que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal. (...).”

(AI 482.017-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - destaquei)

“(...) 2 Norma municipal anterior à Constituição de 1988. Não houve declaração de inconstitucionalidade, mas declaração de que a mesma não foi recebida pela nova ordem constitucional, que surte efeitos a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Embargos de declaração acolhidos apenas para prestar esclarecimentos.” (AI 478.398-ED-AgR/RJ, Rel. Min. EROS GRAU - destaquei)

É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional “(...) traduz hipótese de pura

e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores” (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

*Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência preva-
lente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 – RTJ 99/544 – RTJ 124/415 – RTJ 135/32 – RT 179/
922 – RT 208/197 – RT 231/665, v.g.), que a incompatibili-
dade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada
inscrita na Lei n.º 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/
RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constitui-
ção de 1988) resolve-se pela constatação de que se regis-
trou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie
normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no
caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de in-
constitucionalidade (RTJ 145/339 – RTJ 169/763).*

*Isso significa que a discussão em torno da incidência,
ou não, do postulado da recepção – precisamente por não
envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim,
quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-
constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do
princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando,
por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por
órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato esta-
tal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ
191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a ins-
tauração do processo de fiscalização normativa abstrata
(RTJ 95/980 – RTJ 95/993 – RTJ 99/544 – RTJ 143/355 –
RTJ 145/339, v.g.).*

*Sob a perspectiva que se vem de examinar, portanto,
revela-se inadmissível a adoção da doutrina da prospectivi-
dade, tal como pretendido pelo Município do Rio de Janei-
ro/RJ, eis que essa diretriz teórica supõe, para efeito de
sua aplicabilidade, a necessária formulação de um juízo
prévio de inconstitucionalidade, incorrente na espécie, pois*

– insista-se – a norma em questão foi editada *em momento anterior* (1984) *ao da vigência* da Constituição de 1988, o que significa que a decisão que pronunciou esse juízo negativo de recepção somente “surte efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal (...)” (AI 482.017-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - destaquej).

Concluo o meu voto, Senhores Ministros, assim resumindo os aspectos que lhe são essenciais:

- (a) *a declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex tunc (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal;*
- (b) *o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso (RE 197.917/SP, p. ex.);*
- (c) *revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes;*
- (d) *a não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade – mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 – RTJ 145/339) –, caracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade.*

Desse modo, Senhores Ministros, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao recurso de agravo deduzido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora recorrida, assinalando a inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação temporal dos efeitos, por tratar-se de norma legal pré-constitucional que não foi recebida pela vigente Constituição da República.

É o meu voto.

Brasília, 07 de março de 2006 – Min. CELSO DE MELLO, relator.

4.1.2 SÚMULAS VINCULANTES

4.1.2.1 SÚMULA 1 - Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/05/2007

Fonte de Publicação: DJ de 6/6/2007, p. 1.

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI. Lei Complementar 110/2001

Precedentes *RE 418918* (DJ de 1/7/2005 e RTJ 195/321); *RE 427801 AgR-ED* (DJ de 2/12/2005); *RE 431363 AgR* (DJ de 16/12/2005)

4.1.2.2 SÚMULA 2 - É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/05/2007

Fonte de Publicação: DJ de 6/6/2007, p. 1

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 22, XX

Precedentes: *ADI 2847* (DJ de 26/11/2004 e RTJ 192/575); *ADI 3147* (DJ de 22/9/2006); *ADI 2996* (DJ de 29/9/2006); *ADI 2690* (DJ de 20/10/2006); *ADI 3183* (DJ de 20/10/2006); *ADI 3277* (DJ de 25/5/2007)

4.1.2.3 SÚMULA 3 - Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Data de Aprovação: Sessão Plenária de 30/05/2007

Fonte de Publicação: DJ de 6/6/2007, p. 1

Referência Legislativa: Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV e LV; art.71, III. Lei 9784/1999, art. 2º.

Precedentes: *MS 24268* (DJ de 17/9/2004 e RTJ 191/922); *MS 24728* (DJ de 9/9/2005); *MS 24754* (DJ de 18/2/2005); *MS 24742* (DJ de 11/3/2005)

4.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.2.1 ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA

4.2.1.1 ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DO FATO GERADOR. ART. 173, I, DO CTN. NOTIFICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO NO MESMO EXERCÍCIO DO FATO GERADOR. ANTECIPAÇÃO DO MARCO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

- I - Não tratam os autos da hipótese versada pela súmula 153/TFR, perfilhada por esta Corte, porque não houve notificação de auto de infração ou de lançamento, mas apenas aviso de trabalhos de fiscalização do fisco.
- II - Iniciado o trabalho de lançamento do crédito tributário e notificado o contribuinte dentro do exercício em que ocorreu o fato gerador, tem início o curso do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, conforme artigo 173, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.
- III - Todavia, se a notificação do contribuinte dos trabalhos de fiscalização ocorrer após o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, não surtirá efeitos no que se refere ao curso decadencial, permanecendo como data inicial aquela estipulada pelo artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

IV - Esta é a hipótese dos autos, pois os fatos geradores ocorreram em 1985 e, em 1988, o fisco avisou os recorridos do início dos trabalhos de fiscalização, os quais resultaram na lavratura do auto de infração e na imposição de multa em 1992, quando já havia transcorrido o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

V - Recurso Especial provido. (REsp 909.570 São Paulo, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 24/04/2007, Publicado no DJU de 17/05/2007)

ACÓRDÃO - Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro LUIZ FUX, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX (voto-vista) e DENISE ARRUDA votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros JOSÉ DELGADO e TEORI ALBINO ZAVASCKI. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra DENISE ARRUDA. Custas, como de lei.

RELATÓRIO - Cuida-se de Recurso Especial interposto por TADATOSHI MATSUDA E OUTROS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que restou assim ementado, *in verbis*:

“Execução Fiscal - Decadência - Dies a quo da respectiva contagem - Data em que tenha se iniciado a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensá-

vel ao lançamento - Interpretação dos arts. 142 e 173 e parágrafo único do CTN”.

Dessa decisão foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fl. 170 e segs.).

Sustentam os recorrentes que o aresto vergastado ofendeu os artigos 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional, além de divergir de julgados desta Corte, asseverando que o prazo para a constituição do crédito tributário tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

É o relatório.

VOTO - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do presente recurso.

Conforme narrado pelas decisões anteriores (fls. 112/3 e 158/9), cuida-se de fatos geradores ocorridos em maio de 1985, que ensejariam a incidência de ICMS. Em 1988, o fisco estadual avisou os recorridos do *“início dos trabalhos de fiscalização, que culminaram no bojo do respectivo procedimento administrativo (...) na lavratura do auto de infração e imposição de multa em 1992”*.

Decidiu o aresto recorrido que encimado aviso de procedimento administrativo fiscal excluiria o termo inicial previsto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

Antes de adentrar à resolução da questão, cumpre esclarecer que não tratam os autos da hipótese versada pela súmula 153/TFR, perfilhada por esta Corte, que tem o seguinte teor:

“Constituído, no quinquênio, através do auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo, a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica em suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos”.

Isso porque, no caso dos autos, não houve notificação de auto de infração ou de lançamento, mas apenas aviso de trabalhos de fiscalização do fisco, remanescendo ainda discussão acerca do direito de formação do crédito tributário.

Por outro lado, não há divergência quanto ao enquadramento do ato do fisco ao disposto no parágrafo único do artigo 173 do Código Tributário Nacional, que tem o seguinte teor:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”.

Mas o que se busca saber, em última instância, é a definição do termo inicial a que se refere o encimado parágrafo único.

De fato, o início da constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento afasta o termo inicial previsto no inciso primeiro do artigo 173 do CTN, mas não por constituir verdadeiro marco interruptivo da decadência, mas sim por antecipar o *dies a quo* do prazo decadencial para a constituição do crédito.

Nesse sentido é o entendimento de PAULSEN Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz

da doutrina e da jurisprudência. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 1275.

“- Antecipação do termo a quo do prazo decadencial. ‘... o contribuinte foi notificado pelo Fisco, no próprio exercício em que o lançamento podia ser efetuado, digamos no dia 30 de junho do exercício; a partir de 1º de julho desse mesmo exercício em que foi iniciado o lançamento é que começa a correr o prazo fatal de 5 anos para a conclusão do seu lançamento. A decadência, aqui, não vai esperar o fim do exercício, mas se consumará antes, porque a constituição do crédito tributário, pela medida preparatória ao lançamento, a notificação, também antes se iniciara.’ (formulado por Walter Palda Valéria. Programa de direito tributário: parte geral. 10. ed. Porto Alegre: Sulina, 1991. p. 122). (original destacado)

O que o parágrafo único faz é estabelecer que, iniciado o trabalho de lançamento do crédito tributário e notificado o contribuinte dentro do exercício em que ocorreu o fato gerador, tem início o curso do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, com a antecipação da data ordinária (primeiro dia do exercício seguinte ao que ocorreu o fato gerador, art. 173, I, do CTN), que fica afastada.

Mas, se referida notificação se der após a data prevista no inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, não surtirá efeitos no que se refere ao curso decadencial.

Invoca-se novamente o magistério de PAULSEN (2006, p. 1276):

“- Notificação posterior ao início do prazo. ‘A notificação feita depois de iniciado o prazo decadencial não o interrompe nem o suspende.’ (DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a prescrição e decadência em matéria tributária. Revista Fórum de Direito Tributário, v. 2, n. 10, p. 21-89, ago. 2004).

- *O problema está na hipótese em que tal notificação seja feita após já ter tido início o prazo de decadência (contado de acordo com a regra do item I do caput do dispositivo). Nessa hipótese, o prazo decadencial já terá tido início, e o prazo a que se refere o citado item é um prazo para ‘constituir o crédito’ e não para ‘começar a constituir o crédito’. Em suma, parece-nos que o parágrafo só opera para antecipar o início do prazo decadencial, não para interrompê-lo, caso ele já tenha tido início de acordo com o item I do caput do dispositivo.’ (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 384)” (original destacado).*

Esta é a hipótese dos autos, pois, conforme encimado, os fatos geradores se deram em 1985, e a notificação da fiscalização foi efetuada somente em 1988. Desse modo, o termo inicial do prazo decadencial ocorreu em 01.01.1986 (art. 173, I, do CTN), tendo se findado em 01.01.91.

Tais as razões expendidas, dou provimento ao recurso especial, com o restabelecimento do *decisum* de primeiro grau (fl. 114).

É o voto.

VOTO-VISTA - PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DO FATO GERADOR. ART. 173, I, DO CTN. NOTIFICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO NO MESMO EXERCÍCIO DO FATO GERADOR.

- 1 O art. 173 do CTN dispõe, *verbis*: “O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

- 2 *In casu*, cuida-se de fatos geradores ocorridos em maio de 1985, que ensejariam a incidência de ICMS.
- 3 Consectariamente, o termo inicial do prazo decadencial ocorreu em 01.01.1986 (art. 173, I, do CTN), tendo se findado em 01.01.1991.
- 4 Revela-se, aliás, de somenos que em 1988, o fisco estadual avisou os recorridos do “*início dos trabalhos de fiscalização, que culminaram no bojo do respectivo procedimento administrativo (...) na lavratura do auto de infração e imposição de multa em 1992*”.
- 5 É que, como cediço em sede doutrinária:

“A notificação feita depois de iniciado o prazo decadencial não o interrompe nem o suspende.” (DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a prescrição e decadência em matéria tributária. *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 2, n. 10, p. 21-89, ago. 2004).

- *O problema está na hipótese em que tal notificação seja feita após já ter tido início o prazo de decadência (contado de acordo com a regra do item I do caput do dispositivo). Nessa hipótese, o prazo decadencial já terá tido início, e o prazo a que se refere o citado item é um prazo para ‘constituir o crédito’ e não para ‘começar a constituir o crédito’. Em suma, parece-nos que o parágrafo só opera para antecipar o início do prazo decadencial, não para interrompê-lo, caso ele já tenha tido início de acordo com o item I do caput do dispositivo.”* (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 384) (Leandro Paulsen. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 1275)”.

6 Recurso Especial provido, acompanhando o E. Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Consoante exposto pelo E. Relator:

Cuida-se de Recurso Especial interposto por TADATOSHI MATSUDA E OUTROS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que restou assim ementado, *in verbis*:

“Execução Fiscal - Decadência - Dies a quo da respectiva contagem - Data em que tenha se iniciado a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento - Interpretação dos arts. 142 e 173 e parágrafo único do CTN”.

Dessa decisão foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados (fl. 170 e segs.).

Sustentam os recorrentes que o aresto vergastado ofendeu os artigos 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional, além de divergir de julgados desta Corte, asseverando que o prazo para a constituição do crédito tributário tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

É o relatório.

Em seu voto, o E. Relator assenta:

ICMS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. MARCO INICIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DO FATO GERADOR. ART. 173, I, DO CTN. NOTIFICAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO NO MESMO EXERCÍCIO DO FATO GERADOR. ANTECIPAÇÃO DO MARCO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, § ÚNICO, DO CTN.

- I - Não tratam os autos da hipótese versada pela súmula 153/TFR, perfilhada por esta Corte, porque não houve notificação de auto *de infração* ou de lançamento, mas apenas aviso de trabalhos de fiscalização do fisco.
- II - Iniciado o trabalho de lançamento do crédito tributário e notificado o contribuinte dentro do exercício em que ocorreu o fato gerador, tem início o curso do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, conforme artigo 173, § único, do Código Tributário Nacional.
- III - Todavia, se a notificação do contribuinte dos trabalhos de fiscalização ocorrer após o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador não surtirá efeitos no que se refere ao curso decadencial, permanecendo como data inicial aquela estipulada pelo artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.
- IV - Esta é a hipótese dos autos, pois os fatos geradores ocorreram em 1985 e, em 1988, o fisco avisou os recorridos do início dos trabalhos de fiscalização, os quais resultaram lavratura do auto de infração e imposição de multa em 1992, quando já havia transcorrido o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.
- V - Recurso Especial provido.

Acompanho o seu voto.

Deveras, o art. 173 do CTN dispõe, *verbis*:

Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; *In casu*, cuida-se de fatos geradores ocorridos em maio de 1985, que ensejariam a incidência de ICMS.

Consectariamente, o termo inicial do prazo decadencial ocorreu em 01.01.1986 (art. 173, I, do CTN), tendo se findado em 01.01.1991.

Revela-se, aliás, de somenos que em 1988, o fisco estadual avisou os recorridos do *“início dos trabalhos de fiscalização, que culminaram no bojo do respectivo procedimento administrativo (...) na lavratura do auto de infração e imposição de multa em 1992”*.

É que, como cediço em sede doutrinária:

“A notificação feita depois de iniciado o prazo decadencial não o interrompe nem o suspende.” (DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a prescrição e decadência em matéria tributária. *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 2, n. 10, p. 21-89, ago. 2004). *O problema está na hipótese em que tal notificação seja feita após já ter tido início o prazo de decadência (contado de acordo com a regra do item I do caput do dispositivo). Nessa hipótese, o prazo decadencial já terá tido início, e o prazo a que se refere o citado item é um prazo para ‘constituir o crédito’ e não para ‘começar a constituir o crédito’. Em suma, parece-nos que o parágrafo só opera para antecipar o início do prazo decadencial, não para interrompê-lo, caso ele já tenha tido início de acordo com o item I do caput do dispositivo.’* (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 384) (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 1275)”.

Por esses fundamentos, *DOU PROVIMENTO* ao Recurso Especial, acompanhando o E. Relator. É como voto.

Brasília, 24 de abril de 2007 – Min. FRANCISCO FALCÃO, relator.

4.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

4.3.1 EMENTÁRIOS

4.3.1.1 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO NÃO PREVISTO NO EDITAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, PUBLICIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E VINCULAÇÃO AO EDITAL.

- 1 Desclassificação de candidato aprovado em Concurso Público por estar cadastrado nos serviços de proteção ao crédito. Critério de desclassificação este não previsto no edital.
- 2 Ficou inconteste que a Comissão de Seleção presumiu a incapacidade da candidata, adotando medidas mais próprias do Estado de Exceção do que as que devem ser tomadas em um Estado Democrático de Direito, contrariando assim normas constitucionais e princípios basilares que devem reger a Administração Pública, principalmente da legalidade, publicidade, segurança jurídica e da vinculação ao edital.
- 3 Demonstrada a plausibilidade jurídica do direito invocado, pois, na espécie, restou caracterizado, de plano, o descumprimento das normas editalícias pela comissão examinadora, cabível a con-

cessão da segurança, já que presentes os seus requisitos.

4 Segurança concedida.

(MS n.º 100060005285, Pleno, Rel. Subst. Telemaco Antunes de Abreu Filho, Julgado em 16/11/2006, Publicado no DJ 01/12/2006).

4.3.1.2 RECURSO DO CONSELHO. SERVIDORA PÚBLICA EFETIVA QUE REQUER SEJA COMPUTADO PARA PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DE ASSIDUIDADE O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CARGO VAGO. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 A investidura em cargo público de forma contraditória ao art. 37, II é inconstitucional, e assim, não gera direito adquirido ao ocupante do cargo de forma temporária.
- 2 Tendo o tempo de serviço que embasou o pedido de adicional de assiduidade ocorrido precariamente, uma vez que a recorrente foi designada para exercer as funções do cargo provisoriamente, correta a decisão que determinou que o cálculo do percentual referente ao adicional de assiduidade seja elaborado levando-se em consideração os percentuais que vigoraram a partir do momento em que a requerente passou a ostentar a condição de servidora pública efetiva.

(Recurso do Conselho da Magistratura n.º 100990011668, Pleno, Rel. Des. Carlos Henrique Rios do Amaral Filho, Julgado em 13/10/2006, Publicado no DJ 05/12/2006).

4.3.1.3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N.º 05/00 SUSTANDO ATO NORMATIVO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. CONTROLE PARLAMENTAR DA ATIVIDADE REGULAMENTAR DO PODER EXECUTIVO EM CASOS EXCEPCIONAIS. DECRETO EXECUTIVO QUE NÃO EXORBITOU DE SEU PODER REGULAMENTAR. PODER HIERÁRQUICO. DECRETO LEGISLATIVO QUE ULTRAPASSOU AS BALIZAS CONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 56, INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E DO ARTIGO 49, INCISO V DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO RESPECTIVO DECRETO LEGISLATIVO COM EFEITOS *EX TUNC* E COM EFICÁCIA *ERGA OMNES*.

- 1 Diante da excepcionalidade da norma, o Legislativo somente pode exercer sua competência fiscalizadora, suspender a execução e a aplicabilidade do ato Executivo quando houver excesso aos limites legais, abuso ou desvio do poder legiferante outorgado legalmente ao Chefe do Poder Executivo. Sendo o controle mais abrangente, resta configurada, aí sim, uma exorbitância do Legislativo incompatível com o postulado fundamental da divisão funcional do poder.
- 2 Portanto, tendo o Chefe do Executivo regulamentado que os processos administrativos e disciplinares concluídos e julgados no âmbito das polícias civil e militar do Estado do Espírito Santo deveriam ser enviados para o Ministério Público, agiu dentro da legalidade estrita, buscando apenas detalhar, coordenar, organizar e agilizar o controle de seus subordinados, submetendo-os, também, à fiscalização pelo

Ministério Público Estadual para apuração de uma possível infração criminal, não extrapolando em momento algum o seu poder hierárquico.

- 3 Quem ultrapassou as balizas constitucionais ao exercer a sua função legiferante fora o Legislativo Estadual, pois sustou ato normativo do Poder Executivo que não exorbitou de seu poder regulamentar, configurando a hipótese vertente de vício material de inconstitucionalidade, violando o limite previsto no artigo 56, inciso IX da Constituição Estadual.
- 4 Decreto Legislativo n.º 05/00 que sustou efeitos do Decreto Regulamentar n.º 120-R, incompatível com o preceito constitucional.
- 5 Pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade julgado procedente com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*.

(ADI n.º 100000022028, Pleno, Rel. Des. Subst. Manoel Alves Rabelo, Julgado em 16/11/2006, Publicado no DJ 05/12/2006).

4.3.1.4 APOSENTADORIA ESPECIAL. ARTIGO 40, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR REGULAMENTADORA DESTE DISPOSITIVO. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL E ESTADUAL ANTERIOR. NÃO VIOLAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

- 1 Na qualidade de servidor público, sua aposentadoria e os direitos a ela inerentes estão definidos, primordialmente, no texto da Constituição Federal, bem como a forma de aposentação e os requisitos necessários.

- 2 A partir da nova ordem constitucional de 1988, qualquer exceção à regra de aposentadoria disposta no artigo 40 da própria Constituição deveria obedecer ao disposto no seu § 4º, e ser veiculada por meio de Lei Complementar.
- 3 Contudo, esta Lei Complementar ainda não fora editada, subsistindo tão somente Leis Complementares publicadas sob a égide da Constituição Federal passada que, manifestamente, já foram declaradas não compatíveis com o atual sistema constitucional pela Procuradoria Geral de nosso Estado.
- 4 Não há que se falar em violação a direito líquido e certo, adquirido ou a ato jurídico perfeito, posto que, no ato de aposentação do impetrante (ano de 2001), a nova ordem constitucional já era vigente.
- 5 Segurança denegada.

(MS n.º 100050016383, Rel. Manoel Alves Rabelo, Julgado em 09/10/06, Publicado no DJ 12/01/07).

4.3.1.5 CONVOCAÇÃO DE SERVIDORES EM DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA - ALEGAÇÃO DE BURLA AO CONCURSO PÚBLICO COM PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS - PRELIMINAR - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO - REJEITADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EM RELAÇÃO A CONVOCAÇÃO DE SERVIDORES EM DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA E A EXISTÊNCIA DE SELECIONADOS EM CERTAME ESPECÍFICO PARA TAIS FUNÇÕES - DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 333, INCISO I, DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL - RECURSO IMPROVIDO.

- 1 A fundamentação recursal, mesmo que sucinta, é suficiente para afastar a alegação de inadmissibilidade do recurso sob tal argumento.
- 2 A simples alegação de que a Administração Pública realiza contratações temporárias no vasto âmbito de suas atribuições, não permite produzir qualquer ilação acerca de eventual burla ao concurso público.
- 3 A correlação entre a suposta contratação temporária e a burla ao concurso público, com a preterição de candidatos aprovados em certame específico, demanda a comprovação probatória a que alude o artigo 333, inciso I, do Estatuto Processual Civil, não demonstrada, na hipótese, pelo Recorrente.
- 4 Recurso conhecido e improvido.

(ADI n.º 24990008088, Rel. Annibal de Rezende Lima. Primeira Câmara Cível. Julgado em 22/11/2006, Publicado no DJ 08/02/07).

4.3.1.6 MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ICMS - DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DEVIDA NA IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS EM FACE DA ALÍQUOTA DEVIDA NA SAÍDA INTERESTADUAL DOS MESMOS PRODUTOS - CRÉDITOS DE ICMS ACUMULADOS - COMPENSAÇÃO E TRANSFERÊNCIA DESTES CRÉDITOS - PRELIMINAR - LEI EM TESE - REJEIÇÃO - MÉRITO - AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CERTEZA E LIQUIDEZ DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - VEDAÇÃO À DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURAN-

ÇA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - NECESSIDADE DE PROVA DOS CRÉDITOS, DE SUA COMPOSTURA JURÍDICA E DE RECUSA POR PARTE DO FISCO A IMPEDIR A COMPENSAÇÃO - AUSÊNCIA DE ATO ILEGAL OU ABUSO DE PODER - SEGURANÇA DENEGADA.

- 1 No caso, não se cogita de lei em tese, mas sim de pretensão de deferimento de compensação e transferência de créditos de ICMS. Efeitos concretos. Embora aparente ser mera declaração de direitos em tese, em sua execução revela ter cunhos e efeitos patrimoniais, não se tratando do direito de compensar *in abstracto*.
- 2 O Colendo STJ pacificou entendimento no sentido de ser o mandado de segurança medida adequada para declarar o direito a compensação tributária, nos termos do que dispõe a Súmula 213.
- 3 Não há prova documental inequívoca a demonstrar o direito líquido e certo alegado, havendo a necessidade de dilação probatória a fim de se verificar se existe, efetivamente, valor a ser compensado.
- 4 É de se destacar que não admite, o mandado de segurança, dilação probatória, somente podendo ser usado para efeitos de compensação tributária, na hipótese de já haver a declaração de liquidez e certeza do crédito que alega o impetrante possuir. Não há, portanto, como se aferir o *quantum* que seria devido a título de eventual direito à compensação.
- 5 Ausência de requerimento e de recusa sobre a pretensão de compensação na forma estabelecida pela lei, sem o que não há como se aferir so-

bre ato ilegal ou abuso de poder praticado pelo agente público.

- 6 É pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido de que não incide correção monetária no momento da compensação com o tributo devido na saída da mercadoria, sobre créditos escriturais, exceto no caso de seu aproveitamento sofrer demora em virtude da resistência oposta por ilegítimo ato administrativo ou normativo do Fisco. Não há notícias de que tenha sido obstacularizado o crédito fiscal na escrituração do livro de apuração do ICMS.
- 7 Segurança denegada.

(MS 100050039732, Rel. Des. Izaías Eduardo da Silva. Pleno. Julgado em 01/03/2007, Publicado no DJ 16/03/2007).

4.3.1.7 APELAÇÃO CÍVEL. 1) LICENÇA DE CONSTRUÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS LEGAIS. 2) AGENTE PÚBLICO. EXERCÍCIO FUNCIONAL. CONTROLE PRÉVIO E INTERNO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ATIVIDADE *SECUNDUM LEGEM*. 3) CASO CONCRETO. LICENÇA NÃO CONCEDIDA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. PREJUÍZO AO MEIO AMBIENTE. MORRO DO MORENO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. INTERESSE COLETIVO. OBSERVÂNCIA À CF/88. 4) NEGATIVA DE EMISSÃO DA LICENÇA. CONSTRUÇÃO DE MORADIAS. VEDAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO IMPROVIDO.

- 1 Não se deixa ao administrador liberdade para decidir quanto à conveniência e à oportunidade de se conceber as denominadas licenças de construção, cabendo àquele, tão-somente, analisar se o cidadão cumpriu com as exigências legais aplicáveis à espécie, vinculando-se assim o administrador à concessão do ato em testilha.
- 2 O agente público, em seu exercício funcional, deve se ater ao princípio da legalidade, assim entendido a exigência de ater-se às normas existentes para poder cumprir com seu mister. A atividade administrativa, desta feita, não pode ser contra a lei (*contra legem*) ou além da lei (*praeter legem*), mas apenas em conformidade com a lei (*secundum legem*).
- 3 *In casu*, o ente público, em sua atividade administrativa vinculada aos princípios e regras constitucionais, não concedeu a licença para construir almejada pelos impetrantes-recorrentes, haja vista que tal ato, apesar de guarida infraconstitucional regional, viria a prejudicar o meio ambiente protegido do Morro do Moreno, o que, em última análise, prestigiaria um interesse particular em detrimento do interesse coletivo, ofendendo o que preconiza a Magna Carta em seus arts. 23, VI e 225.
- 4 A negativa de emissão de licença para construir, como dantes ressaltado, baseara-se na existência de normas que, em proteção ao meio ambiente, vedam a construção de moradias em áreas consideradas de preservação ambiental.

(Apelação Cível n.º 35020076036, Rel. Min. Rômulo Taddei, 3ª Câmara Cível, Julgado em 27/03/2007, Publicado no DJ 03/04/2007).

4.3.2 DECISÃO MONOCRÁTICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 024079003778

AGVTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

AGVDO: DANÚBIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE
MÓVEIS S/A

ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA CÂMARA CÍVEL

DATA DA DECISÃO: 18/04/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO NO DJ: 20/04/2007

RELATOR: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS

DECISÃO - Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, contra a decisão da MM. Juíza da Vara das Execuções Fiscais de Vitória, deferindo a nomeação à penhora do direito de crédito decorrente de precatório judicial feita por DANÚBIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS S/A, na execução fiscal que lhe fora movida pelo agravante (fls. 67/69).

Em suma, alega o agravante: a ausência de comprovação da titularidade do direito de crédito oferecido à penhora; a ineficácia da nomeação do precatório, pois o Tribunal Pleno acolheu a tese de relativização da coisa julgada, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Lei estadual n.º 3.935/87, que instituiu a trimestralidade dos reajustes dos vencimentos dos servidores públicos estaduais; a falta de cotação em bolsa do precatório e de vencimento em prazo certo; a desobediência à gradação estabelecida no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal; a impossibilidade legal de compensação no âmbito do processo executivo fiscal; a aceitação da nomeação do precatório viola a ordem cronológica exigida pelo artigo 100 da Constituição Federal.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Infere-se dos autos que a empresa agravada nomeou à penhora parte do direito de crédito decorrente do Precatório

n.º 200009000288, expedido por este Egrégio Tribunal de Justiça, cedidos através de escritura pública por Elbecy Henrique Lucas (fls. 52/53), em garantia à execução fiscal que lhe fora promovida pelo agravante, no valor de R\$ 174.932,08 (cento e setenta e quatro mil novecentos e trinta e dois reais e oito centavos), atualizado até julho de 2005 (fls. 22 e 30/31).

Sucedeu que o credor agravante recusou essa nomeação, sob os argumentos antes relatados, *especialmente a declaração judicial de inexigibilidade do direito de crédito oferecido à penhora*, e requereu a busca e penhora dos ativos financeiros existentes em nome da devedora agravada, através do Sistema BACEN/JUD (fls. 55/64).

Nada obstante, *sem pronunciar-se sobre a questão principal que motivou a recusa do credor agravante*, a MM. Juíza de primeiro grau deferiu a nomeação à penhora do questionado crédito, inclusive citando decisão monocrática da minha lavra, no bojo do Agravo de Instrumento n.º 024.06.900654-2, distribuído à Quarta Câmara Cível (fls. 67/69).

De fato, naquela ocasião, em que foi oferecido crédito resultante do mesmo precatório judicial, assim como em outras execuções fiscais semelhantes, como não tinha qualquer informação acerca da decisão que relativizou a coisa julgada inconstitucional, considerei válida a nomeação feita pela devedora executada, com amparo na jurisprudência atual dominante no Superior Tribunal de Justiça, que vem admitindo a penhora do direito de crédito decorrente de precatório judicial emitido contra a própria Fazenda Pública exeqüente, sem que isso represente qualquer afronta à graduação estabelecida no artigo 11 da Lei n.º 6.830/80.

Desta feita, outra deve ser a sorte do julgamento do incidente processual, porquanto tenho conhecimento de que o Egrégio Tribunal Pleno acolheu a tese de relativização da coisa julgada nos autos do Precatório n.º 200009000288, com base na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da Lei estadual n.º 3.935/87, que

instituiu a trimestralidade dos reajustes dos vencimentos dos servidores públicos estaduais (fls. 16/17), restando o v. acórdão estadual pendente de julgamento de recurso na instância extraordinária.

Com efeito, eis a ementa do julgado proveniente do Excelso Pretório:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAJUSTE TRIMESTRAL DE VENCIMENTOS/PROVENTOS NA FORMA DISCIPLINADA PELA LEI ESTADUAL N.º 3.935/87, PELA VARIAÇÃO DO IPC DO TRIMESTRE. VINCULAÇÃO A INDEXAÇÃO DECRETADA PELA UNIÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1 A lei estadual, que determina que o reajuste da remuneração dos servidores fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia estadual em matéria que diz respeito a seu peculiar interesse. 2. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido, para denegar a segurança requerida.” (STF, RE 166581/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJU 30/08/1996)

Sobre a questão da trimestralidade, em *decisão plenária* citada como precedente, a Suprema Corte, adotando a mesma razão determinante (*ratio decidendi*) do julgamento concernente à Lei capixaba, já havia assentado o entendimento segundo o qual:

“Lei municipal, que determina que o reajuste da remuneração dos servidores do Município fica vinculado automaticamente à variação do IPC, é inconstitucional, por atentar contra a autonomia do Município em matéria que diz respeito a seu peculiar interesse.” (STF, RE 145018/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJU 10/09/1993)

Assim, se a Lei estadual que originou o precatório foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a obrigação estampada no título judicial é inexigível, nos termos do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil.

A respeito dessa norma processual permissiva da relativização da coisa julgada inconstitucional, o Professor Paulo Henrique Lucon assevera que, além da simples declaração de ineficácia executiva do título, “*esse dispositivo autoriza a declaração de inexistência do direito material sobre o qual se funda o título executivo*” (MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2169).

Desse modo, tendo a decisão da Excelsa Corte força para obstar a execução da coisa julgada inconstitucional, por ilação lógica, o direito de crédito oferecido pela agravada não é apto a garantir a execução fiscal.

Evidentemente, o v. acórdão estadual que desconstituiu o título executivo judicial, sendo atacado por recurso desprovido de efeito suspensivo, a teor do artigo 542, § 2º, do Código de Processo Civil, opera os seus efeitos de imediato sobre a esfera jurídica individual dos interessados, o que torna ineficaz a nomeação do crédito resultante do precatório judicial cedido à empresa agravada, enquanto não houver decisão da instância superior em sentido contrário, com o restabelecimento (se for o caso) da higidez da sentença condenatória proferida contra a Fazenda Pública Estadual.

Ante o exposto, estando a decisão recorrida em confronto com a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, *dou provimento ao agravo de instrumento*, com fulcro no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, a fim de indeferir a nomeação à penhora do direito de crédito decorrente do precatório judicial feita pela devedora agravada.

Intimem-se.

Publique-se o inteiro teor desta decisão.

Vitória-ES, 17 de abril de 2007.

Desembargadora Catharina Maria Novaes Barcellos -
Relatora

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as idéias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica etc.

Todo trabalho será passível de revisão lingüística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em conseqüência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as idéias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 200____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.