

ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

DIREITO PÚBLICO:
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
DE MINAS GERAIS

Praça da Liberdade, s/nº
30.140.912 – Belo Horizonte – MG – Brasil
Fone: (31) 3250-0700 - Fax: (31) 3250-0742
<http://www.age.mg.gov.br>

GOVERNADOR DO ESTADO

Aécio Neves da Cunha

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

José Bonifácio Borges de Andrada

Os ex-Advogados-Gerais do Estado, os ex-Procuradores-Gerais do Estado e os Ex-Procuradores-Gerais da Fazenda Estadual são membros natos do Conselho Editorial da "Revista Jurídica" da Advocacia-Geral do Estado.

CONSELHO EDITORIAL

Bernardo Pinto Monteiro
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Víctor Muzzi Filho
Efigênio Esperendeus Meira
Heloíza Saraiva de Abreu
Humberto Rodrigues Gomes
Marco Antônio Rebello Romanelli
Moema Cordeiro de Azevedo Mattos
Onofre Alves Batista Júnior
Sérgio Pessoa de Paula Castro

SECRETÁRIA-GERAL

Ana Maria de Barcelos Martins

EQUIPE TÉCNICA

Maria de Fátima Oliveira Ribeiro (Coordenadora)
Cláudia de Almeida Serva
Geraldo Coccolo Jr.
Lícia Ferraz Venturi
Márcia Antônia Géa Sampaio

Solicita-se permuta / Pídese canje / On demande l'échange
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .

Semestral

Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

ISSN 1517-0748

1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

CDU 34(05)

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2004 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tiragem: 1.500 exemplares

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	05
SAUDAÇÃO AOS NOVOS PROCURADORES DO ESTADO	07
1. DOCTRINA	11
IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA • Alda de Almeida e Silva	13
A TRIBUTAÇÃO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET: não incidência de ICMS ou de ISSQN • André Mendes Moreira	33
CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO • Bruno Rodrigues de Faria	51
O MEIO AMBIENTE E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO • Edméa do Nascimento Rocha	61
A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS NECESSITADOS • Eduardo Andrade	85
INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL • Eduardo Goulart Pimenta	87
ELISÃO FISCAL: reflexões sobre a efetividade e alcance da lei antielisiva e sua aplicação no Estado de Minas Gerais • Inês Regina Ribeiro Soares	103
A LEI NATURAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO POSITIVO • José Bonifácio Borges de Andrada	151
DA CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO FALIMENTAR SEGUNDO A NOVA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL • Moacyr Lobato de Campos Filho	165
SANÇÃO TRIBUTÁRIA: natureza jurídica e funções • Paulo Roberto Coimbra Silva	195
A SOLIDEZ DA SÚMULA VINCULANTE E A FRAGILIDADE DA SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS • Roney Oliveira Júnior	207
O PODER, A POLÍTICA E AS INSTITUIÇÕES: o microcosmo do Conselho Nacional de Política Fazendária • Silvério Bouzada Dias Campos	211
A LIBERDADE E A IGUALDADE EM KANT • Simone Carneiro Carvalho	247
2. PARECERES, NOTAS JURÍDICAS E PEÇAS PROCESSUAIS	255
3. JURISPRUDÊNCIA	397
4. SÚMULA ADMINISTRATIVA	497
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA	501

A PRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que a Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais apresenta o segundo volume de sua Revista Jurídica, visando contribuir para o crescimento e divulgação do Direito Público.

Esta Revista surgiu com o objetivo de fomentar a produção intelectual e tornar-se palco de discussões jurídicas em busca de aperfeiçoamento e desenvolvimento da instituição.

Destaco que os Procuradores do Estado aceitaram o desafio de fazer esta Revista respeitável, tornando-a instrumento de propagação dos importantes trabalhos jurídicos desenvolvidos na defesa dos interesses do Estado de Minas Gerais.

É desejo que os artigos, pareceres, notas jurídicas, peças processuais, jurisprudência e súmulas administrativas contidos nesta Revista possam ser úteis não somente aos profissionais do Direito, mas também aos cidadãos que se preocupam com a res publica.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

Saudação aos novos Procuradores do Estado

No dia 18 de agosto de 2005 tomaram posse, coletivamente, trinta e oito (38) novos Procuradores do Estado, em sessão solene presidida pelo Advogado-Geral do Estado no auditório do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais.

Compareci a essa solenidade cívica, de singular importância para a AGE e de lá saí com ânimo redobrado, por sentir a consolidação de uma nova etapa nessa secular instituição a qual pertence e com o coração cheio de esperança no trabalho desses novos colegas, os primeiros a fazerem o concurso pleno para advogados do Estado.

Nós, os mais antigos, nos habituamos a este processo de saudar aqueles que chegam ao serviço público. Mas cada solenidade é um momento único que singulariza o ato e perpetua o seu significado. Isso é motivo suficiente para comemorar, pois, a existência e o desenvolvimento da instituição, que passam a integrar, estará garantida.

É aos novos colegas que dirijo esta mensagem.

Congratulo-me com vocês pelo sucesso alcançado no concurso público a que se submeteram, no qual pessoas, também, de muito valor não lograram êxito. Assim é o concurso público. Muitos bons ficaram de fora da classificação final, mas, os que passaram, certamente, são muito bons.

Para a maioria, é a primeira investidura em função pública. Para outros, é mesmo o “primeiro emprego”.

Mas a festa, antes de mais nada, é da Advocacia-Geral do Estado, instituição nascida há pouco mais de dois anos. Foi no dia 11 de julho de 2003 que a Assembléia Legislativa do Estado promulgou a Emenda Constitucional nº 56, que criou a AGE e integrou as antigas Procuradoria-Geral do Estado e Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual em sua estrutura.

A fusão das antigas Procuradorias, missão em princípio difícil confirmou-se como medida oportuna e correta. Teve no seu primeiro **ADVOGADO-GERAL**, o **Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**, o seu mentor e principal artífice. Sua determinação firme e ação contundente tornaram realidade essa nova e respeitável Advocacia-Geral, que tanto mereciam o Estado e o Povo de Minas Gerais.

Essa nova AGE, mesmo sem a estrutura administrativa e um quadro de servidores e procuradores adequado vem tendo atuação profícua, pois sabem os seus membros da importância de suas tarefas.

Agora, a AGE se completa e fica melhor aparelhada para cumprir suas múltiplas tarefas.

Deixo aqui a vocês, meus novos colegas, três breves considerações.

A primeira é a de que ninguém lhes pode questionar a inteligência e o preparo técnico. Isso vocês já provaram ter, após o duro concurso ao qual se submeteram.

Todavia, não basta *inteligência e preparo técnico*: é preciso transformá-los em sabedoria, aquela aptidão que nos faz dar sentido prático ao conhecimento adquirido.

Não se apeguem em demasia aos dogmas, conheçam a realidade que os cercam, procurem desempenhar suas tarefas tendo sempre em mente a finalidade para a qual foram escolhidos: ou, seja, a de servir.

Portanto, no desempenho de suas atividades, ajam não só com inteligência mas, sobretudo, com sabedoria.

A segunda consideração a fazer refere-se ao comportamento ético.

Aprendi a ética como o conjunto de valores e credos socialmente difundidos em determinado meio, absorvidos e praticados naturalmente pelo indivíduo e colocados em prática sem a finalidade de se buscar um prêmio ou se temer uma punição.

Quando agimos de maneira ética, olhamos para dentro e buscamos harmonizar nossa consciência à realidade que nos rodeia. Importa menos o que diz a lei que a voluntariedade da boa ação.

Leonardo Boff, em 1.993, sintetizou o conceito de ética, como visão de mundo, quando afirmou ser ela *“nossa irrestrita responsabilidade com tudo que existe e vive”*.

O comportamento ético é o que leva a pessoa a praticar o bem e rejeitar o mal, de maneira espontânea, sem almejar recompensa ou temer a sanção, legal ou social.

Na ação ética o pensamento do outro é secundário. Basta que tenhamos sabido que agir de determinada maneira adveio de um conceito de justiça, de honestidade e de misericórdia, que tem acolhida no meio social no qual nos achamos inseridos e no qual os valores e credos são assumidos por nós de maneira voluntária.

A ética e a sabedoria devem ser sempre nossas guias, especialmente, quando as coisas não são claras e as dúvidas nos atormentam.

O último século tem sido para a humanidade uma etapa particularmente difícil, em virtude da evolução vertiginosa da ciência. Assombramo-nos a todo momento com novos inventos e descobertas, que causam entusiasmo e euforia. Mas, em muitos momentos, isso traz perplexidade e até angústia, pelos efeitos morais e sociais que encerram.

NORBERTO BOBBIO, em seu derradeiro manuscrito, “Diário de Um Século – Autobiografia”, aponta essa questão dramática — a da contradição entre o desenvolvimento da ciência e as grandes interrogações éticas que este desenvolvimento provoca, entre a sabedoria de instigadores do cosmo e a nossa incapacidade de digerir e validar eticamente novos comportamentos.

Afirmou o incomparável mestre, que *“a ciência do bem e do mal ainda não foi inventada. Não há problema moral e jurídico, não há problema de regras de comportamento, de disciplina da nossa conduta, que não levante diversas e opostas soluções.”*

Questões tormentosas do seu tempo foram por ele elencadas, que precisaram de tempo para ser encaminhadas e assimiladas, como o aborto e a pena de morte. Podemos atualizar essa lista e adicionar várias outras questões, que ainda causam perplexidade e polêmica, como a manipulação dos códigos genéticos, os alimentos transgênicos e a clonagem de seres vivos.

A verdade é que o nosso senso moral e ético avança lentamente, pois é preciso tempo para discutir, assimilar e conformar novos usos e costumes; enquanto a ciência, a economia, a tecnologia e a política progredem velozmente.

Lembra BOBBIO que a massificação dos meios de comunicação nos faz dar voltas ao mundo, de forma cada vez mais rápida, e a ver estradas manchadas de sangue, montes de cadáveres abandonados, populações inteiras retiradas de suas casas, laceradas e famintas, crianças macilentas com os olhos saltando de suas órbitas, que nunca sorriram, e não conseguirão sorrir antes da morte precoce.

E que “o novo *ethos* mundial dos direitos do homem resplandece apenas nas solenes declarações internacionais e nos congressos mundiais que os celebram e doutamente comentam, mas a essas celebrações e comentários corresponde na verdade a sua sistemática violação em quase todos os países nas relações entre fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre quem sabe e quem não sabe.”

É nesta seara que nos inserimos, pois são questões que não prescindem do Direito para conformá-las à realidade. Nós, os operadores do Direito, devemos nos conscientizar e conformar com uma verdade intransponível: o direito não pode tudo, até porque é uma criação do homem que na sua elaboração leva todas as suas limitações e imperfeições.

É certo que continua prevalente a lição de RUI, para quem “*Fora do Direito não há salvação*”. Mas, cabe-nos atinar para a fenomenologia jurídica diante da dinâmica da vida. A órbita do pensamento jurídico e a efetividade da lei têm limites na realidade das coisas.

A lei pode, v.g., prever a obrigação do indivíduo de auxiliar outrem, quando evidente o perigo de um e a possibilidade do outro, como o dever de prestar auxílio a sobreviventes de um naufrágio. Entretanto, não pode impedir nossa omissão em face das dores do Mundo e exigir manifestações de compreensão e gentileza com os desvalidos que povoam o nosso cotidiano.

Pisar os domínios do *Direito* sem a visão ética colhida da realidade é pretender transformar um instrumento eficaz de controle social em manejo simples de técnica de solução pontual de conflitos.

O Direito é vivo e se faz a partir do homem e para o homem. Nesse caldo se misturam todos os ingredientes de que é feito o homem: razão e emoção, moral e devassidão; justiça e usurpação; honestidade e crueldade.

A Advocacia Pública deve ser exercida a partir dos preceitos morais gerais, naqueles incorporados internamente na Administração Pública, na ética consolidada nos Códigos, enfim, na *moralidade* exigida a qualquer indivíduo especialmente àqueles travestidos em agentes incumbidos da gestão da coisa pública.

A terceira e última consideração que lhes quero deixar se refere a atitude pro-ativa que se espera de vocês.

O Estado existe para o Povo e este espera que os seus servidores efetivamente os sirvam. Pois é, existimos para servir, por isso fomos alcunhados de SERVIDORES.

É fácil dizer não. No parecer jurídico temos o dever de dizer se a proposição sob análise é juridicamente possível e apontar a ilegalidade desvelada do estudo do caso. No entanto, como servidores, espera o Povo de nós, que, também, sejamos aqueles que mostram o caminho legal, possível de ser palmilhado.

Lembro-me da estória de “**BARTLEBY, O Escrivão**”, de *Herman Melville* (o mesmo autor de *Moby Dick*). Era ele um típico “*barnabé*” que só dizia não e preferia sempre nada fazer mesmo diante de exasperados chefes que lhe demandavam tarefas. Nunca ninguém conseguiu demovê-lo da leniência e da omissão cotidiana.

Eu sei que vocês não serão assim. A omissão e a inércia que levam ao imobilismo é o mal maior da Administração Pública e não podemos deixar que isso aconteça em Minas. O Estado tem muitos desafios e o Povo mineiro espera de vocês que saibam enfrentá-los, com sabedoria, com ética e com vontade.

Finalmente, se nenhuma palavra foi asseverada sobre o momento atual do Brasil, é proposital. A tratar de fatos mesquinhos, que nos assombram hoje, prefiro terminar refugiando-me na mensagem de esperança no passado lançada pelo imortal **CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE**:

“Quando a lei é uma palavra batida e pisada
que se refugia nas catacumbas do direito;
(...)
Quando os ferros da paz se convertem
em ferros da insegurança;
(...)
Quando a incompetência acusa o espelho
que a revela dizendo que a culpa é do espelho;
(...)
Então, é hora de recomeçar tudo outra vez,
sem ilusão e sem pressa,
mas com a teimosia do inseto
que busca um caminho no terremoto.”

Belo Horizonte, agosto de 2005.

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE
Advogado-Geral Adjunto do Estado

DOUTRINA

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

ALDA DE ALMEIDA E SILVA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A norma tributária constitucional. 3. A imunidade tributária: conceito e distinções. 4. A imunidade tributária recíproca. 5. Hermenêutica constitucional. 6. O regime tributário das empresas públicas. 7. A Empresa de Correios e Telégrafos e a imunidade. 8. A imunidade recíproca e os impostos indiretos. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Como um dos limites constitucionais impostos ao poder de tributar, a imunidade tributária recíproca é um dos temas mais debatidos na doutrina e na jurisprudência pátrias. Reveste-se de suma importância para aqueles que militam na seara do Direito Tributário, cuja interpretação, por vezes, assume caminhos tortuosos, em face da sua submissão ao Direito Constitucional. Por isso, as presentes linhas têm por finalidade incitar o pensamento, a reflexão e a crítica sobre o alcance do instituto da imunidade recíproca, cuja interpretação vem ultrapassando, exageradamente, os limites da técnica extensiva.

De início, será dado destaque à supremacia da Carta Magna no ordenamento jurídico, pois o primeiro capítulo será reservado para que sejam realçados os princípios constitucionais informadores do Direito Tributário, sobretudo, a competência e a identificação das pessoas detentoras do poder de tributar, bem como os limites lançados pelo Constituinte na função legislativa em matéria tributária.

A imunidade, em seu aspecto geral, será objeto do segundo capítulo, onde deverá ser dada ênfase ao conceito daquele instituto, a sua distinção com outros semelhantes e, de maneira mais sucinta, as formas de classificação presentes na doutrina.

No terceiro capítulo, será dado tratamento pontual à imunidade recíproca. Porém, todos os capítulos seguintes serão umbilicalmente interligados a esse que é considerado o cerne do presente trabalho. Registrar-se-á o fundamento daquela espécie de imunidade, a sua localização no ordenamento jurídico, o critério constitucional para a sua definição e os requisitos para a identificação dos beneficiários.

A hermenêutica constitucional merecerá um espaço maior no capítulo quarto, por considerar que é de fundamental importância voltar as atenções para os critérios utilizados na interpretação da regra

* Procuradora Consultora do Estado de Minas Gerais; Especialista em Direito Público.

imunizadora. Naquele tópico, serão apontadas as críticas a serem feitas à elasticidade exagerada das normas constitucionais, realizada com o pretexto de se estender o rol dos beneficiários da imunidade recíproca.

No quinto capítulo, as pessoas de direito privado, mais especificamente, as empresas públicas, serão analisadas para se concluir pela sua posição frente à regra da imunidade intergovernamental, com análise da sua natureza jurídica e definição legal.

Dando continuidade ao tópico anterior, o capítulo sexto será de cunho prático, exemplificativo, com exame dos aspectos objetivo e subjetivo de uma das mais conhecidas e importantes empresas públicas existentes no cenário nacional: a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo em vista a existência de relevantes discussões judiciais acerca de sua posição perante o instituto da imunidade intergovernamental. A posição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria também fará parte desse capítulo.

O último tópico terá a incumbência de apontar a espécie tributária relacionada à imunidade recíproca, os contornos da sua repercussão econômica, dando ênfase aos impostos considerados como indiretos.

As conclusões também serão apresentadas, na forma corrida, logo após o último capítulo.

Faz-se necessário esclarecer que a exibição dos assuntos por capítulos sem subdivisões será assim realizada por entender que, dessa maneira, o raciocínio fluirá sem interrupções, de forma lenta e contínua, tendo em vista que cada tópico poderá suavemente se inter-relacionar com o seguinte, sem obstáculos.

2. A NORMA TRIBUTÁRIA CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil é a grande responsável pela sistematização das regras tributárias. É no texto constitucional que se inserem as normas supremas da ordem tributária que compõem o Sistema Tributário Nacional, interagindo com todos os demais ramos do Direito. São de égide constitucional todos os princípios informadores do Direito Tributário, a enumeração exhaustiva das pessoas com poder de tributar, as regras gerais aplicáveis a todas elas, com indicação da incidência dos tributos e a participação das normas de cunho infraconstitucional, na sua tarefa de criar e regulamentar cada espécie de exação.

Por meio da Constituição da República, no dizer de Cassone,¹ são informados “os princípios ou as regras a seguir; o CTN trata das normas gerais, e a lei ordinária, como norma, viabiliza tais princípios e regras, estabelecendo detalhadamente as obrigações e os direitos dos contribuintes”.

No âmbito constitucional podem ser encontrados os princípios norteadores da competência tributária, onde são atribuídos os poderes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, pessoas políticas dotadas de atividades legislativas, para criarem tributos e, em contrapartida, também ali reside a delimitação do exercício desses poderes, a fim de dar segurança jurídica às relações de feição tributária.

¹ CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

Erige de todo o sistema tributário constitucional a regra básica e informadora da distribuição da competência, dirigida às pessoas políticas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A competência tributária, por sua vez, é “a aptidão jurídica para criar, ‘in abstracto’, tributos”², através do processo legislativo, pois, não se cria tributos sem lei em sentido estrito, regra advinda do Princípio da Legalidade (artigos 5º, II, e 150, I, da Constituição da República).

Sob as diretrizes constitucionais, pode o titular da competência tributária, quanto ao tributo, criá-lo ou não e, uma vez criado, pode o mesmo ser aumentado, diminuído ou tornar-se objeto de isenção. Mas, quanto à competência, jamais poderá o seu titular renunciá-la, pois é a mesma indelegável e irrenunciável.³

Não se pode admitir, portanto, a afirmativa de que a Constituição cria tributo, mas aquela norma atribui a competência às pessoas politicamente designadas para fazê-lo, por meio de lei.

Ainda na seara da competência, não admite o texto constitucional o seu exercício ilimitado. Ao contrário, informa às pessoas políticas a fronteira incedível da atuação legislativa, através das conhecidas Limitações ao Poder de Tributar (art. 150 e seguintes da carta constitucional), uma vez que estas demarcam a conduta do titular da competência tributária na criação dos tributos.

Com efeito, os postulados constitucionais são caracterizados pela existência de vários princípios, que atuam de forma a atrair para si as regras jurídicas⁴, de modo implícito ou explícitos, conforme acontece nas normas limitativas ao poder de tributar. Apenas a título exemplificativo, vale destacar os princípios da imunidade, legalidade (de natureza fundamental), igualdade e isonomia, anterioridade, irretroatividade da lei tributária, da não utilização do tributo com efeito de confisco, da não-discriminação tributária, em razão da procedência ou do destino dos bens, entre muitos outros previstos tanto na forma expressa, como na implícita, mas todos convivendo sob a égide da integração.

Interessa mais ao presente estudo, no entanto, o citado princípio da imunidade recíproca, espécie do gênero imunidades tributárias, tendo em vista que nela se encontra albergada a justificativa para as desonerações pretendidas por algumas empresas públicas, como a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica apontada para dar uma visão mais prática e exemplificativa do assunto em pauta.

3. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA: CONCEITO E DISTINÇÕES

O tema da imunidade tributária vem oferecendo aos doutrinadores pátrios muitos debates acerca da sua natureza jurídica, pois, a despeito de a Constituição da República dar-lhe tratamento de “limitação ao poder de tributar”, há estudiosos que discordam dessa classificação.

Tomando por empréstimo os apontamentos apresentados por Lunardelli⁵, sobre os diversos posicionamentos doutrinários acerca do assunto, vale destacar: Souto Maior Borges, para quem a imunidade não subtrai competência, pois esta já nasce limitada; Ruy Barbosa Nogueira, que afirma que a imunidade é uma forma de não incidência pela supressão da competência impositiva; Aliomar Baleeiro, que entendia

² CARRAZZA, Roque Antônio. *Icms*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26.

³ Cf. CARRAZZA, *Op. cit.*, p. 27.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 90.

⁵ LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. *Isenções Tributárias*. São Paulo: Dialética, 1999. p.106.

que as limitações funcionam por meio de “imunidades fiscais”, impedindo ao legislador ordinário a decretação de impostos, nas situações definidas na Constituição; e, Paulo de Barros Carvalho, que advoga a tese de que as imunidades tributárias estabelecem a incompetência da pessoa política para expedir regras instituidoras de tributos em situações específicas.

A despeito de ser o debate bastante profícuo, aplausível se torna a síntese elaborada por Misabel Abreu, também lembrada por Lunardelli, de onde se extrai que a imunidade:

*“é regra jurídica, com sede constitucional; é delimitativa (no sentido negativo) da competência dos entes políticos da Federação, ou regra de incompetência; obsta o exercício da atividade legislativa do ente estatal, pois nega a competência para criar imposição em relação a certos fatos especiais e determinados; distingue-se da isenção, que se dá no plano infraconstitucional da lei ordinária ou complementar.”*⁶

As normas jurídicas imunizantes são, indiscutivelmente, constitucionais, circunstância essa que se revela a principal distinção das chamadas isenções tributárias. Enquanto aquelas têm sua sede na esfera constitucional, estas têm origem na norma infraconstitucional, mediante lei em sentido estrito, que especifica as condições para sua concessão. Ademais, a isenção só é possível se houver tributação, ou seja, é acontecimento que pressupõe anterior incidência tributária.

Diante das feições específicas dos dois institutos, nota-se que, embora à primeira vista possam ser encontradas semelhanças, uma vez que ambos têm o efeito prático de desonerar o contribuinte, o certo é que são muito distintos na sua intrínseca compleição, o que faz com que a doutrina tenha papel de extrema relevância quando elabora conceitos não encontrados de modo expresso na lei, como é o caso das hipóteses de exoneração tributária.

As categorias especiais da técnica de tributação, conhecidas por incidência, não-incidência, isenção, alíquota zero e imunidade⁷, não se confundem. Incidência é a realização do fato descrito na lei, fazendo nascer a obrigação tributária; não-incidência é o contrário, é a não realização do fato jurídico, por falta de sua descrição pela lei; isenção é a dispensa do pagamento, ou seja, há a realização do fato anteriormente descrito na lei e o nascimento da obrigação tributária, que, porém, é dispensada do seu cumprimento; alíquota zero consiste na redução de um dos elementos do fato gerador (alíquota) a valor nulo; e, a imunidade, como já se viu, é regra de incompetência tributária.

Estabelecendo a Norma Suprema o âmbito de atuação legislativa das pessoas políticas, delimitando-lhes a competência, forçoso admitir que qualquer extrapolação no uso dos poderes será inquinada de inconstitucional⁸, com afrontamento à ordem pública, pois as normas imunizadoras estão revestidas de interesse social. Têm por escopo a proteção das liberdades próprias do Estado Democrático de Direito, protegendo direito público subjetivo de determinadas pessoas, afastando-as da tributação, quer pela sua natureza jurídica, quer pela sua relação com certos fatos e situações específicas.

As condições das pessoas beneficiárias da imunidade e a consideração de certos bens e fatos formaram a idéia classificatória de imunidades subjetivas e imunidades objetivas, respectivamente. As

⁶ Cf. *Op. cit.*, p. 105.

⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 165.

⁸ Nesse sentido, afirmou Aliomar Baleeiro em frase bastante conhecida, que “Imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam”. (*Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.84.).

primeiras (subjetivas) levam em consideração a qualidade da pessoa, enquanto as outras (objetivas) são outorgadas para vedar a incidência de tributos sobre determinados bens. A combinação de ambas as condições, subjetivas e objetivas, dá azo à chamada “*imunidade tributária material-pessoal*”,⁹ também conhecida como mista.

Exemplo de imunidade subjetiva é considerada a das pessoas políticas, que não podem tributar umas às outras (recíproca); de imunidade objetiva, a que veda a incidência sobre os livros, jornais, periódicos e ao papel destinado a sua impressão; e, mista, a que impede a tributação sobre o patrimônio, renda ou serviços (objetividade material) dos partidos políticos e outras entidades (subjetividade).

Interessa a dita classificação, tendo em vista que, com base nela, há de ser entendido o verdadeiro alcance da imunidade tributária recíproca, cerne do presente trabalho, o que será tratado nas próximas linhas.

4. A IMUNIDADE RECÍPROCA

No âmbito das limitações ao poder de tributar, compreendidas no texto constitucional, é encontrada a imunidade intergovernamental, também conhecida por imunidade recíproca das pessoas políticas¹⁰, onde é vedada a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços umas das outras.

Referido instituto tem raízes no direito americano, modelo adotado pelo constituinte brasileiro, após o famoso caso “*McCulloch v. Maryland*”, em que se discutia a cobrança de impostos de banco nacional por Estado-membro, julgado em 1819 pelo lendário juiz Marshall que, ao final, decidiu pela impossibilidade da pretensão, com base no princípio da supremacia da União.¹¹ No Brasil, o caso americano inspirou Rui Barbosa e o princípio da imunidade recíproca apareceu embrionariamente na primeira Constituição Republicana, datada de 1891, por aprovação de anteprojeto de autoria daquele jurista.

As idéias surgidas com a discussão judicial supracitada apontaram para as seguintes conclusões, valendo as mesmas para o modelo brasileiro:

I – a competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir;

II – não se deseja – e a própria Constituição não admite – nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e

III – destarte, nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.¹²

⁹ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Imunidade tributária*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p.135.

¹⁰ A imunidade recíproca está prevista no art. 150, inc. VI, alínea ‘a’ da Constituição da República, com a seguinte redação: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;”.

¹¹ Ricardo Lobo Torres apresenta excelente exposição acerca do caso, bem como os seus desdobramentos (*Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 225, v. III).

¹² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 636.

O fundamento da imunidade recíproca se apóia nos princípios da isonomia entre as pessoas políticas, da forma federativa de Estado e da capacidade econômica. Todos esses princípios se interligam, pois, o federalismo, no modelo brasileiro, incluído no rol das cláusulas pétreas,¹³ tem como pressuposto a convivência dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) sem qualquer subordinação ou hierarquia, já que possuem suas competências constitucionalmente demarcadas. A cobrança de impostos entre eles, inevitavelmente, poria em risco o pacto federativo, ante à possibilidade de perda da autonomia e à subordinação que caracteriza a relação jurídica tributária, bem como em face da possível redução ou esgotamento da sua capacidade econômica.

Para isso, a Constituição da República elencou, expressamente, as pessoas destinatárias do benefício imunizador, quais sejam, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tão somente, ou seja, atribuiu à imunidade tributária recíproca um caráter subjetivo, por levar em consideração a natureza jurídica de cada ente mencionado. Tal regra comporta apenas duas exceções: autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, restringindo o alcance da imunidade para esses entes (todos são pessoas jurídicas de direito público) apenas no que se refere ao patrimônio, renda e serviços vinculados as suas finalidades essenciais¹⁴, na verdadeira compreensão da ordem constitucional vigente.

Assevera Muzzi Filho que “a imunidade refere-se, não à atividade em si, mas à pessoa jurídica que a executa” e acrescenta:

“Se assim não fosse, não teria a Constituição declinado as pessoas jurídicas de direito público alcançadas pela regra da imunidade, e nem teria se preocupado em estender tal regra às autarquias e fundações (§3º do art. 150), sem se referir ou sem nominar outras pessoas que também pudessem exercer serviço público, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Aliás, se se tratasse de imunidade objetiva, mais razoável seria dizer que não seria possível tributar os serviços públicos.”¹⁵

A imunidade intergovernamental somente protege os entes públicos, que se “integrem à estrutura política do país”,¹⁶ dotados de estatalidade, afastando, assim, os particulares. A Carta Magna estabelece que determinadas pessoas não poderão ser oneradas por meio de impostos, havendo um “verdadeiro sentido axiológico, portanto, a informar as imunidades tributárias”,¹⁷ ou seja, a proteção aos entes federados e, por exceção, às duas entidades compreendidas na redação constitucional: autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. Note-se que todas as entidades citadas são pessoas jurídicas de direito público. Não há previsão do benefício para as pessoas jurídicas de direito privado, o que afasta as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Quisesse o Constituinte, para homenagear o suposto critério objetivo da regra imunizante recíproca, que outras entidades praticantes do serviço público se incluíssem naquela disposição, não teria elencado taxativamente aquelas previstas; ou, por outro lado,

¹³ A constituição da República proclama: “Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado”.

¹⁴ Exceção prevista no §2º do art. 150 da Constituição da República, de seguinte teor: “A vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.

¹⁵MUZZI FILHO, Carlos Victor. Empresa brasileira de correios e telégrafos (ECT) – Tributação de seus serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 47, p. 9-25, jul-set 2002.

¹⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo, *Op. cit.*, p.238.

¹⁷ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

teria incluído as empresas públicas e as sociedades de economia mista naquele rol; ou, estenderia a imunidade recíproca para todos os serviços de natureza pública, seja quem fosse a entidade prestadora.

Lançada a incompetência para as pessoas políticas instituírem impostos umas às outras, depara-se, ainda, no texto constitucional, com uma limitação ao exercício do direito subjetivo dos entes federados de não se verem tributados. Em outros termos, a imunidade intergovernamental da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, não existirá, em caso de exploração de atividades econômicas ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel, conforme previsto na Constituição da República.¹⁸

Fácil verificar, portanto, que a aplicação do benefício da imunidade recíproca não é de todo ilimitada, não se tratando de um direito subjetivo de exercício amplo. Vale esclarecer, neste ponto, que o direito subjetivo de não constar no pólo passivo da relação jurídica tributária não se sujeita à restrição, mas, em contrapartida, o gozo desse direito pode ser limitado, desde que por norma de índole constitucional. Assim foi feito pelo constituinte brasileiro, ao permitir que o patrimônio, a renda e os serviços das pessoas políticas e de suas autarquias e fundações públicas, relacionados às atividades econômicas ou sujeitos ao ressarcimento através de preços e tarifas pelo usuário, sejam normalmente tributados.

A disposição consagrada no §3º do artigo 150 do comando constitucional tem sido objeto de grandes tergiversações por parte de muitos contribuintes, principalmente daqueles a quem interessa que a norma a ser interpretada não considere o seu aspecto semântico, para dar um tratamento exagerado à interpretação sistemática. Assim, pela importância que a hermenêutica exerce sobre os dispositivos ora comentados, revela-se imprescindível a reserva de algumas linhas a seu respeito, apresentadas no próximo capítulo.

4. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional, nesse trabalho, impescinde da análise, tendo em vista que, na seara tributária, tem a norma complementar papel de fundamental importância, mas, de clara subordinação, uma vez que o direito tributário “[...] perfila um sistema de interpretação próprio às suas peculiaridades, que decorrem da implicitude da lei maior [...] exteriorizadas pelo diploma complementar”.¹⁹

Infere-se que todas as normas que compõem o seio constitucional são de ordem superior e fundamentais. Mas, por vezes retoma-se o conceito de que, para a interpretação, precedem os Princípios Fundamentais da República Federativa e dos Direitos e Garantias Fundamentais.²⁰ Com referência às normas constitucionais de feição tributária, a aplicação do Direito não foge à rigidez dos princípios balizadores, devendo o intérprete ter em mente os limites da competência estabelecida no âmbito da Carta Magna.

¹⁸ Cf. §3º do art. 150 de seguinte teor: “As vedações do inciso VI, *a*, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente o bem imóvel.”

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A interpretação das desonerações tributárias no direito brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 49, p. 253-260, mar./abr., 2003.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

Aos Princípios Fundamentais da República e aos Direitos e Garantias Fundamentais, muitos outros são adicionados com o fim de contribuir exaustivamente para a harmonização do Sistema Tributário Nacional como um todo e para a salutar correlação com outros ramos do Direito, tanto públicos, quanto privados, mas sempre obedecendo à finalidade para a qual são destinados dentro do ordenamento jurídico.

Todos os princípios convivem entre si e devem fazê-lo harmoniosamente, muito embora se admita que possa haver conflitos entre eles,²¹ o que exige da hermenêutica constitucional mais do que uma análise meramente empírica, mas um norte cientificamente traçado, a ser seguido pelo intérprete em seu mister. A função, pois, da hermenêutica, conforme Maximiliano²², é fornecer ao intérprete “os critérios aplicáveis na interpretação das regras jurídicas”, pois, “enquanto que a hermenêutica é teórica [...] a interpretação é de cunho prático”. Assim, pelas regras orientadoras daquela ciência jurídica, deve ser abandonado todo o subjetivismo durante a interpretação, em nome da segurança jurídica, para que o intérprete atinja o sentido e o alcance das expressões da lei.

A interpretação das normas jurídicas constitucionais é mais problemática do que a da lei comum, pois a Constituição é um texto de nítida feição política, sem possuir exclusivo conteúdo jurídico, fazendo com que os problemas de interpretação constitucional sejam mais amplos e completos, por repercutirem sobre todo o ordenamento jurídico.²³ Na solução de eventual conflito entre bens e direitos constitucionalmente amparados, algumas regras são utilizadas pela doutrina pátria, onde não é mais admitido o posicionamento, segundo o qual, um texto bem redigido e claro dispensa a tarefa do intérprete. Admitir-se tal inserção nas regras interpretativas seria achincalhar o próprio Direito como ciência, reduzindo-o ao um monte de palavras que, se aparentemente bem redigidas, dispensariam o intérprete.

Algumas regras existem para serem usadas no esclarecimento da norma, quando supostamente são apontados conflitos entre os princípios, podendo destacar aquelas apontadas por Alexandre de Moraes:

“a contradição dos princípios dever ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios; deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade; os preceitos constitucionais deverão ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente, a fim de colher-se seu verdadeiro significado.”²⁴

O Poder Judiciário tem a grande responsabilidade de aplicar o Direito, oferecendo soluções, mesmo quando a norma disciplinadora não atendeu especificamente ao caso concreto ou até quando não o precedeu. Nesta última hipótese, todavia, onde inexistente previsão normativa, há regra para preenchimento

²¹ Nesse sentido, afirma José Joaquim Gomes Canotilho que “o fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios já insinua que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais” (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1999. p. 196).

²² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 14.

²³ FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27.

²⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 46.

das eventuais lacunas no ordenamento jurídico, já que é admitida ao magistrado a aplicação dos costumes e princípios gerais de direito, face ao que estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²⁵

Por outro lado, oferecendo o texto legal todos os parâmetros para a aplicação normativa, com uso adequado e valorativo da semântica e da lógica, orienta a hermenêutica que o intérprete deve “abandonar o trabalho exegético tão logo constate a clareza do texto”,²⁶ a fim de evitar que enverede pelos obscuros caminhos da interpretação extensiva, principalmente quando se trata de norma constitucional, pela repercussão que gerará em todo o ordenamento jurídico, não se tratando, bom frisar, de apego à literalidade, mas de atendimento ao fim destinado.

Com relação à regra insculpida no §3º do art. 150 da Constituição da República, sintaticamente, a expressão “ou” trata-se de uma conjunção alternativa, que liga “pensamentos que se excluem ou se alternam”.²⁷ Ao examinar a aludida regra, verifica-se que o uso da partícula “ou” foi destinado ao fim precípua de alternar o alcance da vedação, determinando que seja uma coisa ou outra: a exploração de atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados “ou” em que (nas quais, nas atividades) haja contraprestação, pagamento, cobrança de preços e tarifas pelo usuário. Vale dizer, o patrimônio, a renda e os serviços das entidades arroladas no “*caput*” do art. 150 e no seu §2º, relacionados com a exploração da atividade econômica, não estão albergados pela imunidade recíproca; o patrimônio, a renda e os serviços também daquelas entidades, quando sujeitos à contraprestação por preços ou tarifas, da mesma forma, não estão sob o abrigo da imunidade intergovernamental.

A inclusão da empresa pública no rol das pessoas excepcionadas no §2º do art. 150 da Constituição da República consistiria em extrapolar os limites da interpretação extensiva²⁸, método usado como solução para os casos em que a lei disse menos do que queria dizer. Não é o caso, porém, do supracitado dispositivo constitucional, já que a norma arrolou exaustivamente os beneficiários da regra imunizante. Da mesma forma, não considerar o que foi tratado pelo constituinte (art. 150, §3º) como exceção à reciprocidade da exação tributária, para dar tratamento privilegiado à empresa pública que cobra tarifas, é legislar a favor desta.

Muito embora a tendência do Supremo Tribunal Federal é caminhar para uma interpretação extensiva das imunidades²⁹, a esse posicionamento cabe a invocação contrária do princípio hermenêutico da Taxatividade da Norma Constitucional, lembrado por Motta e Douglas:

*“Uma norma constitucional deve sempre ser interpretada taxativamente não se admitindo uma interpretação de (fora do contexto constitucional) de maneira extensiva ou analógica. Esse princípio decorre do anterior [referem-se os autores ao Princípio da Imperatividade da Norma Constitucional] e limita o âmbito de incidência na norma constitucional à vontade expressa do legislador constituinte.”*³⁰

²⁵ Cf. Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/1942, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁶ MACEDO, Mauri R. de. *A lei e o arbítrio à luz da hermenêutica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 19.

²⁷ ANDRÉ, Hildebrando Afonso de. *Gramática Ilustrada*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1981. p. 231.

²⁸ Heleno Torres, dizendo sobre o dirigismo hermenêutico, aduz que a interpretação extensiva estaria “manifestada na intenção do intérprete em ampliar o sentido da norma para além de uma interpretação especificadora, com a finalidade de alcançar situações ou propriedades que aparentemente não estariam contidas no enunciado interpretado”. (*Direito tributário e direito privado. Autonomia privada – simulação – elisão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 221).

²⁹ RE 174.476-6/SP, DJ 12.12.97.

³⁰ MOTTA, Sílvio, DOUGLAS, William. *Concurso público – direito constitucional*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996. p. 7.

Conforme já amplamente proclamado, a imunidade intergovernamental atende à necessidade de proteção ao Pacto Federativo, que poderia ser ameaçado na hipótese de sujeição de uma pessoa política à outra e, conseqüentemente, perda da sua autonomia. Referida ameaça não se revela quando se trata de uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado (empresa pública³¹), que mantém operante a fonte de custeio da prestação de seus serviços: os preços e as tarifas cobradas dos usuários. Essa é a razão de a Constituição da República ter permitido a incidência de impostos sobre o patrimônio, rendas e serviços das pessoas políticas, autarquias e fundações, quando houver cobrança de preços e tarifas.

Bom frisar que a inclusão das autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público foi feita de forma excepcional, pois a regra é a reciprocidade entre os entes dotados de poderes legislativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pessoas jurídicas que podem figurar no pólo ativo da relação jurídica tributária. A adição da empresa pública, sobretudo, a que cobra tarifas pela prestação do serviço, à lista dos beneficiários elencados pelo texto constitucional, constituiria a exceção da exceção, tendo em vista que todos eles são pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica de direito público. Não se deve olvidar, portanto, os valores assegurados pela lei no tratamento dado aos institutos de direito público e privado, sobretudo quando a norma é de nível constitucional, mas proporcionar à interpretação sistemática a indicação do seu real alcance e finalidade.

A despeito de se defender que a imunidade tributária recíproca somente beneficia as pessoas expressamente citadas no texto constitucional, já que este levou em consideração a natureza jurídica das mesmas, resta demonstrar o não enquadramento das empresas públicas naquele privilégio, não apenas sob o aspecto subjetivo (pessoa jurídica de direito privado), mas também sob o enfoque objetivo, uma vez que a combinação do benefício imunizador com a atividade econômica e sujeita à cobrança de tarifas é incompatível e, sobretudo, inconstitucional.

6. O REGIME TRIBUTÁRIO DAS EMPRESAS PÚBLICAS

A empresa pública é “toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração pelo Estado de qualquer atividade com fins lucrativos”³², ou seja, “criada para a exploração da atividade econômica que o Governo seja levado a exercer”³³. Possui patrimônio próprio e capital exclusivo do Poder Público, podendo revestir-se de quaisquer formas admitidas em Direito, sempre criada por Lei. Portanto, aquela empresa é dotada de personalidade jurídica de direito privado. Esse também é o tratamento dado pela Constituição da República, que ao cuidar da Ordem Econômica e Financeira, deixa clara a natureza privada daquele ente estatal, nos termos do artigo 173 “*caput*”, seus parágrafos e incisos, devendo destacar que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos à do setor privado” (art. 173, §2º). O “*caput*” desse dispositivo permite a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”, quando “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” e ressalvados os casos previstos pelo próprio texto constitucional.

³¹ O Decreto-lei nº 200, de 25.2.1967, classifica as autarquias como pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas e as sociedades de economia mista como detentoras de personalidade jurídica de direito privado. Quanto às fundações, foram, a princípio, consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado, em face da redação do inc. IV do art. 5º daquele Decreto-lei, dada pela Lei 7.596/87. A Constituição de 1988 passou a tratar as fundações públicas como entidades de Direito Público em dispositivos esparsos do seu texto (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, §2º; 22, XXVII; 37, XVII e XIX, 163, II, e art. 19 do Ato das Disposições Transitórias).

³² CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 97.

³³ Cf. Decreto-lei 900, de 29.09.1969 in <www6.senado.gov.br/legislação>. Acesso em: 19 mar 2005.

A ressalva efetuada pelo artigo sob comento refere-se às atividades que, por política de proteção a determinados assuntos, prefere a Constituição que sejam executadas por meio de monopólio (art. 177). Porém, em uma análise mais atenta da realidade, verifica-se que também aquelas atividades se sujeitam “às regras de Direito Privado” e “correspondem, pura e simplesmente, a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa”.³⁴

Na medida em que a Administração Pública resolve atuar na atividade econômica, passa a se submeter às regras do Direito Privado, sem quaisquer privilégios de natureza fiscal não extensivos àquele setor. A imunidade recíproca é um benemérito fiscal, de natureza constitucional, atribuído às pessoas previamente demarcadas, para que se vejam livres da submissão tributária, por proibição de se instituir impostos umas às outras, nos casos especificados. A atividade econômica praticada por ente estatal é sempre custeada por preços e/ou tarifas, de modo que, uma vez existente a contraprestação, impede a Constituição da República que a entidade estatal se privilegie com a imunidade intergovernamental, mesmo, porque, a exação tributária não ofenderia a capacidade contributiva, tendo em vista a existência da fonte de custeio das atividades a serem tributadas.

Para Di Pietro, se a Administração Pública optou por desempenhar atividade econômica, deverá submetê-la ao direito privado:

*“A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. Exemplificando: o artigo 173, §1º, da Constituição determina que a empresa pública, a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias que explorem atividade econômica se sujeitem a regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este instituir, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado.”*³⁵

A lei criadora da empresa pública deverá estabelecer o seu estatuto jurídico e dispor sobre a “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, §1º, inc. II, da Constituição da República). O tratamento tributário constitucional, conforme se viu, é o mesmo recebido pelas demais pessoas jurídicas de direito privado, assim como as obrigações trabalhistas, pois, sabe-se que os funcionários da empresa pública, como de todas as estatais, têm o seu contrato de trabalho regido pelas normas do Direito do Trabalho, muito embora, dirigentes e empregados, não sendo servidores públicos, estejam sujeitos às vedações constitucionais de acumulação de cargos (art. 37, XVII) e sejam considerados funcionários públicos para efeito de responsabilização criminal (art. 327, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro), o que não desnatura a condição privada daquela entidade.

A atribuição da natureza jurídica privada da empresa pública subsiste juntamente com a sujeição daquela pessoa jurídica aos princípios da Administração Pública, sem sofrer qualquer abalo. É que, na medida em que o texto constitucional, ao mesmo tempo em que dispõe sobre o regime jurídico privado da empresa pública (e também da sociedade de economia mista), vedando-lhe privilégios fiscais, submete-a aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, expressos no art. 37 da Carta

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 451.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 63.

Magna, demonstrando a convivência pacífica e harmoniosa dos princípios da Administração Pública, da Ordem Econômica e, ainda, do Sistema Tributário Nacional, em razão do disposto na regra que não lhe permite se beneficiar da imunidade recíproca, pelos motivos já explicitados.

A condição de paraestatal, na qual se incluem as empresas públicas, não descaracteriza a sua natureza privada, ensinando Meirelles que:

“Entidades Paraestatais – São pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros). As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão da entidade estatal a que pertencem, o qual supervisiona e controla seu desempenho estatutário, sem interferir diretamente na sua administração.”³⁶

Para melhor examinar um caso prático, é de utilidade tomar como exemplo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública que atua economicamente no ramo do serviço postal, com características peculiares, pois pratica atividades sob regime de monopólio e outras em franca competitividade com a iniciativa privada.

7. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E IMUNIDADE RECÍPROCA

Assiste-se, já há algum tempo, a apaixonantes debates nos Tribunais acerca da cobrança de impostos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, doravante a ser aqui tratada apenas por ECT. De um lado, figuram ora os Estados, ora os Municípios, na qualidade de sujeitos ativos da cobrança tributária e, de outro, a ECT, na condição de sujeito passivo da exação, em ações de execução fiscal, declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária, anulatória de débitos fiscais ou mandados de segurança. As discussões travadas centram-se, basicamente, na inclusão ou não daquela empresa na regra da imunidade recíproca, já que entende a ECT ser beneficiária daquele instituto, tese contra a qual se insurgem os Estados e os Municípios, cuja jurisprudência ainda não se assentou sobre uma ou outra posição.

Em socorro à tese da ECT, proclamou Ataliba³⁷, que a imunidade recíproca protege o serviço público, importando a atividade em si, ou seja, atribuindo critério objetivo à norma imunizante. Também Ives Gandra³⁸ não deixou de apoiar a tese objetiva da imunidade, considerando a ECT como beneficiária daquele instituto, em face da natureza dos serviços por ela prestados, dizendo que, quando os serviços

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 63.

³⁷ ATALIBA, Geraldo. E.C.T. e Icms. 1992. Nota: não consta que tenha o autor publicado o seu trabalho, podendo ser encontrada cópia em processos administrativos e judiciais, como nos autos de Embargos de Devedor nº 20023800004351-4 (23ª Vara Federal – Seção Judiciária de Minas Gerais, em que contendem a ECT e a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais).

³⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade tributária dos correios e telégrafos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 288. p. 32-39, out 2001.

públicos forem monopolizados ou de responsabilidade exclusiva da União, submetem-se “à regência da imunidade do artigo 150, inciso VI, letra ‘a’.” Ambos os autores elaboraram os seus pareceres, prestando consultoria direta à ECT, que vem utilizando aqueles argumentos nos processos administrativos e judiciais.

A questão que envolve a ECT advém da seguinte indagação: é a aquela empresa imune aos impostos, em razão da atividade que exerce como prestadora do serviço postal? Para quem entende que basta a análise da sua natureza jurídica, a resposta à pergunta é NÃO. Por outro lado, para aqueles que entendem que o importante é a verificação da atividade exercida pela empresa, se prestadora de serviço público monopolizado, independentemente da natureza jurídica privada da mesma, a resposta é SIM.

A análise das condições pessoais daquela empresa é fator primordial para a resposta à interrogação supra, já que, conforme antes visto, a Constituição da República enumerou taxativamente os entes destinatários dos benefícios da imunidade recíproca, ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios (pessoas políticas e dotadas de Poder Legislativo), autarquias e fundações públicas (como exceções à regra), todas pessoas jurídicas de Direito Público. Porém, entende-se que a análise da atividade exercida pela empresa ECT será de grande utilidade, na medida em que servirá para confirmar o caráter subjetivo da regra imunizante, que não pode ficar à mercê de critérios de atuação da empresa, regidos pela norma infraconstitucional e, ainda, desmistificar as idéias de que, primeiro, aquela empresa não atua apenas na forma de monopólio e, segundo, que este não é incompatível com a atividade econômica.

A ECT foi criada a partir do Decreto-lei 509, de 20.03.1969, que transformou o Departamento dos Correios e Telégrafos em uma empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações para “executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional” e, até que fossem transferidos para a Embratel, prestar os serviços de telegrafia e telecomunicações. A Lei 6.538, de 22.06.1978, veio dispor sobre os serviços postais regulando os direitos e obrigações daquela empresa, enumerando expressamente os serviços a serem prestados sob o regime de monopólio³⁹. Assim, há de ser conferido que a origem do monopólio dos Correios não é o texto constitucional, mas a lei em sentido estrito.

Os serviços postais são lembrados pela Constituição da República nos artigos 21, inciso X e 22, inciso V. O primeiro, atribuindo competência exclusiva à União para “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, o segundo, delegando competência privativa à União para legislar sobre serviço postal. O correio aéreo nacional, apenas para ilustrar, não mais faz parte das atribuições da ECT, pois vincula-se, atualmente, ao Ministério da Aeronáutica.

A manutenção do serviço postal pela União encontra-se no Título III da Constituição da República, reservado à Organização do Estado. Referido título trata de evidenciar o federalismo do Estado Brasileiro, no tocante à sua organização político-administrativa, distribuindo competência entre as três esferas da federação. Naquela distribuição de competências, reserva a ordem constitucional a manutenção exclusiva do serviço postal e correio aéreo nacional à União, no capítulo destinado às competências daquela entidade política, afastando, com isso, a intromissão dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Trata-se, pois, de matéria eminentemente política, por razões de interesse que não são regionais ou locais, mas de âmbito nacional.

³⁹ Cf. Art. 9º, de seguinte teor: “São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I-recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II-recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III-fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal”.

Tem a União o dever de “manter o serviço postal”. Entenda-se que o sentido daquele verbo coincide com o de prover. Deve a União prover o país do necessário para a instalação, continuidade e generalidade do serviço, ou seja, compete exclusivamente àquela pessoa política seja o serviço postal mantido minimamente no território nacional, salvaguardando aos brasileiros o acesso àqueles serviços e diligenciando para sua manutenção. Não significa, no entanto, que o texto constitucional tenha reservado o monopólio daquela matéria à União, mas a lei o fez para algumas atividades postais, excluindo outras de mesma natureza.

Não se pode confundir monopólio com exclusividade, pois aquele é um meio de intervenção econômica, através do qual é a atividade subtraída da livre concorrência. Já a exclusividade aludida no texto constitucional relaciona-se com a inadmissão da existência de outra pessoa na titularidade da matéria reservada, embora ambos os institutos, quando advindos da lei, possuem um ponto de interseção, qual seja, o benefício da coletividade como um todo, traduzido pela realização do bem comum.

O regime de exclusividade adotado pelo texto constitucional aos serviços postais afasta a intromissão dos Estados, Distrito Federal e Municípios, por razões de cunho administrativo, centralizando aqueles serviços na esfera da União, tão somente, cabendo, também, a esta, a competência para legislar sobre matéria postal assim como sobre águas, energia, informática, telecomunicações, radiodifusão, jazidas, minas, comércio exterior e interestadual, trânsito e transporte, transferências de valores, registros públicos, sistemas de consórcios e sorteios, etc., serviços tantos e, na sua grande maioria, entregues à iniciativa privada.

Em nenhum momento a Constituição da República determinou que o serviço postal fosse prestado na forma de monopólio ou proibiu que fosse o múnus cumprido fora do âmbito da atividade econômica e lucrativa, mas estabeleceu que a União deveria mantê-lo em todo o território nacional, sem qualquer descontinuidade. Esse também é o posicionamento da própria União, tendo em vista que enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que coloca nas mãos da iniciativa privada todos os serviços postais existentes, transformando a ECT em uma Sociedade Anônima. Em mensagem⁴⁰ ao Poder Legislativo, o Governo Federal destaca que “o monopólio atribuído à ECT não é decorrência direta do texto constitucional, mas sim da lei que regulamenta a atividade postal”, ou seja, a flexibilização do monopólio instituído pela lei postal “não demandará modificação de dispositivo constitucional”.

O movimento da terceirização dos serviços postais já é uma realidade, assim como o exercício da atividade de forma competitiva e arrojada, própria do mundo empresarial, como o franqueamento à iniciativa privada dos serviços postais, conforme lembra Di Pietro:

“[...] verifica-se um outro movimento consistente na adoção de técnica diversa de privatização mediante celebração de contratos que implicam não a privatização da empresa, mas a privatização da execução de serviços públicos, pela sua transferência ao setor privado. Daí falar-se muito, hoje, em todos os níveis de governo, em terceirização no âmbito da Administração Pública. Daí, adotar-se a franquia em determinados setores, como o dos correios e telégrafos.”⁴¹

⁴⁰ Cf. Mensagem MSC-920, 30 jun 1999, que encaminha Projeto de Lei PL 1491/1999, in <www3.câmara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp>. Acesso em: 19 mar 2005.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 154.

Constata-se que a ECT vem prestando o serviço postal de forma híbrida, entre o monopólio, nos casos arrolados na lei específica, e a concorrência, como o transporte de encomendas de todos os tipos, serviços de importação e exportação, venda de mercadorias diversas, serviços “on line” como “CorreiosNetShopping”, “Marketing Direto”, etc. Vale destacar que a característica econômica da atividade da ECT é também considerada pela própria União, que cobra o Imposto de Renda sobre o lucro daquela empresa.

Verificando-se que a prestação do serviço postal vem sendo praticada pela empresa pública, nos moldes da iniciativa privada, de forma empreendedora, economicamente exercida, com auferimento de lucros que promovam o equilíbrio auto-sustentável, infere-se que a atividade praticada pela ECT inclui-se na regra estatuída pelo artigo 173 da Constituição da República, tendo em vista que a União, por meio de empresa pública, atendendo aos imperativos de interesse coletivo, explora economicamente o serviço postal, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado, como a imunidade tributária recíproca.⁴² Não há qualquer incompatibilidade, portanto, entre a prestação do serviço monopolizado e a cobrança de impostos. Como exemplo dessa combinação, pode-se citar o caso da Petrobrás, onde não houve questionamento plausível da exação.

Retomando a questão dos requisitos para o benefício da imunidade recíproca, verifica-se que a ECT, por ser pessoa jurídica de direito privado e por não estar incluída no rol das beneficiárias, não faz jus àquela desoneração tributária. Por outro lado, mesmo que o texto constitucional tivesse adotado o critério objetivo, que leva em conta a atividade exercida, não importando a natureza jurídica da pessoa, ainda assim não poderia ser a ECT incluída na regra da imunidade recíproca, em razão, primeiro, da vedação constitucional do gozo de privilégios fiscais (art. 173 e parágrafos) e, segundo, pela contraprestação paga pelo usuário por meio de preços e tarifas, cujos valores são estabelecidos pelo Ministério das Comunicações.

Instado a se pronunciar, o Supremo Tribunal Federal ainda não adotou uma posição unânime, podendo colher do voto do Ministro Rafael Mayer uma posição favorável ao fisco, ainda sob a égide da Constituição de 1967:

“[...] A controvérsia não se situa no plano da imunidade recíproca, dela seguramente excluída a hipótese, sob dúplici e essencial aspecto. Primeiro, porque quanto ao aspecto objetivo, a imunidade instituída no art. 19, III, da Constituição, diz respeito somente a impostos, e não às demais espécies tributárias; segundo, quanto ao aspecto subjetivo, a imunidade recíproca que alcança, primordialmente, as entidades públicas dotadas de poder tributante – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – é extensiva, em norma expressa e específica, às autarquias, e, obviamente, só a elas.[...]”⁴³

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal exarou decisão favorável à ECT, onde se pode copiar do voto do Relator:

“[...] No que concerne à ECT, a lição de Ives Gandra Martins é no sentido de estar ela abrangida pela imunidade tributária do art. 150, VI, a, da CF. Escreve Ives Gandra Martins:

⁴² A ECT anuncia como sua missão: “Facilitar as relações pessoais e empresariais mediante a oferta de serviços de correios com ética, competitividade, lucratividade e responsabilidade social”, in <www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/conheca.cfm>. Acesso em: 19 mar 2005.

⁴³ BRASIL. STF. RE nº 90.470-PB. Ministro Relator Cordeiro Guerra. Ministro Relator para o Acórdão Néri da Silveira, julgado em 10 dez 198 in DJU 26 mar 1982, p. 02563.

‘Em conclusão e em interpretação sistemática da Constituição e do tipo de serviços prestados pela consulente, no que diz respeito aos serviços privativos, exclusivos, próprios ou monopolizados, nitidamente, a imunidade os abrange, sendo seu regime jurídico pertinente àquele da Administração Direta.[...]’⁴⁴

A decisão mais recente da Corte Suprema não exprime o pensamento de todo o órgão, pois trata de decisão apenas da Segunda Turma, cujo Acórdão ainda desafia os competentes Embargos de Divergência. Ademais, analisou-se a questão da imunidade recíproca basicamente sob o aspecto objetivo, em razão da atividade prestada por meio do monopólio, embora, como já foi anotado, a ECT também realize operações mercantis em franca concorrência com a iniciativa privada. Essa última posição surgiu em processo judicial onde se discutia a incidência de imposto municipal de natureza direta, o que impede que sirva de parâmetro no caso dos impostos indiretos, em face da sua repercussão junto ao consumidor final.

8. A IMUNIDADE RECÍPROCA E OS IMPOSTOS INDIRETOS

A Constituição da República estabelece os limites da competência tributária e, ao tratar da imunidade recíproca, aludiu somente aos impostos, espécie do gênero tributos. A referência foi expressa, o que corrobora a classificação doutrinária de imunidades genéricas e específicas, ou de normas jurídicas imunizantes em sentido amplo e em sentido estrito,⁴⁵ quando se relacionam, respectivamente, a tributos, de um modo geral, ou a alguma outra espécie tributária. Desta forma, as taxas, as contribuições de melhoria e as contribuições parafiscais não foram incluídas naquela norma limitativa, conquanto a “regra constitucional da imunidade intergovernamental recíproca tem campo de atuação delimitado”⁴⁶. Tendo em vista a expressa previsão constitucional e a análise percutiente da doutrina, a jurisprudência⁴⁷ tornou-se unívoca nesse sentido.

Partindo da pretensão axiológica da imunidade recíproca, que tem por finalidade a proteção do Pacto Federativo, em homenagem aos princípios da igualdade e autonomia, conclui-se que a norma se destina às pessoas que detém o poder de tributar. Essas são as beneficiárias descritas no texto constitucional, com relação ao seu patrimônio, rendas e serviços. Vale dizer, a norma não quer privilegiar os particulares, pois é o bem público que visa proteger, com a inexistência de submissão de um ente político a outro. Mas, há situações nas quais existe a participação de terceiros envolvidos na relação tributária, de modo que, há de ser conferido quem arcará com o ônus do imposto incidente.

Nos chamados impostos indiretos, também denominados de impostos de repercussão, o contribuinte de direito não é aquele que verdadeiramente arca com o seu ônus, cabendo-lhe apenas o repasse aos cofres públicos do numerário recolhido do contribuinte de fato. Referidos impostos, como o IPI e o ICMS, são tributos que, por sua natureza, comportam a transferência de seu ônus a terceiros. No caso da imunidade recíproca, como a proteção é ao patrimônio, à renda e ao serviço da pessoa jurídica de Direito Público, na hipótese de esta figurar como a responsável pelo ônus, o benefício imunizador terá, indubitavelmente, cumprido a sua missão. Porém, se o contrário ocorrer, ou seja, o ônus recair no consumidor, sem que o bem público sofra qualquer redução, não há como estender o benefício.

⁴⁴ BRASIL. STF. RE nº 407.099-RS. Ministro Relator Carlos Velloso, julgado em 22 jun 2004 in DJU 30 jun 2004, p. 00062.

⁴⁵ PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71.

⁴⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 259.

⁴⁷ O Supremo Tribunal Federal, na égide da Constituição de 1946, referindo-se à imunidade recíproca, editou a Súmula 324, com o seguinte teor: “A imunidade do art. 31, V, da Constituição Federal, não compreende as taxas”.

Segundo Sacha Calmon⁴⁸, “patrimônio, renda e serviços são vocábulos deônticos. Possuem um único sentido, quer para configurar situações expressamente tributáveis, quer para desenhar situações expressamente intributáveis”. Com razão Ricardo Lobo Torres, quando afirmou que os impostos indiretos “incidem sobre os entes públicos, assim na situação de vendedores como na de compradores da mercadoria”⁴⁹, embora argumente que não importa a “classificação técnica” do imposto, bastando que atinja economicamente o patrimônio, a renda e os serviços da pessoa protegida pela imunidade recíproca. A súmula 591 da Suprema Corte veio dar solução ao vacilo da jurisprudência,⁵⁰ que titubeava entre o entendimento, por influência de Aliomar Baleeiro, de que os entes públicos eram imunes nas hipóteses em que figuravam como contribuintes de fato, e o ponto de vista de que, pouco importa a repercussão econômica do tributo, para efeito de imunidade ou isenção.

A Corte Suprema pátria já decidiu pela inexistência de imunidade recíproca quando se tratar de imposto de consumo (denominação dadas ao impostos indiretos como IPI e ICMS na vigência das Constituições passadas), valendo destacar a íntegra da ementa assim perpetrada:

*“Imposto de consumo, atualmente imposto sobre produtos industrializados. Imunidade recíproca das entidades públicas. Tal imunidade não afasta a incidência desse imposto na aquisição de mercadorias por aquelas entidades, porque no caso, a relação jurídico-tributária é estranha à entidade pública, visto que a relação é formada pelo fisco e o responsável legal pelo imposto ou vendedor da mercadoria.”*⁵¹

A característica indireta do imposto faz com que a pessoa jurídica de direito público não venha a sofrer com o seu ônus, em face de o tributo não alcançar o seu patrimônio ou renda e serviços. A finalidade da norma da imunidade tributária recíproca restará atingida, se o bem jurídico não for ameaçado, com repercussão apenas sobre o terceiro particular. No caso da ECT, a cobrança do ICMS pelos Estados não tem o condão de impedir os objetivos do serviço praticado pela empresa, ou mesmo, atrapalhar na lucratividade que vem obtendo, em face da repercussão econômica sobre o consumidor, usuário do serviço prestado, que sofre o ônus de natureza econômica e que paga o serviço mediante preços e tarifas.

Percuciente a conclusão de Muzzi Filho⁵² que, em análise ao caso específico da ECT, advertiu sobre o reflexo que a imunidade pudesse ensejar sobre o preço do serviço postal, com benefício para o cidadão, destacando a posição adotada pelo Ministro Moreira Alves, para quem ‘a isso evidentemente não visa a imunidade’, “cujo destinatário é o ente governamental, e não o cidadão”.

De resto, é sempre válido repensar qualquer questão utilizando a ótica difusa e, nesse esforço, verifica-se que, se a imunidade tributária intergovernamental tem por escopo abrigar as pessoas jurídicas de direito público contra a tributação recíproca, a incapacidade de instituir tributo também atinge a outra pessoa jurídica de direito público destinatária da vedação, que não poderá haver o valor do tributo, a fim

⁴⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à constituição de 1988 – sistema tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.341.

⁴⁹ Cf. *Tratado de direito...* Op. cit. p. 245.

⁵⁰ Súmula 591: A imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados.

⁵¹ BRASIL. STF. RE nº. 67814/SP. Ministro Relator Antônio Neder, julgado em 22 nov 1971 in DJU 21 dez 1971. No mesmo sentido, RE 68.741-SP. Ministro Relator Bilac Pinto, julgado em 28 set 1970, in RTJ 55:188.

⁵² MUZZI FILHO, Carlos Victor. *Empresa brasileira...* Op. cit. p. 20.

de fazer atingir os seus fins institucionais. Se a capacidade econômica entre governos tem proteção imunizadora, lado outro, o ente impedido de tributar está sofrendo redução daquela capacidade, pois a receita tributária é a maior fonte de recursos para que as pessoas políticas cumpram com o *múnus público*.

A interpretação elástica da imunidade tributária recíproca não pode ultrapassar os limites subjetivos perpetrados pelo texto constitucional, pois, com o pretexto de incluir mais pessoas sob o pálio do benefício, sobretudo quando a extensão favorece ente privado (empresa pública e sociedade de economia mista), estará o intérprete agindo em prejuízo de outra pessoa, o que é mais grave, daquela que possui natureza jurídica de direito público interno, ferindo um dos maiores princípios do direito, o da Supremacia do Direito Público sobre o Privado, que prestigia os interesses coletivos em face dos particulares. Não é o que se espera dos tribunais pátrios, mas o anseio é por uma análise mais atenta aos aspectos subjetivos levados em consideração pela Constituição da República Federativa do Brasil.

9. CONCLUSÃO

As feições de caráter constitucional do Direito Tributário demonstram que é a Carta Magna a informadora dos princípios que norteiam a relação jurídica tributária, com destaque para a regra da competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir os tributos. As pessoas políticas, porém, não possuem poderes ilimitados para criar tributos, mas, ao contrário, sujeitam-se às regras demarcadoras da competência tributária, que impedem o ente tributante de legislar nos casos especificados no texto constitucional.

Uma das formas de delimitação da competência tributária é a imunidade. Apontados os posicionamentos doutrinários acerca da definição do instituto, conclui-se pelo conceito de que a imunidade é a delimitação, no sentido negativo, da competência tributária, com feições distintas da não-incidência, isenção e alíquota-zero. Destaca-se a relevância da classificação das imunidades em objetivas e subjetivas, sendo aquelas as que levam em conta a natureza do bem protegido, enquanto as subjetivas consideram a qualidade da pessoa a ser imunizada.

Constata-se que o fundamento da imunidade recíproca reside na proteção ao Pacto Federativo, na isonomia das pessoas políticas e na sua capacidade econômica; que o critério utilizado pelo constituinte na indicação dos destinatários do benefício é o subjetivo; que as pessoas albergadas pela imunidade intergovernamental são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; que a exceção à regra foi expressamente autorizada para somente as autarquias e as fundações públicas, todas elas sem explorar a atividade econômica ou que, pelos serviços executados, não haja contraprestação por preços ou tarifas.

Pela importância que a definição da imunidade tem para a sua correta aplicação, maior espaço deve ser dada à hermenêutica constitucional, como critério para a uma análise apurada dos dispositivos de regência. Verifica-se que a interpretação da norma constitucional é mais complexa, em razão de sua unicidade; que deve ser afastada a elasticidade da norma, quando a mesma se encontre revestida de clareza; que a inclusão de pessoa jurídica de direito privado no rol dos beneficiários da imunidade recíproca é inconstitucional, em razão de sua natureza jurídica de direito privado.

As características da empresa pública revelam a sua natureza jurídica de direito privado, a sua origem e definição legais, bem como as suas qualidades empresariais e de inclusão na atividade econômica; resta, ainda, demonstrado que, por suas características, está a empresa pública afastada da regra da imunidade tributária intergovernamental.

Como exemplo, é válido citar a ECT, que presta o serviço postal em regime de monopólio em

alguns casos e na forma de concorrência com a livre iniciativa em outros, mas sempre revestida de características econômicas e lucrativas. Apresentada a diferença entre a exclusividade e o monopólio, atestando que esse último teve origem em norma infraconstitucional, conclui-se que a ECT não preenche os requisitos subjetivos e objetivos para se enquadrar no rol das beneficiárias da imunidade recíproca. Há posicionamentos antagônicos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que prescindem de pacificação.

Com relação aos impostos chamados indiretos, interessa apontar quem arca com o imposto para efeito do benefício da imunidade intergovernamental. Quando o ônus tributário repercutir no particular, como o caso do ICMS, não há imunidade recíproca, pois a finalidade desta é a proteção ao bem público (patrimônio, renda e serviços da pessoa jurídica de direito público).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRÉ, Hildebrando Afonso de. *Gramática ilustrada*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1981.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- CANOTILLO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Icms*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASSONE, Vittorio. *Direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. *Imunidade tributária*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.
- FRIEDE, Reis. *Curso analítico de direito constitucional e de teoria geral do estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. *Isenções tributárias*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MACEDO, Mauri R. de. *A lei e o arbítrio à luz da hermenêutica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A interpretação das desonerações tributárias no direito brasileiro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 49, p. 253-260, mar./abr., 2003.
- _____. Imunidade tributária dos correios e telégrafos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 288, p.32-39, out., 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Sílvio, DOUGLAS, Willian. *Concurso público – direito constitucional*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. Empresa brasileira de correios e telégrafos (ECT) – tributação de seus serviços. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 47, p. 9-25, jul./set., 2002.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PESTANA, Márcio. *O princípio da imunidade tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A TRIBUTAÇÃO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET: não-incidência de ICMS ou de ISSQN

ANDRÉ MENDES MOREIRA*

SUMÁRIO

1. Intróito. 2. O fato gerador do ICMS-comunicação à luz da CR/88. 3. Os serviços de valor adicionado e a *fattispecie* do ISSQN. 4. Não-incidência de ICMS sobre o serviço de provimento de acesso à Internet. 4.1. A Internet. 4.2. Os provedores de *backbone* e os provedores de acesso. 4.3. As posições doutrinárias sobre a questão. 4.4. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. 4.5. Conclusões. 5. Não-incidência de ISSQN sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet.

1. INTRÓITO

A tributação dos serviços de provimento de acesso à Internet tem sido objeto de intensas discussões jurídico-tributárias.

Há os que sustentam ser a atividade um serviço de comunicação, que atrairia a incidência do ICMS nos termos do art. 155, II da CR/88 e do art. 2º, III da Lei Complementar nº 87/96.

Por outro lado, existem aqueles que pregam ser a atividade um serviço de valor adicionado (definido no art. 61 da Lei nº 9.472/97), que é um serviço acessório ao de telecomunicações, mas com este não se confunde (o SVA apenas adiciona uma facilidade ou utilidade ao serviço de comunicação, mas não cuida de completar a relação comunicativa). Sendo SVA, o provimento de acesso à Internet não atrairia a incidência do ICMS, podendo, contudo, ser tributável pelo ISSQN, caso esteja previsto na lista editada pela Lei Complementar nº 116/03.

Recentemente, o STJ decidiu, nos autos dos Embargos de Divergência nº 456.650/PR, que o provimento de acesso não se sujeita ao ICMS, por se tratar de SVA. Contudo, a decisão foi tomada por cinco votos a quatro, o que abre ensanchas para futuras mudanças de entendimento no âmbito daquela Corte, como ocorreu no passado em casos onde havia profundas dissensões entre os Ministros (v.g., cite-se a questão do prazo decadencial para formalização da exigência de tributos sujeitos a lançamento por homologação: a Primeira Seção decidiu diversas vezes que o prazo era de dez anos contados do fato gerador – cinco mais cinco – e outras tantas que a decadência era quinquenal, gerando dúvidas acerca do efetivo posicionamento do STJ quanto à matéria).

* Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Professor dos Cursos de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Tributário do IEC (PUC/MG) e do Centro de Atualização em Direito. Advogado.

Em face disso, o estudo do provimento de acesso à Internet à luz dos fatos geradores do ICMS e ISSQN reveste-se de importância, justificando a elaboração do presente artigo.

A seguir, far-se-á um breve esboço acerca da hipótese de incidência do ICMS-comunicação, do conceito de serviço de valor adicionado e da forma de interpretação da lista de serviços tributáveis pelo ISSQN, de modo a delinear-se alguns conceitos essenciais para as conclusões que advirão posteriormente. Desde já, adiante-se que entendemos que o serviço de provimento de acesso à Internet não é de comunicação (sendo inalcançado, portanto, pelo ICMS). Contudo, tampouco se sujeita ao ISSQN, uma vez que a LC nº 116/03 não possui previsão para incidência do ISSQN sobre essa atividade.

Confira-se.

2. O FATO GERADOR DO ICMS-COMUNICAÇÃO À LUZ DA CR/88

Até o advento da Constituição da República de 1988, os serviços de comunicação eram tributados pelo imposto federal sobre serviços de comunicação (ISSC, instituído pelo Decreto-lei nº 2.186/84) e pelo ISSQN (este último incidia somente sobre as comunicações intramunicipais, inalcançadas pelo ISSC).

Com a criação do ICMS, somente os Estados passaram a ter competência para cobrança de imposto sobre os serviços de comunicação, nos termos do art. 155, II da CR/88:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre *prestações de serviços* de transporte interestadual e intermunicipal e *de comunicação*, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;” (redação dada pela EC nº 03/93, destaques nossos)

Inicialmente, o dispositivo foi regulamentado pelo Convênio ICM nº 66/88, que cedeu lugar à atual lei de normas gerais do ICMS (Lei Complementar nº 87/96), a qual dispõe:

“Art. 2º. O imposto incide sobre:

(...)

III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.”

Como se deduz dos dispositivos, para que haja incidência do ICMS-comunicação é imprescindível que:

- (a) exista uma relação comunicativa (formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida);
- (b) a comunicação seja viabilizada por um terceiro, mediante remuneração.

Caso não estejam presentes tais requisitos, não se pode falar em exigência do ICMS em análise, para o qual – e a obviedade aqui é acácia – é imprescindível a existência de comunicação.

Ao lado dos serviços de comunicação, contudo, existem os denominados serviços de valor adicionado, que estão imbricados àqueles, mas possuem existência autônoma (não atraindo a incidência do imposto estadual). É ver.

3. OS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO E A *FATTISPECIE* DO ISSQN.

A definição de serviço de valor adicionado (SVA) foi introduzida na legislação pátria pela Lei Mínima¹ (Lei nº 9.295/96), que assim dispunha:

“Art. 10. É assegurada a qualquer interessado na prestação de Serviço de Valor Adicionado a utilização da rede pública de telecomunicações.

Parágrafo único. Serviço de Valor Adicionado é a atividade caracterizada pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação e recuperação de informações, não caracterizando exploração de serviço de telecomunicações.”

Posteriormente, com a revogação da Lei Mínima pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), o serviço de valor adicionado passou a ser conceituado por esta última, nos seguintes termos:

“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§1º. Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º. É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

A seu turno, a Resolução Anatel nº 73, de 25 de novembro de 1998, que editou o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, assim tratou dos SVAs:

“Art. 3º. Não constituem serviços de telecomunicações:

(...)

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9.472 de 1997.”

Das normas transcritas pode-se extrair, inicialmente, que serviço de valor adicionado não se confunde com serviço de telecomunicações. O SVA é um serviço autônomo, para cuja prestação é necessária a utilização da rede de telecomunicações.

¹ Segundo HELENA XAVIER, a Lei Mínima das Telecomunicações – que antecedeu a privatização do Sistema Telebrás – “desregulamentou e liberalizou serviços de valor adicionado, flexibilizou as condições para exploração de satélites e de serviços de telecomunicações não abertos ao público, e organizou o processo de licitação para a Banda B do Serviço Móvel Celular (SMC)”. (XAVIER, Helena de Araújo Lopes. *O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25).

O serviço de valor adicionado pode ser prestado por terceiros (aos quais a LGT assegura expressamente o acesso à rede de telecomunicações para esse fim – art. 61, §2º) ou até mesmo pela própria operadora². Nessa última hipótese, contudo, a operadora não estará atuando como prestadora de serviços de telecomunicações, mas sim como prestadora de SVA.

O Supremo Tribunal Federal já assentou que os serviços de valor adicionado efetivamente distinguem-se dos serviços de telecomunicações. Na espécie, tratava-se de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC nº 1.491/DF) ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, na qual questionava-se a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Mínima de Telecomunicações, dentre os quais o art. 10º e seu parágrafo único (que, como visto, conceituava o SVA antes do advento da LGT). Sustentava-se, na ADI, que o art. 10º da Lei Mínima violava a CR/88, pois permitia a outorga a particulares, sem processo de licitação e sem os instrumentos da concessão ou autorização, do direito de prestar serviços de valor adicionado que, em verdade, confundir-se-iam com os próprios serviços de telecomunicações (é dizer: os SVAs estariam imbricados de tal forma nos serviços de telecomunicações que não haveria como dissociar um do outro). Dessa forma, ao assegurar a “qualquer interessado” a prestação do serviço de valor adicionado, o art. 10º da Lei Mínima teria violado o art. 21, XI da Constituição da República, que possibilita a exploração do serviço de telecomunicação tão-somente por particulares que detenham concessão, autorização ou permissão da União. Entretanto, a medida cautelar foi indeferida pelo Pleno do STF³. O relator da ação, Ministro CARLOS VELLOSO⁴, asseverou que, ontologicamente, o serviço de telecomunicações não se identifica com o serviço de valor adicionado. Este último nada mais é que “um acréscimo de recursos a um serviço de comunicações que lhe dá suporte, criando novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação e recuperação de informações”. Assim, o SVA corresponderia a uma “mera adição de valores a serviços de comunicações já existentes”.

Dessarte, pode-se concluir que o legislador andou bem ao estremar os serviços de telecomunicações dos SVAs⁵. Estes, portanto, não atraem a incidência do ICMS, podendo ser tributados pelo ISSQN, desde que estejam previstos na lista de serviços editada pela lei complementar, a qual admite – nos itens que se referem a “congêneres” ou assemelhados – interpretação extensiva (vedada, contudo, a analogia). Esse é o posicionamento do STF adotado, dentre outros, nos Recursos Extraordinários nºs 78.927/RJ⁶, 91.737/MG⁷, 103.909/MG⁸ e 114.354/RJ⁹. O STJ tem seguido a mesma orientação,

² Leciona ESCOBAR que “a operadora (...), também pode, se quiser, prestar Serviço de Valor Adicionado”. (ESCOBAR, J. C. Mariense. *O Novo Direito de Telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 192-3).

³ O Ministro MARCO AURÉLIO foi voto vencido, na parte relativa ao art. 10º da Lei Mínima.

⁴ STF, Pleno, ADI-MC nº 1.491/DF, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, j. em 01.07.1998, *apud* CORAZZA, EDISON AURÉLIO. *Provimento de Acesso à Internet. Caracterização como Prestação de Serviços de Comunicação ou de Outra Natureza*. BORGES, Eduardo de Carvalho (org.). Tributação nas Telecomunicações. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 145.

⁵ O relatório do Senador JOSÉ IGNÁCIO FERREIRA (relator da Lei Geral de Telecomunicações na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) sobre a definição de SVA posta no art. 61 da LGT é elucidativo:

“Essas definições não incluem o tratamento ou processamento da informação como um serviço de telecomunicações. Com efeito, o tratamento da informação é considerado, pelo Projeto de Lei, como um serviço de valor adicionado. (...).

Sendo assim, os serviços de valor adicionado não são conceituados como serviços de telecomunicações, pois com eles não se confundem, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.” (Diário do Senado Federal, 10 de julho de 1997, p. 13.579, *apud* BOTELHO, Fernando Neto. *Tributação do Serviço de Provimento da Internet*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004, p. 582).

⁶ STF, Primeira Turma, Recurso Extraordinário nº 78.927/RJ, relator Ministro ALIOMAR BALEEIRO, DJ 04.10.1974 (a página do DJ não é informada no site do STF).

⁷ STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 91.737/MG, relator Ministro DÉCIO MIRANDA, DJ 27.03.1981, p. 2.535.

⁸ STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 103.909/MG, relator Ministro MOREIRA ALVES, DJ 24.05.1985, p. 7.984..

⁹ STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 114.354/RJ, relator Ministro CARLOS MADEIRA, DJ 04.12.1987, p. 27.644.

assentando pela taxatividade da lista – vedando, portanto, a analogia – mas permitindo sua interpretação extensiva (Recursos Especiais n.ºs 656.918/PR¹⁰, 586.598/PR¹¹ e 121.428/RJ¹²).

Nessa linha, caso o serviço não seja de telecomunicação, poderá ser tributado pelo ISSQN, desde que haja previsão na lista editada pela lei complementar.

4. NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O SERVIÇO DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET.

Apesar de expressamente definido como SVA pelo Ministério das Comunicações (Norma n.º 04/95, aprovada pela Portaria n.º 148, de 31 de maio de 1995), o provimento de acesso à Internet tem sido classificado por alguns como verdadeiro serviço de comunicação, apto a atrair a incidência do imposto estadual¹³.

O Superior Tribunal de Justiça encontrava-se dividido relativamente à questão: após uma decisão da Primeira Turma¹⁴ pugnando pela incidência do ICMS sobre as atividades dos provedores de acesso, a Segunda Turma¹⁵ prolatou acórdão em sentido contrário. O tema foi levado à Primeira Seção¹⁶, que, no último dia 11 de maio, decidiu, por cinco votos a quatro, que o provimento de acesso possui natureza de SVA, não se sujeitando ao ICMS. A pequena diferença de votos pode levar, contudo, a uma futura mudança de entendimento do STJ, mormente quando houver alteração na composição das Turmas, denotando a importância de se apreender a real natureza do serviço prestado pelo provedor de acesso.

Para a abordagem do problema, será feita uma breve exposição da atividade desenvolvida pelos provedores de acesso à Internet¹⁷, seguida da análise de doutrina e jurisprudência atinentes ao tema.

¹⁰ STJ, Primeira Turma, Recurso Extraordinário n.º 114.354/RJ, relator Ministro CARLOS MADEIRA, DJ 04.12.1987, p. 27.644.

¹¹ STJ, Segunda Turma, Recurso Especial n.º 586.598/PR, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 06.09.2004, p. 238

¹² STJ, Segunda Turma, Recurso Especial n.º 121.428/RJ, relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 16.08.2004, p. 156. Esta decisão foi assim ementada:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE.

1. Embora taxativa, em sua enumeração, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços correlatos àqueles previstos expressamente. Precedentes do STF e desta Corte.

2. Esse entendimento não ofende a regra do art. 108, § 1º, do CTN, que veda o emprego da analogia para a cobrança de tributo não previsto em lei. Na hipótese, não se cuida de analogia, mas de recurso à interpretação extensiva, de resto autorizada pela própria norma de tributação, já que muitos dos itens da lista de serviços apresentam expressões do tipo ‘congêneres’, ‘semelhantes’, ‘qualquer natureza’, ‘qualquer espécie’, dentre outras tantas.

3. Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos.

4. Recurso especial improvido.”

¹³ Dentre outros, GRECO sustenta este entendimento (GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 133).

¹⁴ STJ, Primeira Turma, Recurso Especial n.º 323.358/PR, relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 03.09.2001, p. 58.

¹⁵ STJ, Segunda Turma, Recurso Especial n.º 456.650/PR, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 08.09.2003, p. 291.

¹⁶ STJ, Primeira Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 456.650/PR, relator Ministro JOSÉ DELGADO, em julgamento.

¹⁷ Como ressalta GRECO, “(...) para poder enquadrar certa atividade ou serviço em determinada norma de competência tributária, que não se utiliza de conceito jurídico de direito privado, necessário é, primeiro, conhecer as características concretas do objeto por ele qualificado.” (GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 122).

4.1. A INTERNET

A Internet é uma rede mundial (*world wide web*) que possibilita a interconectividade de todos os computadores que dela fazem parte.

Sua origem remonta ao ano de 1969, quando o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou uma rede denominada Arpanet¹⁸. O objetivo da Arpanet era proteger os dados armazenados nos computadores militares americanos contra possíveis ataques da ex-União Soviética. A tecnologia consistia em difundir as informações armazenadas por uma rede, não as concentrando em um único servidor. Assim, caso parte do sistema fosse danificado as informações não se perderiam, pois estariam preservadas nas suas demais extensões. Uma outra medida de segurança consistia na divisão das mensagens em vários “pacotes” (*packet-switching*) antes de ser enviadas. Assim, a eventual perda de um pacote não implicaria na perda de toda a informação¹⁹.

Com o tempo, as universidades e centros de pesquisa norte-americanos – utilizando-se da tecnologia da Arpanet – foram criando suas próprias redes. Em 1984 a Arpanet foi extinta, mas, nessa época, já existia uma interconectividade entre as diversas outras redes, pois fora criada uma linguagem universal para comunicação entre as mesmas, denominada Protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol Suite*). O termo Internet, então, já era utilizado.

Paulatinamente, novas redes foram sendo formadas em outros países, com a utilização da mesma linguagem (Protocolo TCP/IP), o que possibilitou, em 1989, o surgimento da *world wide web*²⁰ – a rede de abrangência mundial que possibilita a comunicação entre os mais remotos pontos do mundo, via cabo (metálico ou de fibra ótica) ou ondas de radiofrequência. Em 1993, com o início da comercialização de navegadores de utilização simplificada (os denominados *browsers*, cujo exemplo lapidar é o Internet Explorer, desenvolvido pela Microsoft) popularizou a rede mundial.

Cada usuário da rede possui um número de identificação (denominado número do IP). O IP é um “endereço” dentro da Internet (não se trata de uma indicação de lugar físico, mas sim de um código para navegação na rede, permitindo o reconhecimento do usuário pelos equipamentos que a compõem e possibilitando o envio e recebimento de informações).

Assim, quando um usuário envia um e-mail pela Internet, a mensagem é quebrada e acondicionada em “pacotes”, os quais são “carimbados” com o IP do remetente e o IP do destinatário (há, ainda, a indicação do número total de “pacotes” que compõem a mensagem, pois esta somente tem seu recebimento confirmado após a chegada do último pedaço de informação). É com base no endereço IP que os “pacotes” chegarão ao seu destino final, auxiliados pelos roteadores (que indicam o caminho a ser tomado na rede

¹⁸ Arpanet é a abreviatura de *Advanced Research Projects Agency Network*. (DODD, Annabel Z. *The Essential Guide to Telecommunications*, 3ª ed. Upper Saddle River: Prentice Hall PTR, 2002, p. 318).

¹⁹ O sistema de *packet-switching* é o mesmo utilizado hoje na Internet. Os “pacotes” de informações contêm, cada um, informações sobre o remetente, o destinatário e o número total de “pacotes” que compõem a mensagem. Eles trafegam pela rede guiados por equipamentos denominados roteadores (que funcionam como agentes de trânsito, indicando o melhor caminho a seguir para se chegar ao destino final). Somente após a chegada do último “pacote” o computador de destino confirma a recepção da mensagem.

²⁰ No que tange à abrangência, há três espécies de redes de computadores: as LANs (*Local Area Networks*), que conectam equipamentos dentro de um escritório ou de um edifício; as MANs (*Metropolitan Area Networks*), que possibilitam a conexão de equipamentos em áreas maiores, como um *campus* universitário ou uma cidade; e as WANs (*Wide Area Networks*), viabilizadoras de conexões entre computadores situados em cidades distintas. A *world wide web* é a maior WAN do mundo.

para se chegar de modo mais rápido ao destinatário). O mesmo ocorre quando um *site* é acessado na Internet. São enviadas informações do IP do usuário para o IP do *site* indicando que o primeiro deseja ter acesso às informações contidas no segundo. Com isso, os “pacotes” com informações do *site* são enviados ao usuário, que passa a navegar naquele ambiente virtual.

A Internet, em essência, é formada por quatro elementos²¹ :

- (a) conjunto de dispositivos ligados entre si: são os computadores, roteadores, etc (trata-se do maquinário que compõe a Internet e que se encontra totalmente conectado, ainda que para a comunicação entre dois computadores seja necessária a intermediação de outros equipamentos);
- (b) meio físico: possibilita a interligação dos dispositivos. São os cabos (metálicos e óticos), os satélites, as antenas de radiofrequência, *et cetera*;
- (c) linguagem determinada: é o código que permite aos equipamentos compreenderem as informações e solicitações que lhes são enviadas (a linguagem da Internet é o protocolo TCP/IP);
- (d) endereço lógico: indica a posição que cada um dos componentes ocupa no ambiente virtual da Internet, permitindo que o usuário seja encontrado e reconhecido pelos demais equipamentos da rede (o endereço lógico é o número do IP).

4.2. OS PROVEDORES DE *BACKBONE* E OS PROVEDORES DE ACESSO

A comunicação na rede mundial é efetivada pelos seus meios físicos, ou seja, pelos cabos, satélites e antenas das empresas de telecomunicações que transportam os “pacotes” de informações ao redor do mundo.

Essa infra-estrutura de telecomunicações, que constitui a espinha dorsal da Internet, é denominada *backbone*²². Os titulares da mesma são os provedores de *backbone*, ou seja, os donos dos meios que possibilitam a comunicação pela Internet.

No Brasil, os provedores de *backbone* são as próprias empresas de telecomunicações, como a Embratel e a Intelig, que disponibilizam sua infra-estrutura para que a comunicação na Internet ocorra. Tais empresas são qualificadas pela Anatel como prestadoras do Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações (SRTT²³).

O provedor de *backbone* possui todos os instrumentos necessários para prestar diretamente serviço de acesso à Internet. Não o faz, contudo, porque no Brasil existe norma regulatória²⁴ obrigando

²¹ Os quatro elementos formadores da Internet foram enumerados por GRECO (GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 127).

²² Em inglês, *backbone* significa espinha dorsal.

²³ O SRTT é serviço de interesse coletivo e prestado em regime privado, sendo destinado a “transportar sinais de voz, telegráficos, dados ou qualquer outra forma de sinais de telecomunicações entre pontos fixos”. (<http://www.anatel.gov.br/outros/srtr/srtr.asp?CodArea=28&CodTemplate=320>).

²⁴ Ressalte-se a existência de projeto de lei (PLC nº 56/2003) que busca modificar a LGT para permitir às empresas de telecomunicações (titulares do *backbone*) a prestação do serviço de provimento de acesso. A modificação proposta é a inclusão do seguinte artigo na Lei nº 9.472/97:

“Art. 209-A. As empresas prestadoras de serviços de telecomunicações ficam autorizadas, em caráter excepcional, a prestar serviço de acesso à Internet.”

que o acesso à rede mundial seja disponibilizado por empresas voltadas para esse fim específico, que são justamente os provedores de acesso à Internet²⁵. Estes últimos não são titulares dos meios de transporte dos “pacotes”. Suas funções são apenas duas:

- (a) fornecer ao usuário que dele necessite um número de IP (ou seja: o endereço lógico para que o mesmo possa ser reconhecido pelos dispositivos que integram a Internet);
- (b) direcionar (utilizando-se dos roteadores) os “pacotes” de informações enviados pelo usuário, para que os mesmos possam acessar as vias mais rápidas para chegar ao seu destino final.

A primeira função do provedor de acesso, portanto, é fornecer um endereço IP ao usuário, possibilitando a este ser identificado na rede mundial.

Cada País possui uma faixa de números de IP para utilização própria. No Brasil, a FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo) é, por força de determinação do Comitê Gestor da Internet²⁶, a titular dos endereços IP.

Caso um usuário necessite de um número de IP para pôr em operação um *site*, poderá adquirir o direito de uso do mesmo diretamente da FAPESP. O IP dos *sites* é sempre fixo, uma vez que permanecem *on-line* vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana (como exemplo, podemos citar o IP nº 200.130.5.5²⁷, correspondente ao *site* do Supremo Tribunal Federal). Entretanto, para os usuários que não ficam permanentemente conectados à rede, acessando-a para fins de trabalho e/ou lazer, não há necessidade de endereço fixo. Desde que o interessado tenha um IP – qualquer que seja – estará habilitado a navegar pela Internet. Assim, a aquisição do direito de uso de IP perante a FAPESP não é indicada para estes utentes, pois o custo seria extremamente alto em comparação com o benefício obtido.

É em razão dos usuários individuais, não-detentores de IPs fixos, que surgiram os provedores de acesso à Internet. Estes últimos adquirem perante a FAPESP o direito de utilização de uma banda de

²⁵ BOTELHO assim justifica a existência dos provedores de acesso: “A razão, de ordem estritamente técnica, está em que, pela própria complexidade estrutural-conceitual da Internet, que se integrou a partir de grandes variáveis físicas (estruturas diversas, como redes de telefonia fixa, satélites, comunicações móveis em geral) e amplos prestadores (delegatários de telecomunicações, titulares de infra-estrutura, como roteadores, *backbones*), bem como por complexos níveis lógico-virtuais (protocolos técnicos, camadas de tráfego, endereços lógicos etc.), seria inatingível, mesmo impossível, que a massa de usuários pudesse acessar, diretamente, os distribuidores de endereços IP e titulares de *backbones*, junto aos quais fizessem, cada um, individualmente, adequada seleção de protocolos, definição de roteamentos, bandas de tráfego, alocação de canais de transmissão, etc.

Não se teria, seguramente, chegado a mais de duas centenas de milhões de usuários interconectados no mundo, aos quais é permanentemente disponibilizada a utilização da rede – sem controles centralizados – a mais de treze milhões de e-mails trocados, com eficácia, em um só ano, e a mais de dez milhões de usuários/Internet apenas no Brasil, como hoje se tem, não fosse a edição, lógica e razoável, de uma estrutura, paralela à da rede técnica, que permitisse a interface dos conceitos de sua formação com o universo de usuários e microcomputadores.” (BOTELHO, Fernando Neto. *Tributação do Serviço de Provedimento da Internet*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004, pp. 573-4).

²⁶ O Comitê Gestor da Internet foi criado pelo Decreto nº 4.829, de 03 de setembro de 2003. Trata-se, portanto, de órgão público que tem, dentre suas atribuições, as de fomentar o desenvolvimento da Internet no Brasil, recomendar padrões e procedimentos operacionais, coordenar a atribuição de endereços Internet, o registro de nomes de domínios e a interconexão dos *backbones*.

²⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 128.

endereços IP e, posteriormente, disponibilizam os mesmos aos seus assinantes (que recebem, a cada vez que solicitam ao provedor, um número de IP diferente, pois lhes é fornecido o primeiro que estiver disponível no momento da requisição de acesso à rede).

A segunda função do provedor de acesso é rotear os “pacotes” de informações enviados pelo usuário, para que os mesmos sejam encaminhados pelas vias disponíveis naquele momento. A atividade é semelhante à do agente de trânsito que indica aos condutores de veículos o melhor caminho a seguir, desviando-os de pistas com acidentes ou em obras²⁸. Com isso, há um ganho em performance do sistema, que se torna mais ágil. O transporte efetivo dos dados, no entanto, é feito pelas empresas de telecomunicações proprietárias da “espinha dorsal” da Internet²⁹.

Na prática, a conexão à Internet ocorre da seguinte forma: o usuário discar através de seu *modem* o número da linha telefônica do provedor de acesso, fornecendo um nome de identificação (*log-in*) e uma senha. Quando a chamada chega no provedor, este verifica (dentro a faixa de IPs cuja autorização de uso obteve junto à FAPESP) qual número de IP está disponível, cedendo-o ao assinante. A partir de então, a rede telefônica passa a ser o meio pelo qual o usuário irá acessar toda a infra-estrutura de telecomunicações existente para navegação na Internet³⁰. A ligação telefônica, na hipótese, é típico serviço de comunicação, viabilizando um primeiro contato entre usuário e provedor e, em momento posterior, a inserção do usuário na rede mundial que forma a Internet.

Assim, pode-se concluir que o provedor de acesso não somente fornece o meio (endereço IP) para conexão à Internet, além de direcionar o tráfego de dados para as melhores rotas disponíveis³¹. A rede que efetivamente transporta os “pacotes” é de titularidade das empresas de telecomunicações que prestam o SRTT.

4.3. AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A QUESTÃO

A doutrina tem se posicionado – em sua maior parte – pela não-incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet, por não efetivarem a comunicação em si (que fica a cargo dos provedores de *backbone*).

²⁸ Outro exemplo da função exercida pelos provedores de acesso foi dado por BRIGAGÃO, *in verbis*: “A situação é semelhante à de alguém que, situado no entroncamento de uma estrada de ferro, tivesse a função de determinar quais as melhores vias que deveriam ser seguidas pelas composições de modo a que chegassem ao seu destino da forma mais rápida e eficiente possível, ainda que, para tanto, o encarregado dessa função tivesse que enviar alguns dos vagões da composição por caminhos (trilhos) diversos. Obviamente, não se poderia concluir que tal função configurasse prestação de serviço de transporte, que é prestado exclusivamente pela Estrada de Ferro. Ela configura serviço de roteamento, de natureza distinta do serviço de transporte.” (BRIGAGÃO, Gustavo A. M. *Aspectos Tributários dos Negócios Relacionados à Internet*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004. pp. 605-6).

²⁹ O provedor de acesso apenas adquire o direito de uso da infra-estrutura dos provedores de *backbone*.

³⁰ AMARAL e KAWASAKY assim sintetizam o funcionamento da Internet e o papel do provedor no acesso à mesma: “(...) A utilização da Internet se dá da seguinte forma: a interligação física das redes é feita por meio das tradicionais linhas telefônicas, de cabos de fibra ótica, via satélite, ou de qualquer outra forma usual de comunicação. O usuário, através de um *modem*, converte os sinais sonoros transmitidos pelo telefone em sinais passíveis de reconhecimento pelo computador. Esta interligação pode ser direta, no caso do usuário possuir um IP próprio, ou indireta, caso em que o usuário utiliza um provedor de acesso para a obtenção de um IP.” (AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do e KAWASAKY, Sérgio. *Direito Tributário e Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 297).

³¹ Adicionalmente, o provedor de acesso pode disponibilizar outras facilidades para o usuário, como o fornecimento de uma conta de e-mail.

Invoca-se, em prol desse raciocínio, o art. 61 da LGT (que define os serviços de valor adicionado) e a Norma nº 04/95³², aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, do Ministério das Comunicações, segundo a qual o provedor de acesso à Internet presta serviço de valor adicionado – o que confirmaria no plano normativo a situação fática de inexistência de prestação de serviço de comunicação na atividade dos provedores de acesso. Estes últimos seriam, portanto, meros usuários do serviço de telecomunicações que lhes dá suporte, ao qual acrescentariam novas utilidades.

De fato, ao analisar as atividades dos provedores de acesso à Internet, SACHA CALMON³³ entendeu que as mesmas se incluem no conceito de SVA, não se confundindo com o serviço de comunicação em si (prestado pelo detentor da infra-estrutura para tanto – o provedor de *backbone*).

Comungando desse entendimento, BARROS CARVALHO³⁴ afirma que o provedor de acesso à Internet apenas agrega a um serviço de telecomunicações preexistente “mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações”.

A seu turno, SOARES DE MELO³⁵ assevera que o provedor de acesso à Internet não é contribuinte do ICMS, pois em sua atividade limita-se a fornecer meios para a comunicação com a Internet (prova disso é que sem a infra-estrutura de telecomunicações o provedor de acesso não consegue ultimar nenhuma relação comunicativa).

³² Norma nº 04/95 do Ministério das Comunicações:

“3. DEFINIÇÕES

- a. Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores;
- b. Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações;
- c. Serviço de Conexão à Internet (SCI): nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações;
- d. Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI): entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet;

4. SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET

4.1. Para efeito desta Norma, considera-se que o Serviço de Conexão à Internet constitui-se:

- a. dos equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos ‘software’ e ‘hardware’ necessários para o provedor implementar os protocolos da Internet e gerenciar e administrar o serviço;
- b. das rotinas para administração de conexões à Internet (senhas, endereços e domínios Internet);
- c. dos ‘softwares’ dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como – correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos –, mecanismos de controle e segurança, e outros;
- d. dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI;
- e. do ‘hardware’ necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os ‘softwares’ e os arquivos especificados nas letras ‘b’, ‘c’ e ‘d’ deste subitem;
- f. outros ‘hardwares’ e ‘softwares’ específicos, utilizados pelo PSCI.”

³³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Tributação na Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 104.

³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Não-incidência do ICMS na Atividade dos Provedores de Acesso à Internet*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004, p. 494.

³⁵ MELO, José Eduardo Soares de. *Tributação na Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 238-42.

BRITO MACHADO³⁶ também fundamenta a intributabilidade pelo ICMS-comunicação dos provedores de acesso no fato de que “os serviços prestados pelo provedor de acesso não são viáveis sem aqueles aos quais se agregam”.

No mesmo sentido são as lições de CARRAZZA³⁷, IVES GANDRA³⁸, OLIVEIRA³⁹ e CHIESA⁴⁰, dentre outros.

Noutro giro, há os que sustentam a possibilidade de incidência do ICMS sobre os serviços dos provedores de acesso à Internet, dentre os quais destacamos GRECO⁴¹. De acordo com o citado autor, existem três camadas distintas (*layers*) que possibilitam o acesso à Internet:

(a) a primeira camada, que consiste na ligação – efetuada via telefone⁴² – entre o usuário e o provedor de acesso;

³⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Tributação na Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91.

³⁷ Leciona CARRAZZA:

“I – (...). O que se tributa, no caso, por meio de ICMS-comunicação é, tão-somente, a prestação do serviço telefônico *lato sensu* que viabiliza a utilização da *Internet*.”

II – É que o *provedor de acesso* não presta o serviço de comunicação de que aqui se cogita, mas apenas viabiliza o acesso à *Internet*, via um canal aberto (p. ex., a linha telefônica). *Dito de outro modo, fornece condições materiais para um usuário ingressar no ambiente da Internet.*” (CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183, destaques nossos).

³⁸ IVES GANDRA pontua: “A lei de telecomunicações (...) exclui os serviços prestados pelos provedores como serviços de telecomunicação, em seu artigo 61, §1º (...).

São serviços adicionais, auxiliares, mas não são serviços de telecomunicação, como não o seriam todos aqueles prestados como suporte às telecomunicações, desde a limpeza desses estabelecimentos, quando terceirizados, até aqueles enunciados no dispositivo acima.

(...) Não sendo, pois, serviços de telecomunicações, mas apenas adicionais, vicários, acólitos, auxiliares dos serviços de comunicação – a utilização de veículo do provedor, ou seja, da linha telefônica, é tributada, por ser serviço de telecomunicação – não estão sujeitos ao ICMS (...).” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). Tributação na Internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 50).

³⁹ Em obra específica sobre as questões tributárias relativas à Internet, OLIVEIRA conclui pela intributabilidade dos provedores de acesso pelo ICMS. É ver:

“O (...) provimento de acesso não pode ser enquadrado, assim, como um serviço de comunicação, pois não atende aos requisitos mínimos que, técnica e legalmente, são exigidos para tanto, ou seja, o serviço de conexão à Internet não pode executar as atividades *necessárias e suficientes* para resultarem na emissão, na transmissão, ou na recepção de sinais de telecomunicação. Nos moldes regulamentares, é um serviço de valor adicionado, pois aproveita de uma rede de comunicação em funcionamento e agrega mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações.” (OLIVEIRA, Júlio Maria de. *Internet e Competência Tributária*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 123).

⁴⁰ CHIESA averba:

“Os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet caracterizam-se como um serviço de monitoramento do acesso do usuário à rede, colocando à disposição do cliente equipamentos e *softwares* que irão facilitar a sua navegação pelo sistema, além de outros serviços, tais como armazenamento de informações, contagem do tempo de uso, porém, nenhum destes consiste em dar condições para que a comunicação se efetive pois, ambos, tanto o usuário como o provedor, são tomadores do serviço de comunicação, que é prestado pelas concessionárias dos serviços de telecomunicações.” (CHIESA, Clélio. *A Tributação dos Serviços de Internet Prestados pelos Provedores: ICMS ou ISS?* Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun.1999, p. 25).

⁴¹ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 129-34.

⁴² Note-se que, atualmente, existem outros meios de conexão à Internet além do telefone, como o cabo ótico e as ondas de radiofrequência.

(b) a segunda camada, que passa a existir quando a ligação entre usuário e provedor já foi efetivada (tendo sido fornecido ao primeiro o endereço IP), na qual o usuário passa a fazer parte da rede, podendo conectar-se com qualquer outro que possua um endereço IP;

(c) a terceira camada, onde são utilizados aplicativos (navegadores, como o Internet Explorer, programas para bate-papo – *chat* – virtual, como o MSN Messenger, etc) que possibilitam a navegação e o desempenho de outras funções na Internet.

Segundo GRECO, o ambiente no qual ocorre a comunicação pela Internet (segunda camada) é distinto do ambiente proporcionado pela operadora de telefonia (primeira camada). Logo, como é o provedor de acesso que propicia ao interessado adentrar na segunda camada, ele presta um serviço que viabiliza “um ambiente específico de transmissão de mensagens com características próprias para que haja a comunicação entre terceiros”⁴³.

A partir dessas premissas, o autor conclui pela incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet, pois estes, ao propiciarem um ambiente próprio para que a conexão à rede ocorra, estariam, de fato, prestando serviço de comunicação.

CELSO BASTOS⁴⁴ – tomando para si as razões de GRECO – igualmente conclui pela possibilidade de cobrança do ICMS sobre as atividades dos provedores de acesso, pois vislumbra nas mesmas a existência de um “novo meio de comunicação e, por conseguinte, de uma nova prestação de serviços de comunicação (...)”.

ONOFRE BATISTA e ALBERTO ANDRADE⁴⁵ também sustentam que “a atividade do provedor é serviço de comunicação”, posto que “o provedor tem a obrigação contratual de fazer a conexão entre o usuário e a rede e fornecer condições para que a comunicação ocorra”.

A controvérsia na doutrina, como se deduz, está instaurada, mas pende para a intributabilidade dos provedores de acesso à Internet.

O Superior Tribunal de Justiça, a seu turno, encontrava-se dividido na matéria, tendo apenas recentemente pacificado (por enquanto) o entendimento pela não-incidência do ICMS sobre a atividade em tela. É o que veremos a seguir.

4.4. O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O STJ já se manifestou, em três oportunidades, sobre a tributação dos provedores de acesso à Internet.

⁴³ GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 133.

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Tributação na Internet*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (org.). *Tributação na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 74.

⁴⁵ BATISTA JR., Onofre Alves e ANDRADE, Alberto Guimarães. *Provedor de Internet e o ICMS*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 112. São Paulo, Dialética, jan.-2005, p. 105.

No primeiro caso (Recurso Especial nº 323.358/PR), julgado em junho de 2001, a Primeira Turma⁴⁶ entendeu à unanimidade que o serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não é de valor adicionado, mas sim de comunicação, atraindo a incidência do ICMS nos termos do art. 2º, III da LC nº 87/96.

Em suas razões de decidir, o relator, Ministro JOSÉ DELGADO, invocou a argumentação de GRECO (já exposta no item precedente), bem como texto da autora LUCIANA ANGEIROS⁴⁷. Esta sustenta, em síntese, que o serviço do provedor é imprescindível para a transmissão das mensagens pelos canais físicos da Internet (*backbone*), sendo parte integrante e indissociável do processo comunicacional, posto que é responsável por “levar um dado do seu cliente à Internet, bem como por manter a comunicação entre o emissor (Internet) e o receptor (usuário) através de seus computadores”. Nessa linha, conclui, apesar de ser um serviço de valor adicionado (pois inegavelmente melhora o fluxo de dados na rede, colocando à disposição do usuário *softwares* e *hardwares* com essa finalidade), é também um serviço de comunicação.

No mesmo sendeiro foi o parecer da PGFN/CAT nº 2042/97, também citado pelo Ministro relator em seu voto. De acordo com o entendimento da PGFN, o serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet é de valor adicionado, *não é de telecomunicação* (art. 61, §1º da LGT), mas é de *comunicação*, pois toda a sua estrutura é voltada para a finalidade de realizar a comunicação via Internet.

Ao cabo, o relator concluiu – tendo sido acompanhado pelos demais Ministros da Primeira Turma – que “o serviço prestado pelo provedor pela via da Internet não é serviço de valor adicionado⁴⁸, conforme define o art. 61, da Lei nº 9.472, de 16.07.97”, sendo um serviço de comunicação, pois “detém meios e técnicas” que permitem a formação da relação comunicativa em caráter negocial e oneroso. Nessa linha haveria a incidência do ICMS sobre o mesmo.

Após essa primeira decisão, o CONFAZ editou o Convênio ICMS nº 78/01⁴⁹ (cujo prazo de vigência, que expiraria em 31.12.2002, tem sido sucessivamente prorrogado por outros Convênios – nºs

⁴⁶ STJ, Primeira Turma, Recurso Especial nº 323.358/PR, relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 03.09.2001, p. 58. Votaram também os Ministros FRANCISCO FALCÃO, GARCIA VIEIRA, HUMBERTO GOMES DE BARROS e MILTON LUIZ PEREIRA

⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo (org.). *Internet – o Direito na Era Virtual*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 238-49.

⁴⁸ Ressalte-se que tanto a PGFN como a autora LUCIANA ANGEIROS, citados no voto do Ministro relator, entendem que o provimento de acesso à Internet é *serviço de valor adicionado* (e também é serviço de comunicação). Entretanto, na decisão, o STJ optou por descaracterizar o serviço dos provedores de acesso como SVA, qualificando-o unicamente como serviço de comunicação.

⁴⁹ Convênio ICMS nº 78/01:

“*Cláusula primeira.* Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade acesso à Internet, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação.

Cláusula segunda. A redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual.

Parágrafo único O contribuinte que optar pelo benefício previsto na cláusula anterior não poderá utilizar quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.

Cláusula terceira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir, total ou parcialmente, os débitos fiscais do ICMS, lançados ou não, inclusive juros e multas, relacionados com as prestações previstas na cláusula primeira, ocorridas até a data de início da vigência deste Convênio.

Parágrafo único. A não exigência de que trata esta cláusula:

I – não autoriza a restituição ou compensação de importâncias já pagas;

II – observará as condições estabelecidas na legislação de cada unidade federada.

Cláusula quarta. Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos até 31 de dezembro de 2002.”

50/03, 79/03, 116/03 e 139/03), autorizando os Estados a conceder redução de base de cálculo do ICMS no serviço de acesso à Internet, de forma que a carga tributária seja equivalente a cinco por cento do valor da prestação, bem como concedendo remissão dos débitos passados (anteriores à data de edição do primeiro Convênio). A intenção do CONFAZ foi dupla: assentar o entendimento de que incide o ICMS sobre os serviços prestados por provedores de acesso à Internet (reafirmando o posicionamento do STJ) e, mediante a redução da base de cálculo e a remissão, levar os provedores a optar pelo recolhimento do ICMS ao invés do ISSQN (que tem sido deles exigido por parte de diversos Municípios, embora sem previsão na lista da LC nº 116/03 e tampouco na lista anterior, da LC nº 56/87).

Entretanto, dois anos após a decisão no REsp nº 323.358/PR, a Segunda Turma⁵⁰ do STJ apreciou a mesma questão (nos autos do Recurso Especial nº 456.650/PR) e – decidindo de modo diverso do precedente – assentou, à unanimidade, pela impossibilidade de cobrança do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet.

A relatora, Ministra ELIANA CALMON, invocou as conclusões tomadas no XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário⁵¹, no qual a maioria dos palestrantes opinou pela não-incidência do ICMS-comunicação sobre as atividades em análise. Ao concluir seu voto, a relatora entendeu que os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet enquadram-se fielmente no conceito de SVA plasmado no art. 61 da LGT. Dessa forma, como a própria lei segrega os serviços de valor adicionado dos serviços de telecomunicações, não haveria como submeter-se os serviços de provimento de acesso à Internet à tributação pelo ICMS.

Em face da divergência que se instaurou, o Estado do Paraná aviou Embargos de Divergência nos autos deste último Recurso Especial (nº 465.650/PR).

O relator dos Embargos de Divergência, Ministro JOSÉ DELGADO, reiterou seu voto anteriormente prolatado no REsp nº 323.358/PR, pela incidência do imposto estadual. Os Ministros TEORI ZAVASCKI, LUIZ FUX e DENISE ARRUDA acompanharam o relator (note-se que nenhum dos três havia apreciado a matéria anteriormente).

⁵⁰ STJ, Segunda Turma, Recurso Especial nº 456.650/PR, relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ 08.09.2003, p. 291. Votaram também os Ministros FRANCIULLI NETTO, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. O Ministro CASTRO MEIRA não participou do julgamento.

⁵¹ Vale conferir o seguinte trecho do voto da Ministra ELIANA CALMON no REsp nº 456.650/PR:

“No XXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário, em torno do tema ‘Tributação na Internet’, coordenado pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, em outubro de 2001, na cidade de São Paulo, foram tomadas algumas posições:

(...)

‘Respostas às questões formuladas pela Comissão Organizadora:

1. Qual o significado do termo ‘serviço de comunicação’ contido no art. 155, II da Constituição Federal? Pode ele ser aplicado a um provedor de acesso à Internet para fins de tributação pelo ICMS?

Serviços de comunicação, para fins de ICMS, são serviços de transmissão de mensagens entre pessoas, por determinado veículo, a título oneroso.

(...)

As atividades desenvolvidas entre os provedores de acesso e os usuários da Internet realizam-se, também, mediante a utilização dos serviços de telecomunicações, sendo ambos, portanto, usuários dos serviços de telecomunicação. Logo, a atividade exercida pelos provedores de acesso em relação a seus clientes não se confunde nem com os serviços de telecomunicação, nem com os serviços de comunicação. Tal atividade não está sujeita a ICMS (...).”

O Ministro FRANCIULLI NETTO⁵², mantendo o posicionamento que havia adotado quando do julgamento do REsp nº 456.650/PR, sustentou a não-incidência do ICMS na espécie, no que foi seguido pelos Ministros JOÃO OTÁVIO DE NORONHA e FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (que, tal como o Ministro FRANCIULLI NETTO, haviam julgado o caso que originou a divergência), bem como pelo Ministro CASTRO MEIRA (que ainda não havia apreciado a matéria).

O último a apresentar seu voto (tendo-o feito no último dia 11 de maio) foi o Ministro FRANCISCO FALCÃO, que, modificando seu próprio entendimento (uma vez que havia votado pela incidência do ICMS na atividade dos provedores de acesso à Internet, nos autos do REsp nº 323.358/PR), sustentou que os serviços prestados pelos provedores de acesso configuram serviço de valor adicionado. Averbou o Ministro que “em face do serviço de provimento de acesso à Internet classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no artigo 61 da Lei nº 9.472/97, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar nº 87/96. Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual.”

4.5. CONCLUSÕES

Para nós, a decisão do STJ que uniformizou o entendimento pela não-incidência do ICMS sobre o serviço de provimento de acesso (EResp nº 456.650/PR) é acertada. Isso porque, como visto na exposição fática da questão, o provedor de acesso não é titular do endereço IP (possuindo apenas direito de uso do mesmo) e tampouco da infra-estrutura de telecomunicações que permite a comunicação pela Internet. Seu trabalho consiste em disponibilizar um número de IP para o usuário e “rotear” as mensagens enviadas e recebidas pelo mesmo, de modo que a comunicação pelas diversas vias que compõem a Internet seja otimizada. Adicionalmente, o provedor de acesso pode oferecer outras facilidades aos usuários (como disponibilização de conta de e-mail), mas nenhuma terá o caráter de serviço de comunicação⁵³.

⁵² Em artigo publicado, o Ministro FRANCIULLI NETTO reafirmou seu entendimento pela não-incidência do ICMS nos serviços de provimento de acesso à Internet:

“Trata-se de mero serviço de valor adicionado, porquanto o prestador utiliza a rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica.

Com efeito, os provedores de acesso à Internet atuam como intermediários entre o usuário final e a Internet. Utilizam-se, nesse sentido, de uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, acrescentando ao usuário novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações).” (FRANCIULLI NETTO, Domingos. *ICMS sobre Operações Eletrônicas (Provedores de Acesso à Internet)*. Revista Fórum de Direito Tributário, nº 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19).

⁵³ As conclusões de BOTELHO – permeadas por considerações de elevado nível técnico – são no mesmo sentido: “Por tudo o que está dito, tem-se que, inevitavelmente, o provedor de acesso:

1. Não fornece e não realiza atividade técnica ou material de telecomunicações ao usuário do microcomputador, ao qual apenas cede direitos (que terá obtido, por contratação, junto a terceiros) ao uso de ‘espaço’ em canal dedicado de telecomunicações (obtido junto à delegatária, esta sim titular da prestação do serviço de telecomunicações) e a uso de endereço IP (havido junto à FAPESP, esta, titular do endereço).

2. Recebe, pronta, a informação ‘em pacotes’, que lhe é enviada pelo usuário/microcomputador, tão-somente cumprindo, quando a ela, a direta destinação, por utilização do espaço do canal que haja contratado junto ao titular do backbone, eis que o roteamento será feito, não pelo provedor, mas pelo titular do backbone contratado.

Está, assim, o provedor de acesso em posicionamento claramente intermediário na dinâmica da rede – e, visivelmente, *a latere* dela, pois que não interfere ou dinamiza, de qualquer modo, a estruturação ou funcionamento da mesma, limitando-se, apenas, a providenciar que o usuário acesse os restantes circuitos e camadas de circuitos que consolidam a interconexão.” (BOTELHO, Fernando Neto. *Tributação do Serviço de Provimento da Internet*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004, pp. 574-5).

De se notar, por fim, que as dificuldades relativas à tributação dos provedores de acesso à Internet são parte da realidade mundial, especificamente no que tange à classificação desses serviços como sendo (ou não) de telecomunicações.

O Reino Unido considera o serviço de provedor de acesso à Internet como de telecomunicação, nos termos do *UK VAT Act*:

“São exemplos de serviços de telecomunicações:

(...)

a) acesso à Rede Internet (incluindo provimento de correio eletrônico – e-mail – , de facilidades de chatline e de suporte ao cliente).”⁵⁴

Já nos EUA, o *Internet Tax Freedom Act*⁵⁵ (ITFA) sustenta que o provedor de acesso não presta serviços de telecomunicações. É ver:

“Serviço de acesso à Internet é um serviço que possibilita ao usuário acessar conteúdos, informações, correio eletrônico ou outros serviços oferecidos pela Internet, e pode também incluir acesso a conteúdos, informações e outros serviços privativos como parte de um pacote de serviços oferecidos aos usuários. *O termo não inclui serviços de telecomunicações.*” (destaques nossos)

Não obstante, os Estados norte-americanos que já tributavam os provedores de acesso como serviços de telecomunicações anteriormente à edição do ITFA, sancionado em 21 de outubro de 1998, tiveram seus direitos resguardados. Assim, os Estados da Dakota do Norte, Tennessee e Wisconsin continuaram a tributar os provedores de acesso como prestadores de serviços de telecomunicações. Por outro lado, o Estado da Flórida, que inicialmente tratava os provedores como prestadores de serviços de telecomunicações, modificou seu entendimento (e sua legislação tributária), em face de um relatório emitido por uma comissão criada para analisar a tributação nas telecomunicações. A *Florida Telecommunications Task Force* concluiu que o provimento de acesso à Internet não pode ser classificado como serviço de telecomunicação. À mesma ilação chegou o Departamento de Tributação e Finanças do Estado de Nova Iorque. Em ambos os casos (Flórida e Nova Iorque) a conclusão dos órgãos governamentais foi a de que o serviço de provimento de acesso à Internet é um serviço único, inteiramente novo, para o qual deve ser criada uma legislação tributária específica⁵⁶.

Para logo, pode-se concluir que efetivamente há uma grande dissensão – em nível internacional – acerca da natureza dos serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet. Não obstante, a tendência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, como visto, é de não considerar o serviço de provimento de acesso como de telecomunicação, afastando a incidência do ICMS sobre o mesmo.

⁵⁴ MENEZES, Mario Celso Santiago. *Incidência de ICMS sobre os Serviços de Valor Agregado*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). Direito Tributário das Telecomunicações. São Paulo: IOB Thomson: Abetel, 2004, p. 686.

⁵⁵ Tradução livre do original em inglês. (GRECO, Joseph F. e SEIBEL, JoAnne D. *Taxation of Internet Services*. BIERBAUM, Deborah R. e KRATOCHVILL, James P (org.). Telecommunications: Taxation of Services, Property and Providers. Chicago: CCH Incorporated, p. 204).

⁵⁶ GRECO, Joseph F. e SEIBEL, JoAnne D. *Taxation of Internet Services*. BIERBAUM, Deborah R. e KRATOCHVILL, James P (org.). Telecommunications: Taxation of Services, Property and Providers. Chicago: CCH Incorporated, pp. 205-7.

5. NÃO-INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE O SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET

Não se enquadrando como serviço de comunicação, o provimento de acesso à Internet pode ser tributado pelo ISSQN, desde que esteja previsto na lista editada por lei complementar (atualmente a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003).

A LC nº 116/03 elenca os seguintes serviços de informática⁵⁷ sujeitos ao tributo municipal:

- “1. Serviços de informática e congêneres.
 - 1.01. Análise e desenvolvimento de sistemas.
 - 1.02. Programação.
 - 1.03. Processamento de dados e congêneres.
 - 1.04. Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.
 - 1.05. Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.
 - 1.06. Assessoria e consultoria em informática.
 - 1.07. Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.
 - 1.08. Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.”

As atividades constantes dos itens 1.01, 1.02, 1.03, 1.04 referem-se à prestação de serviços de desenvolvimento de sistemas, programas e processamento de dados.

O item 1.05 trata do licenciamento de programas para utilização pelo público.

Os itens 1.06 e 1.07 referem-se à prestação de serviços de assessoria e suporte técnico em informática.

O item 1.08 autoriza a incidência do ISSQN sobre o planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.

Em nenhum desses, portanto, podem ser enquadradas – nem mesmo com base em interpretação extensiva do item 1.03, que se refere a processamento de dados e *congêneres* – as atividades dos provedores de acesso à Internet.

⁵⁷ Vale conferir a definição de informática ofertada por DINIZ, com esforço em conceitos de autores diversos:

“1. Ciência do tratamento lógico e automático da informação, compreendendo-se as técnicas e os meios relativos à coleta, tratamento e difusão de informações (García Márquez). 2. Parte da cibernética que trata dos sistemas dinâmicos determinísticos, com vistas a sua execução em um computador eletrônico, estudando também o modo pelo qual é possível seu processamento por ele (Antônio S. Limongi França). 3. Ramo da Ciência voltado ao tratamento automático da informação, baseando-se em processamento de dados e empregando computador eletrônico para sua coleta, processamento, conservação, recuperação e disseminação. 4. Ciência do uso da informação ligada a um computador (Liliana M. Paesani).” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 837, *apud* PISCITELLI, Tathiane dos Santos e IZELLI, Anna Flávia de Azevedo. *Os Serviços de Provedores de Acesso à Internet e a LC nº 116/2003*. TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Imposto sobre Serviços – ISS na Lei Complementar nº 116/03 e na Constituição*, v. 2. São Paulo: Manole, 2004, p. 482).

Como visto, os provedores de acesso disponibilizam um meio (endereço IP e roteadores) para que o usuário tenha acesso à Internet, inexistindo a prática de qualquer das atividades previstas nos itens 1.01 a 1.08 da LC nº 116/03⁵⁸.

Ressalte-se, por derradeiro, que na LC nº 56/87 havia apenas uma previsão genérica para incidência do ISSQN sobre serviços de processamento de dados⁵⁹, o que afasta a possibilidade de tributação dos provedores de acesso sob a sua égide (afinal, o processamento de dados não pode ser equiparado ao fornecimento de endereço IP e roteamento das mensagens enviadas pelo usuário da Internet, que são os serviços efetivamente prestados pelos provedores de acesso).

⁵⁸ Nesse mesmo sentido, confira-se também: MARTINS, Ives Gandra da Silva e RODRIGUES, Marilene Talarico. O ISS e a Lei Complementar nº 116/2003 – Aspectos Relevantes. ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). O ISS e a LC 116. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 199-201; MELO, José Eduardo Soares de. ISS – Aspectos Teóricos e Práticos, 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 57-9.

⁵⁹ LC nº 56/87:

“22. Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros incisos desta lista, organização, programação, planejamento, assessoria, processamento de dados, consultoria técnica, financeira ou administrativa.”

CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

BRUNO RODRIGUES DE FARIA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Significado das garantias constitucionais ao direito de petição e ao devido processo legal nos procedimentos administrativos. 3. O duplo grau de jurisdição: princípio exclusivo do direito processual. 4. Legalidade da exigência de depósito diante do CTN e das demais leis tributárias. 5. O recurso administrativo como fator de risco de não pagamento do tributo devido. 6. Jurisprudência sobre a matéria. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

São comuns há vários anos, no ordenamento jurídico, quer federal ou dos estados, as exigências de depósitos prévios como condição de admissibilidade de recursos. Tal fenômeno, embora em menor escala, ocorre na esfera judicial, assim como na administrativa.

Em relação à exigência de depósito para a admissão de recursos judiciais trabalhistas, a jurisprudência já se pacificou no sentido de que a discussão é infraconstitucional, tendo o TST firmado entendimento pela legalidade da exigência.

É sobre a exigência relativa aos recursos administrativos em diversas matérias que vêm se voltando as baterias a alguns anos. Especialmente após ter a União instituído tal exigência no contencioso relativo à matéria previdenciária e, também no relativo à matéria tributária, no que foi seguida por alguns Estados, o depósito vem sendo objeto de questionamentos quanto à sua legalidade e constitucionalidade, que chegaram, durante algum tempo, a encontrar eco no Judiciário. Depois de algum tempo, os tribunais superiores pacificaram a matéria.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é hoje clara no sentido de que não ofende a qualquer dispositivo constitucional a exigência legal de depósitos recursais em procedimentos administrativos. Do mesmo modo, o STJ já decidiu que tais depósitos não ofendem a nenhum dispositivo do CTN.

Não obstante isso, motivada talvez pela mudança de composição do STF, vem sendo revigorada a contestação, até mesmo doutrinária da constitucionalidade e legalidade de tais procedimentos.

* Procurador do Estado de Minas Gerais; Ex-Professor da PUC/MG e da Universidade de Itaúna; Advogado.

O objetivo do presente trabalho é, por um lado, evidenciar a correção da interpretação das normas pertinentes adotada pelos tribunais superiores, e, por outro, mostrar a fragilidade dos argumentos que questionam tal interpretação.

2. SIGNIFICADO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE PETIÇÃO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

O centro da argumentação pela inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal na esfera administrativa está na invocação de duas garantias constitucionais às pessoas: o direito de petição e o devido processo legal. Contudo, um exame mais atento do significado de tais normas constitucionais não lhes dá a extensão desejada por alguns.

Estabelece a Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

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

O disposto no inciso XXIV está longe de garantir o acesso aos recursos administrativos sem o depósito. O mandamento constitucional determina tão somente a obrigatoriedade de que a administração assegure todos o direito de reclamar dos seus atos sem que sejam obrigados ao pagamento de taxas.

Em termos atuais, o devido processo legal é visto não somente como uma garantia aos eventuais direitos das partes, mas sobretudo como um aliado do próprio Estado para o cumprimento da sua função jurisdicional. O próprio texto constitucional, como visto, amplia tal cláusula ao processo administrativo. Nas palavras de alguns dos nossos principais processualistas, o devido processo legal pode ser assim caracterizado:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da função jurisdicional. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado como fator legitimante do exercício da jurisdição.¹

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 7.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990. p. 78. Original sem destaques.

Tal direito vem sendo assegurado por todas as leis em questão, uma vez que o depósito administrativo não é condição para o recebimento de reclamações ou impugnações administrativas ao lançamento, mas apenas para a interposição de recursos.

Nesse ponto, argumenta-se com o disposto no inciso LV, acima transcrito, quando fala na ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Assim, é comum afirmar que condicionar o recurso ao depósito estaria impedindo o exercício da “ampla defesa”, por ser o recurso inerente a esta.

A Constituição Federal, em nenhum dispositivo garante especificamente o duplo grau de jurisdição. No processo judicial a garantia do duplo grau só é considerada amparada pelo texto constitucional caso se leve em consideração os dispositivos que regem a competência dos tribunais, atribuindo-lhes o poder de julgar recursos:

O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucionalmente de modo expresso, entre nós, desde a República; mas a própria Constituição incumbe-se de atribuir competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. n; art. inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente, sob a denominação de tribunais, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, inc. III). Ademais o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária prevêm e disciplinam o duplo grau de jurisdição.

Casos há, porém, em que inexistente o duplo grau de jurisdição: assim, v.g., nas hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, especificada no art. 102, inc. I, da Constituição.²

Na esfera administrativa não há competência estabelecida constitucionalmente para qualquer órgão julgador, mesmo porque, sequer existe a obrigatoriedade constitucional de que possua a Administração, em qualquer das suas esferas, órgãos especializados na apreciação de reclamações contra seus atos; menos ainda de julgamento de recursos. Quisesse qualquer ente federado, ou Município, criar um procedimento administrativo em grau único, sem possibilidade de recurso, inconstitucionalidade alguma haveria.

O exame da constitucionalidade das leis pelos tribunais deve atender a critérios de razoabilidade e valorização da atividade legislativa. Nas palavras sempre atuais de Carlos Maximiliano:

Os tribunais só declaram a inconstitucionalidade de leis quando esta é evidente, não deixa margem a séria objeção em contrário. Portanto, se, entre duas: interpretações mais ou menos defensáveis; entre duas correntes de idéias apoiadas por jurisconsultos de valor, o Congresso adotou uma, o seu ato prevalece. A bem da harmonia e do mútuo respeito que devem reinar entre os poderes federais (ou estaduais), o Judiciário só faz uso da sua prerrogativa quando o Congresso viola claramente ou deixa de aplicar o estatuto básico, e não quando opta apenas por determinada interpretação não de todo desarrazoada.³

² CINTRA, *op. cit.*, p. 73. Original sem destaques.

³ MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 308. Original sem destaques.

As regras da hermenêutica das normas constitucionais evidenciam, pois, a impossibilidade de que se dê aos dispositivos em comento a abrangência desejada pelos adversários da exigência de depósito.

3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: PRINCÍPIO EXCLUSIVO DO DIREITO PROCESSUAL

É evidente para qualquer observador qualificado, que, na Ordem Jurídica brasileira, tal como instituída pela carta da república, cumprem papéis absolutamente distintos o sistema jurisdicional, cujas competências são exercidas pelo Poder Judiciário, procedendo segundo o Direito Processual, e, o conjunto de órgãos e autoridades dispersos na estrutura do Poder Executivo, nos três níveis de governo, encarregado de analisar, de acordo com regras de Direito Administrativo, as reclamações dos particulares contra atos da Administração Pública.

Assim, ainda que o conteúdo do trabalho de ambas possa ser semelhante, a diferença de objetivos, funções e meios de ação faz com que nem sempre os princípios reguladores de uma dessas atividades possam ser seguidos pela outra. Como se sabe, a função jurisdicional do Estado tem como instrumento de ação o Direito Processual (civil ou penal). Já o exercício da função administrativa se vale do Direito Administrativo. Ainda que se possa falar numa ‘administração contenciosa’, e, conseqüentemente, num ‘direito administrativo procedimental’, seus princípios e objetivos serão necessariamente diversos dos atinentes ao direito processual.

Isso pode ser claramente observado quando se tenta transpor para os órgãos de ‘julgamento administrativo’ as justificativas dos processualistas para a existência do duplo grau de jurisdição:

O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.

(...)

Não-obstante, é sempre mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.⁴

⁴ CINTRA, *op. cit.*, p. 72. Original sem destaques.

O eventual equívoco, ou mesmo injustiça, de uma decisão tomada em procedimento administrativo não gera as mesmas conseqüências que traria um erro de julgamento definitivo pelo Judiciário. O disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal garante a revisão pelo Judiciário de qualquer decisão administrativa:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim, por esse prisma, não se justifica a imposição do duplo grau na esfera administrativa.

Também o que se chamou de ‘fundamento político’ do duplo grau não faz sentido no âmbito administrativo. As decisões administrativas, especialmente as relativas aos lançamentos tributários já estão sujeitas a uma série de controles, inclusive prévios à notificação do contribuinte. Situam-se os órgãos de julgamento administrativo na estrutura do Poder Executivo, não se lhes aplicando a restrição feita ao Judiciário no que diz respeito à legitimidade eleitoral.

De outro ângulo, as decisões administrativas se submetem, por um lado, a controles prévios (hierárquicos), sendo ainda passíveis de controle externo *a posteriori* pelo Judiciário, pelo que é dispensável a instituição de mais um controle interno obrigatório, representado pelo recurso administrativo.

4. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO DIANTE DO CTN E DAS DEMAIS LEIS TRIBUTÁRIAS

O direito de pleitear a desconstituição de exigência fiscal, julgada parcialmente procedente pelo órgão julgador-administrativo de primeira instância, requer a comprovação de depósito em percentual do valor do crédito tributário definido no primeiro julgamento para interposição de recurso.

Uma alegação freqüente dos opositores de tal exigência é que estaria ela a violar o disposto no art. 151, III, do CTN. Estabelece o dispositivo em questão:

Art. 151 - Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

III -as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

(...)

Em primeiro lugar, não sendo o depósito modalidade de antecipação da exigência, mas simples garantia, como se detalhará adiante, não se pode falar em violação do dispositivo.

Além disso, o Código Tributário Nacional dispõe, como visto, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na hipótese dos recursos, ocorre **nos termos das leis reguladoras do processo administrativo tributário**.

Não há que se falar em restrição á defesa, pois é lícito ao legislador estabelecer condições e pressupostos aos recursos, principalmente nos casos em que há interesse público subjacente. O depósito de vinte por cento do valor do crédito tributário, fixado em Lei, não limita, nem restringe as hipóteses de recursos.

5. O RECURSO ADMINISTRATIVO COMO FATOR DE RISCO DE NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO

A situação em que se coloca a presente discussão é aquela em que, tendo apresentado uma reclamação administrativa contra lançamento tributário, o administrado vê o órgão competente julgá-la improcedente ou parcialmente procedente. Nesses casos, respeitados determinados limites, as legislações atuais têm condicionado a interposição de recurso ao depósito administrativo de um percentual da quantia até então considerada devida.

Tal condição, além de nada ter de ilegal ou inconstitucional, como foi demonstrado, representa uma simples, mas ao mesmo tempo segura, providência no sentido de proporcionar alguma garantia ao Estado, sem ocasionar qualquer risco para o contribuinte recorrente. O valor correspondente ao percentual exigido não é, de imediato, 'pago' ao Estado, mas apenas depositado administrativamente, sendo liberado para o contribuinte caso o recurso obtenha sucesso. Não se trata, portanto, de uma ressurreição do 'paga e repete', mas de simples garantia parcial do crédito.

Além disso, a exigência de depósito cumpre o papel de desestimular os recursos meramente protelatórios que imperam no âmbito administrativo. Em geral, as reclamações, impugnações e recursos administrativos, além de não estarem sujeitos a 'preparo', apenas em alguns poucos casos são condicionados ao pagamento de taxas, fazendo com que seu baixo ou nenhum custo seja um incentivo a toda ordem de recursos meramente protelatórios, sem chance de êxito, interpostos unicamente para 'ganhar tempo', enquanto, muitas vezes, o patrimônio da empresa autuada é dilapidado pelos próprios sócios, de modo que nada mais haja para responder pelo crédito do Estado, após finalmente esgotar-se a gama de recursos administrativos e judiciais que o Ordenamento põe à disposição dos infratores.

6. JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA

Outrossim, conforme já manifestado nas decisões proferidas por vários tribunais, a exigência do depósito recursal é uma medida acautelatória do interesse público destinada a prevenir a procrastinação. Tem por fundamento evitar o recurso protelatório e, desde logo, garantir ao órgão arrecadador o futuro recebimento do tributo.

De início, convém mencionar a decisão do STF na ADIn nº 1049/DF, em que proclamou a constitucionalidade do depósito recursal em matéria administrativa previdenciária:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. 13. SALÁRIO: SUA NÃO INTEGRAÇÃO NO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO PARA O CÁLCULO DE BENEFÍCIO. RECURSO: OBRIGATORIEDADE DO DEPÓSITO DA MULTA IMPOSTA. BENEFÍCIOS: PRAZO DE CARÊNCIA. ABONO DE PERMANÊNCIA: EXTINÇÃO. PECÚLIO: EXTINÇÃO. Lei 8.212, de 1991, § 7º do artigo 28 e art. 93 com a redação da Lei 8.870/94. Art. 25, inciso II e artigo 82 da Lei 8.213, de 1991, com a redação da Lei nº 8.870, de 1994. I. - Suspensão cautelar da eficácia do art. 93 da Lei 8.212, de 1991, com a redação da Lei 8.870/94, que estabelece que "o recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura." (Voto vencido do

Relator). **II. - Indeferimento da cautelar relativamente aos demais dispositivos legais acoimados de inconstitucionais. (Voto do Relator).** **III. - Indeferimento da cautelar relativamente a todos os dispositivos acoimados de inconstitucionais: § 7º do art. 28 e art.93 da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 8.870/94, bem assim do inciso II do art. 25 e do art. 82 da Lei 8.213, de 1991, com as alterações da Lei 8.870, de 1994.**

Observação:

Votação: unânime quanto a parte do pedido e por maioria quanto à outra parte, vencido o Ministro Carlos Velloso.

*Resultado: indeferida.*⁵

Tal posição foi reafirmada por diversas vezes pelo Pretório Excelso, ao examinar várias modalidades de depósitos recursais:

EMENTA: CONSTITUCIONAL (2) ADMINISTRATIVO. (3) RECURSO: OBRIGATORIEDADE DO DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA IMPOSTA. (4) RECEPÇÃO DO ART. 636, § 1º, CLT, PELA CONSTITUIÇÃO. COMPATIBILIDADE DA EXIGÊNCIA COM O ART. 5º, LV, CF-88. (5) PRECEDENTE : ADIN-1049 (CAUTELAR). (6) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁶

*EMENTA: Multa por degradação do meio ambiente. Exercida defesa prévia à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa. Precedentes: ADI 1049, sessão de 18-5-95, RE 210.246, 12-11-97. Contrariedade não configurada, do disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição. Recurso extraordinário de que, por esse motivo não se conhece.*⁷

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. CONSTITUCIONALIDADE. Não ofende a Constituição Federal a exigência de depósito prévio para a interposição de recurso administrativo. Agravo regimental a que se nega provimento.⁸

Ementa

*1. Razões do recurso que não atacam todos os fundamentos da decisão agravada (Súmula STF nº 283). 2. No mérito, não ofende a Constituição Federal, a exigência de depósito recursal de parte do valor discutido na esfera administrativa, para o recebimento de recurso. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.*⁹

⁵ STF, Pleno, ADI nº 1049/DF; rel. min. Carlos Velloso. DJU: 25/08/1995, p. 26021. Original sem destaques.

⁶ STF, Pleno, RE nº 210246/GO; rel. min. Nelson Jobim. DJU: 17/03/2000, p. 028. Original sem destaques.

⁷ STF, 1ª T., RE nº 169077/MG; rel. min. Octávio Gallotti. DJU: 27/03/98, p. 018. Original sem destaques.

⁸ STF, 2ª T., AI nº 344702 AgR / SC; rel. min. Maurício Corrêa. DJU: 26/04/02, p. 084. Original sem destaques.

⁹ STF, 2ª T., AI nº 427768 AgR / RJ; rel. min. Ellen Gracie. DJU: 01/08/2003, p. 131. Original sem destaques.

Na mesma linha, o STJ proclamou, em mais de uma oportunidade, a conformidade dos depósitos recursais com o direito federal, em especial, com o art. 151 do CTN:

Ementa

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGIBILIDADE DO DEPÓSITO PRÉVIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 151, INCISO III, DO CTN. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

- 1. O pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, consubstanciado na exigência do depósito recursal, não se incompatibiliza com a regra prevista no mencionado art. 151 do CTN.*
- 2. A adequada interposição do recurso administrativo, com o recolhimento prévio do depósito, tem como consequência jurídica a suspensão da exigibilidade do crédito.*
- 3. A jurisprudência do STF e a do STJ concluíram pela constitucionalidade e legalidade da exigência do depósito prévio recursal.*
- 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial.¹⁰*

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEPÓSITO PRÉVIO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PRESERVADOS. PRECEDENTES DO STF E STJ.

- 1. O duplo grau não atinge a esfera administrativa, sendo constitucional a exigência de depósito prévio para fins de interposição de recurso administrativo. Precedentes do STF.*
- 2. A exigência do depósito recursal administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV).*
- 3. Em sede de processo administrativo, o contribuinte, após o lançamento do crédito, tem a oportunidade de apresentar defesa, bem como produzir todas as provas que julgar necessárias, estando preservado, assim, o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.*

¹⁰ STJ, 2ª T., AGA 550217/RJ; rel. min. João Otávio de Noronha. DJU: 24.05.2004 p. 249. Original sem destaques.

4. A exigência do depósito, malgrado legítimo, não impede o acesso à Justiça, inclusive com a possibilidade de gratuidade integral, conforme prometido pela Carta Magna e extensível às pessoas jurídicas pela majoritária jurisprudência do E. STJ.

5. O depósito prévio para a interposição de um novo recurso evita a procrastinação e objetiva a mais rápida percepção dos impostos pela Administração.

6. Agravo Regimental desprovido.¹¹

De modo coerente com a jurisprudência dos tribunais superiores, o TJMG vem, seguidamente, proclamando a legitimidade da exigência de depósito recursal na esfera administrativa:

Não há assim, nenhuma correlação entre a exigência combatida e o princípio da ampla defesa, mas uma limitação de ordem procedimental sem a menor carga de lesividade à impetrante, na medida em que a norma apenas exige o depósito recursal” como garantia do efeito devolutivo”. Inexiste lei a amparar a pretensão mandamental, e, portanto, afasta-se a alegação de direito líquido e certo a merecer a proteção aqui buscada pela impetrante, que nem proteção pode ser, já que uma providência jurisdicional desta natureza, somente poderá ter assento em lei, e assento expresso, e não meramente conjectural, resultante de interpretação de situação técnica procedimental, que não direciona no sentido que a impetrante quer prevalecer.

Conforme observa Hely Lopes Meirelles, “o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante” (ms., a. p. - a.c.p. m.i. Habeas data, 12ª ed. 1988, RT, p. 12). Esta, à evidência, não é a hipótese dos autos, embora a liminar concedida, em juízo de cognição sumária e incompleta (f. 149), ao enfoque de seus requisitos (art. 7º, I e II, da Lei 1.533/51), tenha tido sua justificativa, como se evidenciou na decisão que a concedera.¹²

*Ementa: MEIO AMBIENTE - CORTE DE ÁRVORES SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL - AUTUAÇÃO E MULTA - RECURSO ADMINISTRATIVO E PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO AO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DO IEF - EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE PARTE DA MULTA IMPOSTA - PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE E GARANTIA RECURSAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INOCORRÊNCIA - CONSEQÜENTE VALIDADE DA EXIGÊNCIA - Notificado o violador de disposições legais inerentes ao meio-ambiente acerca da imposição de multa (corte de árvores frutíferas sem permissão legal), **faculta-se-lhe interpor recurso ao Conselho de***

¹¹ STJ, 1ª T., AGRESP 497404/PE; rel. min. Luiz Fux. DJU: 04.08.2003, p.241. Original sem destaques.

¹² TJMG – Grupo de Câmaras Cíveis; MS nº 044.583-3; rel. des. Murilo Pereira. Julg. em 21/06/95. Trecho do voto condutor. Original sem destaques.

Administração do IEF (Instituto Estadual de Florestas), desde, porém, que instruído o recurso com a prova do prévio depósito de parte dessa multa, ou seja, de, no mínimo, 20% dela, a teor do art. 13 da Lei 11.337, de 21.12.1993. A exigência desse depósito não implica ofensa ao art. 5º, inciso LV, da Lei Fundamental da República, por constituir pressuposto de admissibilidade e garantia recursal, o que a torna válida e eficaz (ela, exigência).¹³

A exigência do depósito cumpre, pois, um duplo papel: por um lado, de fornecer alguma garantia a um crédito cuja legalidade já se mostrou provável, por outro, de desestimular recursos protelatórios cujo verdadeiro fim seria conseguir safar-se do pagamento do tributo devido.

7. CONCLUSÃO

Não é pertinente a alegação de que a exigência do depósito recursal seja incompatível com os ditames constitucionais, mormente os incisos XXXIV e LV da Carta Magna. O recurso administrativo suspende a exigência do crédito tributário e, para ser processado o recurso, faz-se necessário o recolhimento prévio do depósito, **nos termos da lei**, como autoriza o CTN.

É, pois, legal e constitucional a condicionante do depósito prévio para a interposição do recurso administrativo.

Tal exigência, se viu, como condição de procedibilidade do recurso, não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e do devido processo legal (art. 5º, XXXIV), nem viola qualquer dispositivo do CTN ou da legislação tributária nacional.

Registre-se que para a decisão administrativa de primeira instância o contribuinte tem a oportunidade de apresentar defesa, bem como produzir todas as provas que julgar necessárias, estando preservado, assim, o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, agindo os órgãos julgadores-administrativos com impessoalidade e imparcialidade para decidir o processo com a correção necessária.

¹³ TJMG – 4ª Câmara Cível; Ap. nº 281.339-2; rel. des. Hyparco Immesi. Julg. em 15/05/03. Original sem destaques.

O MEIO AMBIENTE E O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

EDMÉA DO NASCIMENTO ROCHA**

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da Constituição Política do Império à Constituição da República de 1891. 3. A Constituição de 1934. 4. A Constituição de 1937. 5. A Constituição de 1946. 6. A Constituição de 1967. 7. O Meio Ambiente e a atual Constituição Brasileira de 05 de Outubro de 1988. 7.1 As Tendências que deram origem à nova Constituição. 7.1.1 - O Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização. 7.2 - A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. 7.3 - O Artigo 225. 7.3.1 - Meio Ambiente ecologicamente equilibrado. 7.3.2 Bem de uso comum do Povo. 7.3.3 Bem essencial à sadia qualidade de vida. 7.3.4 Imposição ao Poder Público e à coletividade do dever de defendê-lo e de preservá-lo. 7.3.5 A finalidade de defesa e preservação do Meio Ambiente para as presente e futuras gerações. 8. Considerações gerais. 9. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento histórico da legislação política e constitucional brasileira será objeto deste estudo, que se propõe perquirir os textos das Constituições Brasileiras, do Império à atual Constituição da República, na tentativa de conhecer o tratamento dispensado aos elementos ambientais detectados em seus respectivos textos, cuja classificação, para os fins aqui propostos, considera a distribuição dos elementos em classes¹ de meio ambiente natural, artificial e cultural, segundo José Afonso da Silva que, posteriormente, passou a classificar o meio ambiente em três aspectos: “artificial, natural e cultural”², afirma ser esse o aspecto do meio ambiente que a Lei 6.938, de 31.8.1981, define em seu art. 3º.

Adotou-se para o fim deste trabalho, porém, a divisão em três classes: I - natural, formado pelo solo (jazidas), água, ar, flora (florestas), fauna (pesca); II - cultural, formado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico; III – artificial, formado pelos equipamentos públicos: ruas, praças, áreas verdes, espaços livres ou o chamado espaço urbano aberto; e o conjunto de edificações: espaço urbano fechado. As posições, as classificações e a terminologia variam de autor para autor³.

O método de estudo do Direito Constitucional seguido neste trabalho, entretanto, decorre da tendência mais moderna que essa disciplina do direito vem assumindo ao propor versar sobre os princípios

** Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Profª da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen, em Belo Horizonte/MG. Consultor-Técnico da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Associada do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP e Professora de Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia Pública/Núcleo MG. Integrante do Instituto Mineiro de Direito Administrativo – IMDA.

¹ SILVA, José Afonso da Silva. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.435.

² SILVA, José Afonso da Silva. *Direito ambiental constitucional*. p. 21.

³ MATEO, Ramón Martín. *Derecho ambiental*. Madrid: Instituto de Administración local, 1977. p. 15.

fundamentais dos diversos ramos jurídicos, tanto do direito público, quanto do direito privado, estabelecendo conexão entre eles. Segundo afirma Jorge Miranda “isso obriga a ter em conta os conceitos e as intenções particulares desses ramos e, no mesmo passo, a procurar subir à síntese explicativa imposta pela idéia de Direito em que consiste a Constituição material⁴”.

O método da Ciência Jurídica é o dogmático, isto é, aquele que preocupa com a “*interpretação e construção, análise e síntese, induzir para deduzir mais tarde, andar do particular (da norma ou preceito) para o geral (a unidade do sistema) e deste, outra vez, para o particular (a subsunção das situações e relações da vida); em suma, uma elucidação racionalizante e totalizante*”⁵. Acrescenta o ilustre Professor de Coimbra que, “*se foi o positivismo que lhe deu o impulso decisivo, mercê da aplicação devotada à norma jurídica positiva, ele deve libertar-se da marca e da sorte do positivismo. E, se durante muito tempo foi orientado pelo formalismo, nem por isso equivale a método formalista*”⁶.

A justificativa é oportuna, de vez que as preocupações atuais com o meio ambiente passaram, no Brasil, por um processo de desenvolvimento, sob duas formas de pressão: uma, externa, para que fossem adotadas medidas rigorosas na proteção ao meio ambiente, principalmente, após a reunião de Estocolmo, em 1972; outra, interna, para que se refletisse a relação vertical de imposição do Poder Público.

Os fatores de ordem social e política irão influenciar: primeiro, a criação de vasta legislação; segundo, o aparecimento da nova disciplina jurídica, o direito ambiental, que desponta fortemente no campo da ciência jurídica, fortalecido pelos três grandes princípios que lhe são próprios, como o da cooperação, do poluidor-pagador e o da precaução, somados a outros princípios específicos do direito administrativo; e terceiro, as medidas políticas e administrativas visando ao desenvolvimento, prático e teórico, desse novo ramo jurídico.

Ao receberem as autoridades brasileiras pressão inicial “de fora para dentro”, é evidente que essa se refletiria na legislação ordinária, que tende a desenvolver-se de forma acelerada, precedendo às discussões doutrinárias, e buscando sua fundamentação técnica em conceitos e métodos de outras ciências humanas, e até mesmo de ciências exatas ou biológicas. Essa influência verificou-se, inclusive, na nova Constituição Brasileira, que acolheu em seu texto, conceitos e técnicas da Ecologia.

Constata-se, por conseguinte, que o direito do meio ambiente não nasceu de aspirações populares, nem de iniciativa de políticos. Surgiu de idéias de um grupo, a elite científica dos países desenvolvidos, que pressionou os governos a aceitarem suas propostas, quando da realização do Encontro de Estocolmo, o que resultou na aceitação e aprovação de tais idéias, originando, assim, os planos de políticas nacionais para a implantação de suas normas nos respectivos países.

Assim, o objetivo deste trabalho é dar ênfase às Constituições do Brasil: do Império, outorgada em 1824, às Constituições da República de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

Aqui, ainda cabe uma observação referente à metodologia do direito constitucional escolhida para o desenvolvimento do trabalho, de que não basta ler o texto da atual Carta, sem buscar os demais textos das Constituições anteriores, com o objetivo de acompanhar as alterações e/ou inovações nela

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora. 3ª. ed. p.35.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I, p.34.

⁶ *Ibidem*. p.34.

inseridas, pois o Direito Constitucional “*é direito vivo e prático*”⁷ e “*as noções adquiridas têm de ser postas à prova, documentadas e cotejadas com o labor e os resultados da interpretação e da aplicação das normas quer pelos órgãos políticos, quer pelos órgãos sujeitos aos critérios jurídicos de actuação*”⁸.

2. DA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1891

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, não tratou do meio ambiente propriamente dito, embora já se fazendo presente a economia extrativista do pau-brasil e a exploração dos metais preciosos, caracterizando-se esse período pela exploração do ouro, inicialmente encontrado em forma de aluvião nos leitos dos rios e riachos, depois nas encostas de morros e serras.

A referida Constituição só mencionava preocupar-se com a saúde dos cidadãos no artigo 179, inciso XXIV⁹.

Assim, a forma de crescimento adotada por Portugal no desenvolvimento do Brasil influenciou, decisivamente, o relacionamento do homem com os recursos naturais, desencadeando uma exploração constante e desenfreada, que ocasionou a destruição de grande parte das matas, como a devastação do pau-brasil na Mata Atlântica e o extermínio de espécies vegetais e animais, verdadeiro crime contra a nação brasileira. Admitir, por outro lado, que a pouca atenção destinada ao tema se deve à imensidão e variedade da flora, da fauna, dos mananciais de água, significa acomodação, que é forma tão prejudicial quanto os próprios excessos cometidos.

Já a nova fase iniciada pelo governo republicano foi marcada pela instituição da forma de Estado Federal, cujo ato - Decreto n.º 1, de 15 de novembro de 1889 - proclamou e estabeleceu as normas pelas quais se devem reger os Estados.

O Decreto de n.º 510, de 22 de junho de 1890, publica a histórica Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que segundo os termos do artigo 3º, determinava a sua vigência unicamente no tocante à dualidade das Câmaras do Congresso, à sua composição, à eleição e à função que são chamadas a exercer, a de aprovar a dita Constituição e proceder, em seguida, na conformidade das suas disposições.

As referências aos componentes do meio ambiente feitas esparsamente no novo texto de Constituição são: as atribuições do Congresso Nacional, dispostas no item 6º do artigo 33, para legislar sobre “a navegação dos rios, que banhem mais de um Estado, ou corram por território estrangeiro”; no item 31, “para legislar sobre terras de propriedade nacional e minas”. A Declaração de Direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade¹⁰ assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, nos termos dos itens sobre o caráter secular dos cemitérios e de sua administração municipal (item 5º) e o direito à propriedade, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia (item 18).

⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 38.

⁸ *Ibidem. Op. cit.*, p. 38.

⁹ “Art. 179 — A inviolabilidade dos Direitos Civis dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: inciso XXIV – nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos”.

¹⁰ Art. 72.

O texto definitivo, de 24 de fevereiro de 1891, dispunha em seu artigo 34, itens 6º e 29, sobre a competência legislativa da União para legislar acerca das matérias já estabelecidas no texto provisório, assim como sobre os direitos individuais, cujo artigo passou a ser numerado como 72 §§ 5º e 17, acrescido das alíneas: “a – as minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei à bem da exploração das mesmas; b) – as minas e jazidas minerais necessárias à segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem, não podem ser transferidas a estrangeiros”.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1934

Merece destaque a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16 de julho de 1934, que dispunha no artigo 5º, acerca da competência privativa da União, para legislar sobre: “XIX – “j” bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração”. No artigo 10, estabelecia a competência concorrente à União e aos Estados para “proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de obras de arte” (III).

Destaca-se, na Constituição de 1934 o artigo 115, pertencente ao Título “Da ordem econômica”, que sustenta deva a mesma “ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”, incumbindo aos Poderes Públicos aferir o padrão de vida nas várias regiões do País.

Finalmente, o artigo 148 dispõe que: “*Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalho intelectual*”.

Nessa fase, a legislação toma como objeto as dimensões setoriais dos elementos constitutivos da proteção ao meio ambiente, surgindo, então, normas visando à proteção da qualidade do solo, do ar atmosférico, da água, do sossego auditivo, da paisagem visual, da saúde pública ou, já em período de transição, considera o problema do ponto de vista do agente poluidor, etc.

4. A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1934 não permitiu uma apreciação segura de seus resultados, devido a suas inovações e a sua curta duração, pois o golpe ditatorial de 10 de novembro de 1937 impôs um regime político ao Brasil, misto de corporativismo e socialismo, temperado com algumas franquias democráticas, pois o Estado Novo caracterizou-se pela concentração de poderes no Executivo, ou, mais propriamente, nas mãos de seu instituidor.

O artigo 16 estabelecia a competência privativa da União para legislar matérias, dentre as quais o item XIV que dispunha sobre “os bens do domínio federal, minas, metalurgia, energia hidrelétrica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração”. Propunha, também, o artigo 18, com a ressalva do seu Parágrafo único, assim redigido: “Tanto nos casos deste artigo, como no do artigo anterior, desde que o Poder Legislativo federal ou o Presidente da República haja expedido lei ou regulamento sobre a matéria, a lei estadual ter-se-á por derogada nas partes em que for incompatível com a lei ou regulamento federal¹¹”.

¹¹ O texto do artigo assim dispunha: “Art. 18 - Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta os regule, sobre os seguintes assuntos: a) – riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração; b) – radiocomunicação; regime de eletricidade, salvo o disposto no n.º XV do art. 16; c) – assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; e) – medidas de polícia para proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos”.

O artigo 134 faz referência aos monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como às paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, para garantir que esses bens gozem “da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional”.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, foi fortemente influenciada pelas idéias democráticas surgidas com o término da segunda Guerra Mundial, quando se fez refletir o tríplice aspecto político, administrativo e econômico de suas instituições políticas e equitativa distribuição de poderes, ao lado da descentralização administrativa entre a União, os Estados e os Municípios, de modo a não ferir a autonomia estadual e municipal.

A Constituição manteve o princípio dos poderes enumerados, delineando o que compete e o que é vedado à União, aos Estados e aos Municípios, na órbita governamental, em que se entrecruzam os interesses das três entidades. Distribuindo, no artigo 5º, XV, a competência da União para legislar sobre proteção à saúde (letra b); sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca (letra l). Ressaltava, no artigo 6º, que a competência da União limitava-se a estabelecer normas gerais sobre temas do artigo 5º, XV, não excluindo a legislação estadual supletiva ou complementar.

No Capítulo da Ordem Econômica e Social, a Constituição de 1946 garantia o direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, segundo o artigo 147, mediante prévia e justa indenização¹².

No Capítulo dedicado à educação e à cultura, o artigo 166 chama atenção para o fato de que ambas se inspiram nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana e no artigo 174 atribui ao Estado o dever de amparar à cultura. Determina, ainda, no artigo 175 que as obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder Público.

A Emenda Constitucional nº 10, de 09 de novembro de 1964, deu nova redação ao § 16 do artigo 141, mantendo a garantia ao direito de propriedade, ressalvando-se, entretanto, o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com exceção prevista no § 1º do artigo 147¹³, o qual refere à desapropriação da propriedade territorial rural. E o artigo 6º, § 2º da Emenda Constitucional nº. 10/64, ainda dispunha sobre a necessidade de prévia autorização do Senado Federal para alienação e concessão de terras públicas, com área superior a três mil hectares, salvo quando se tratar de execução de planos de colonização, aprovados pelo governo federal.

A Emenda Constitucional nº. 12, de 08 de abril de 1965, quebrou a elegibilidade dos Prefeitos Municipais, juntamente com os governadores dos territórios, dos prefeitos de capitais onde houvesse estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

Ainda na vigência da Constituição de 1946, foi editado o inciso V, do § 6º, do artigo 6º da Emenda Constitucional nº. 17, de 26 de novembro de 1965, que alterou a redação dos parágrafos do artigo 67, ficando estabelecido que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal poderão delegar as

¹² § 16, do Art. 141, da CF/46.

¹³ Os parágrafos 1º a 6º foram acrescidos pela Emenda Constitucional nº. 10, de 9.11.1964.

Comissões Especiais, organizadas com observância do disposto no parágrafo único do art. 40, para discussão e votação de projetos de lei, sobre matérias concernentes as minas, as riquezas do subsolo e as quedas-d'água (inciso V).

6. A CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, em seu artigo 4º, inclui entre os bens da União:

I - a porção de terras devolutas indispensáveis à defesa nacional ou essencial ao seu desenvolvimento econômico;

II - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, que sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, as ilhas oceânicas, assim como as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países;

III - a plataforma submarina;

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

e V - as que atualmente lhes pertencem”.

Incluem, por outro lado, os bens dos Estados no artigo 5º: “os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascentes e foz no território estadual, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

Entre as competências da União, dispostas no artigo 8º, destacam-se as relacionadas ao tema:

“XII – organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações;

XIV - estabelecer planos nacionais de educação e saúde;

XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: b) - os serviços e instalação de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;

XVII - legislar sobre: c) - normas gerais de defesa e proteção da saúde; h) - jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas; caça e pesca; i) - águas, energia elétrica”.

O § 2º do art. 8º exprime que a competência da União não exclui a dos Estados, nos casos de normas gerais, respeitada a lei federal, no caso de proteção à saúde.

O Título IV, que trata “Da Família, da Educação e da Cultura”, repete, no artigo 168 da Constituição de 1946, os princípios que se inspiram nos ideais de liberdade e de solidariedade humana e, no artigo 172, igualmente dispõe que é dever do Estado o amparo à cultura; estabelece no parágrafo único, do mesmo artigo que “Ficam sob a proteção do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve inalterados praticamente todos os artigos mencionados da Constituição de 1967, com exceção dos aqui relacionados, com suas respectivas redações: “Art. 4º - I - a porção de terras devolutas indispensáveis à segurança e ao

desenvolvimento nacionais; III – a plataforma continental”. O artigo 5º diz que “incluem-se entre os bens dos Estados os lagos em terrenos de seu domínio, bem como os rios que neles têm nascentes e foz, as ilhas fluviais e lacustres e as terras devolutas não compreendidas no artigo anterior”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, introduziu a expressão “ecológica” no artigo 172 ao dispor que: “A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivo e auxílios do governo”. Já o antigo artigo 172 foi renomeado para 180; entretanto, seu texto e o do parágrafo único mantiveram-se inalterados.

Os textos de 1967 e os da Emenda Constitucional de 1969, nos artigos 157, § III e 160, § III, respectivamente, tratam da função social da propriedade.

7. O MEIO AMBIENTE E A ATUAL CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 05 DE OUTUBRO DE 1988

O estudo sobre a atual Constituição será dividido em duas partes: a primeira precederá estudos relacionados com a proposta da Emenda Constitucional n.º 26, de 1986, à Constituição de 1967, para instalação da Assembléia Nacional Constituinte, marcada para ter seu início em 01 de fevereiro de 1986, com destaque para o Projeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais e dos projetos das Comissões de Sistematização, da Comissão Temática, em ambos os turnos de votação; e a segunda consistirá no exame do texto constitucional, promulgado em 5 de outubro de 1988, que tratou a questão ambiental de forma ainda não vista no Brasil, provando, segundo o Prof. Raul Machado Horta, que:

“A Constituição da República de 1988 exprime o estágio culminante da incorporação do Meio Ambiente ao ordenamento jurídico do País¹⁴.”

7.1. AS TENDÊNCIAS QUE DERAM ORIGEM À NOVA CONSTITUIÇÃO

As tendências verificadas com a instalação da Assembléia Nacional Constituinte, em 01 de fevereiro de 1987, fizeram surgir grandes teses sobre o meio ambiente, repercutindo sobremaneira no tratamento dado ao texto definitivo, cuja conseqüência positiva fez surgir grande avanço legislativo, o que vem proporcionando a regulamentação estrutural da política ambiental e a criação de instrumentos jurídicos apropriados, além de desenvolver maior nível de conscientização e educação ambiental na população brasileira.

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº.91.450, de 18 de julho de 1985, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco¹⁵, entregou ao Presidente da República, em 18 de setembro de 1986, o Anteprojeto Constitucional, cujo Título VI, denominado “Do meio ambiente”, correspondente ao artigo 407 ao artigo 412, o qual propunha, pela primeira vez, em um texto de Constituição, matéria relacionada ao “meio ambiente”, resultando o *caput* do artigo 407, que assim dispunha: “são deveres de todos e, prioritariamente, do Estado, a proteção ao meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida”. Apontou-se como reserva de lei, o conteúdo expresso no parágrafo único:

¹⁴ MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. 1985. p. 319.

¹⁵ A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Dec.nº 91.450, de 1985, foi entregue, em 18 de setembro de 1986, ao Presidente da República, por Afonso Arinos de Mello Franco.

“Parágrafo único - A proteção a que se refere este artigo compreende, na forma da lei”:

- a) a utilização adequada dos recursos naturais;*
- b) o equilíbrio ecológico;*
- c) a proteção da fauna e da flora, especificamente das florestas naturais, preservando-se a diversidade do patrimônio genético da Nação;*
- d) o combate à poluição e à erosão;*
- e) a redução dos riscos de catástrofes naturais e nucleares.”¹⁶*

O artigo 408 apontava as obrigações do Poder Público, destacando-se, entre outras medidas, a ação preventiva contra calamidade; a limitação às atividades extrativas e predatórias; a criação de reservas, parques e estações ecológicas; a ordenação ecológica do solo; a subordinação de toda política urbana e rural à melhoria das condições ambientais; o controle das áreas industrializadas, a informação sistemática sobre a situação ecológica.

Disciplinava, no art. 409, “a ampliação ou instalação das usinas nucleares e hidroelétricas e das indústrias poluentes, suscetíveis de causar dano à vida ou ao meio ambiente”, que ficariam condicionadas à prévia autorização do Congresso Nacional.¹⁷

Vedava, no artigo 410, “no território nacional, na forma da lei, a prática de atos que afetem a vida e a sobrevivência de espécies, como a da baleia, ameaçadas de extinção”, e considerava, no artigo 411, “a Floresta Amazônica” como “patrimônio nacional”, acrescentando que “sua utilização far-se-á na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação de sua riqueza florestal e de seu meio ambiente”. Finalmente, reservava, no artigo 412, “a definição dos crimes de agressão contra o meio ambiente.”¹⁸

7.1.1. O ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO ELABORADO PELA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO

Iniciado o processo constituinte¹⁹, a Comissão de Sistematização, tendo como Presidente Afonso Arinos e como Relator Bernardo Cabral, apresentou o “Anteprojeto de Constituição”, em 26.06.1987, cujo Capítulo V, compreendendo o artigo 413 ao artigo 422 tratava “Do meio ambiente”, propondo o aproveitamento “máximo, dos trabalhos da Comissão de pré-constituente²⁰” e usando de nova expressão para denominar o meio ambiente, como “ecologicamente equilibrado”.

Essa proposta, mais completa que a da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, procurava identificar a necessidade de classificar a natureza do meio ambiente, do ponto de vista da

¹⁶Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, p. 225.

¹⁷ Art. 409.

¹⁸ Arts: 410, 411 e 412.

¹⁹ Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985, que dispunha no artigo 1º, que “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.”

²⁰ Palavras de apresentação do Anteprojeto do Relator Bernardo Cabral, em 26.06.1987, no Congresso Nacional. In: Senado Federal, Centro Gráfico, Brasília – DF, junho de 1987.

aplicação metodológica da ecologia, que tem como princípio o “equilíbrio” dos caracteres do meio ambiente, e taxar a classificação de “bens de uso comum”, usada pelo Código Civil Brasileiro, para denominar o patrimônio ambiental²¹, em bens públicos.

O Anteprojeto apresentado estipula que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo a obrigação de preservá-lo aos poderes públicos e à coletividade, com a finalidade de preservá-los para as presentes e futuras gerações²².

Assinala a incumbência do Poder Público no art. 414 de:

I – manter os processos ecológicos essenciais e garantir o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa de material genético; III – promover a ordenação ecológica do solo e assegurar a recuperação de áreas degradadas; IV – definir, mediante lei, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; V – instituir o gerenciamento costeiro, a fim de garantir o desenvolvimento sustentado dos recursos naturais; VI – estabelecer a monitorização da qualidade ambiental, com prioridade para as áreas críticas de poluição, mediante redes de vigilância ecotoxicológica; VII – controlar a produção, a comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para o meio ambiente e a qualidade de vida; VIII – exigir, para a instalação de atividades potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, cuja avaliação será feita em audiências públicas; IX – garantir acesso livre, pleno e gratuito às informações sobre a qualidade do meio ambiente; X – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino; XI – capacitar a comunidade para a proteção do meio ambiente e a conservação dos recursos naturais, assegurada a sua participação na gestão e nas decisões das instituições públicas relacionadas ao meio ambiente; XII – tutelar a fauna e a flora, vedando, na forma da lei, as práticas que as coloquem sob o risco de extinção ou submetam os animais à crueldade; XIII – instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos, tendo como unidade básica a bacia hidrográfica e integrando sistemas específicos de cada unidade da Federação²³.

Distribui, segundo dispõe o artigo 415, como competência concorrente entre “A União, os Estados e os Municípios, ouvido o Poder Legislativo”, para estabelecer “o poder de restrições legais e administrativas visando à proteção ambiental e à defesa dos recursos naturais, prevalecendo o dispositivo mais severo”.

O artigo 416 estabelece a dependência “de prévia autorização do Congresso Nacional: os planos e programas relativos à utilização da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, do Pantanal e da Zona Costeira; a instalação, ou ampliação de centrais hidroelétricas de grande porte, termoeletricas, de usina de processamento de materiais férteis e fósseis, de indústrias de alto potencial

²¹ Código Civil Brasileiro, art. 65.

²² Art. 413, do anteprojeto da Comissão de Sistematização, dispunha: “O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem do uso comum ao quais todos têm direito, devendo os poderes públicos e a coletividade protegê-lo para as presentes e futuras gerações”.

²³ Art. 414, do anteprojeto de sistematização, de junho 1987.

poluidor e de depósitos de detritos nucleares, bem como quaisquer projetos de impacto ambiental”, fazendo restrições sobre as atividades nucleares²⁴.

A exploração dos recursos minerais fica condicionada à conservação ou recomposição do meio ambiente afetado, as quais serão exigidas expressamente nos atos administrativos relacionados à atividade, estabelecendo-se no seu parágrafo único que os atos administrativos de que trata o caput, dependerão da aprovação do órgão estadual a que estiver afeta a política ambiental, ouvido o Município²⁵.

Em caso de manifesta necessidade, na defesa dos recursos naturais e do meio ambiente, o Congresso Nacional estabelecerá normas para a convocação das Forças Armadas²⁶.

O artigo 420 propunha a criação por meio de lei de um fundo de conservação e recuperação do meio ambiente, constituído, entre outros recursos, por contribuições que incidam sobre as atividades potencialmente poluidoras e sobre a exploração de recursos naturais; já o artigo 421, que “nenhum tributo incidirá sobre as entidades sem fins lucrativos, dedicadas à defesa dos recursos naturais e do meio ambiente”.

Finalmente, propõe o artigo 422 que serão considerados crimes: as práticas e condutas lesivas ao meio ambiente, bem como a omissão e desídia das autoridades competentes para sua proteção. O seu § 1º que “as práticas de que trata este artigo serão equiparadas, pela lei penal, ao homicídio doloso, quando produzirem efeitos letais ou danos graves e irreversíveis à saúde de agrupamentos humanos” e o § 2º que “o responsável é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar integralmente os danos causados pela sua ação ou omissão”.

Submetido à apreciação do segundo turno de discussão e votação, resultante do deliberado no primeiro turno, com base no projeto elaborado pela Comissão de Sistematização e nas emendas coletivas e individuais a ele oferecidas, o relator apresentou extenso relatório, observando critérios básicos por ele mencionados “de rigorosa aplicação das regras técnico-normativas consagradas pela praxe, no Brasil, e adotadas como diretrizes pelo legislador constituinte; de absoluto respeito à integridade do conteúdo das fórmulas literais normativas aprovadas no primeiro turno, promovendo alterações de linguagem e na colocação dos dispositivos no corpo do texto somente nos casos em que a aplicação das regras técnico-normativas não implicasse mudanças capazes de despertar a idéia de haver modificado o sentido das normas”²⁷.

O anteprojeto da Comissão de Sistematização foi reapresentado em Setembro de 1987²⁸, inserido no Título VIII: Da Ordem Social, Capítulo VI – DO MEIO AMBIENTE. Essa redação final foi novamente editada em novembro de 1987, cujo texto da mesma Comissão de Sistematização foi reordenado, compactado e depurado no artigo 225.

²⁴ “Art. 417 - As atividades nucleares de qualquer natureza serão controladas pelo Poder Público, assegurando-se a fiscalização supletiva pelas entidades representativas da sociedade civil.”

§ 1º - A responsabilidade por danos decorrentes da atividade nuclear independente da existência de culpa, vedando-se qualquer limitação relativa aos valores indenizatórios.

§ 2º - A atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos.

§ 3º - O Congresso Nacional fiscalizará o cumprimento do disposto neste artigo.

²⁵ Art. 418 e Parágrafo único.

²⁶ Art. 419.

²⁷ Relatório apresentado pelo Relator Bernardo Cabral *in*: Projeto de Constituição (B) – 2º Turno. Edição do Centro Gráfico do Senado Federal: Julho de 1988, p. I a XVII.

²⁸ Meio Ambiente – Brasil – Projeto de Constituição – Substitutivo do Relator (segundo) – Presidente: Afonso Arinos – Relator: Bernardo Cabral – Setembro /87.

Assim, o Projeto de Constituição (B) – 2º turno foi entregue em julho de 1988, incorporando-se a ele errata e índice temático; foi novamente republicado, em agosto de 1988.

A próxima etapa do estudo visará ao exame detalhado do Capítulo VI da nova Constituição, especificamente sobre o caput do artigo 225 e dos incisos I a VII, sendo que os §§ 2º a 6º do mesmo artigo serão objeto de interpretação futura.

7.2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A nova Constituição, como se verificou nas tendências do processo constituinte optou pela ordem social, resguardando os direitos e as garantias fundamentais e coletivos, a não-discriminação, a cidadania, o direito à propriedade, ao equilíbrio das relações entre o homem e os meios de produção, os recursos naturais, a propriedade e o capital, enfim as relações de produção. O equilíbrio, sobretudo, entre os valores individuais e coletivos.

Assim, a sustentabilidade do estado brasileiro se funda no artigo 1º de onde se extrai de todos os princípios ali expostos, principalmente, no inciso IV (a economia de mercado: livre iniciativa e trabalho assalariado), que corresponde à forma do sistema político capitalista de produção. Tais tendências são identificáveis no curso de seu texto, em vários momentos, tais como: nos artigos, 5º XXII (garantia da propriedade privada); 5º XXII (a propriedade atenderá a sua função social); assegura os princípios gerais da atividade econômica no Título “Da ordem econômica e Financeira” (art. 170): a livre iniciativa (170 *Caput*); a livre concorrência (170 IV); a busca do pleno emprego (170 VIII); a defesa do consumidor (170 V); preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (225 I); controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (225 V); aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (225, § 2º); as usinas que operarem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas (225, § 6º).

Cumprindo o disposto no preâmbulo, na perseguição da realização do bem-estar pelo Estado, afasta-se a concepção liberal de lei, que se pautava numa igualdade fictícia, e dirige-se para uma atividade em busca de concreta justiça distributiva. De fato, o Estado de Direito, distribuidor de riquezas, torna-se Estado Social de Direito na medida em que trata da organização do trabalho (170, VIII), dos bens e dos recursos naturais.

7.3. O ARTIGO 225 DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O *caput* do artigo 225 da Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988 dispõe que:

“Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Como se observa, na leitura do artigo 225 adotou-se, como base legal, o conceito de “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, usando-se de recurso extraído das definições legais de meio ambiente, no qual o legislador procura a assimilação jurídica do fenômeno social, incumbência esta de definir e classificar, própria à dedicação dos doutrinadores, no campo geral da ciência jurídica.

A tarefa do legislador é a assimilação jurídica do fenômeno social. A definição e a classificação científica é competência exclusiva da doutrina, e, ocorrendo-se exorbitância do legislador, não se deve segui-lo. Cabe, pois, à lei o tratamento jurídico dos fatos socialmente relevantes para o Direito e para a doutrina, sua definição e classificação no campo geral da ciência jurídica.

O artigo 225 exige que se faça um estudo preparatório sobre cinco aspectos que se extrai de sua leitura, para que se possa melhor compreendê-lo: primeiro, sobre a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado”; segundo, sobre “bem de uso comum do povo”; terceiro, sobre “bem essencial à sadia qualidade de vida”; quarto, sobre a identificação da obrigação de defendê-lo e preservá-lo como imposição “ao Poder Público” e “à coletividade” e, por último, a finalidade desta defesa e preservação se destinarem “às presentes e futuras gerações”.

Procurar-se-á desenvolver cada elemento da definição constitucional em tópicos separados, iniciando-se com o alcance do significado do termo “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

7.3.1. MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O “*caput*” do artigo 225 demonstra claramente a influência e a preocupação que os estudos da Ecologia, como ciência biológica, exercem sobre o tratamento dado ao “meio ambiente”, a ponto de utilizar em seu texto a mesma expressão familiar àquela disciplina, isto é, a procura do “equilíbrio” proposto.

Constitui, sem dúvida, tentativa de encontrar a solução para os problemas que afligem o mundo atual: a fonte de preocupação com o “equilíbrio físico da natureza” em que o Brasil se alinha, como país detentor de grandes recursos naturais. A busca de soluções pode ser resumida em dois enunciados considerados como corretos pelos especialistas, embora cada qual por si só seja inadequado, como base para normas objetivas ou ação, em que esses enunciados não podem ser concretizados sem a aceitação de ambos ao mesmo tempo. São os seguintes:

“1. *A tecnologia pode resolver os problemas da população e da poluição*”.

“2. *Não há solução técnica para o dilema população e poluição; são necessários condicionamentos éticos, legislativos, políticos e econômicos*”.²⁹

A controvérsia atual da Ecologia tomou outra forma, desde as suas preocupações anteriores sobre o assunto, “quando se verificou uma alteração conferida à ecologia aplicada, do nível da população ao nível do ecossistema³⁰, em que se destacava o controle de recursos ou espécies determinados, como seja, a água, o solo, a madeira, a pesca, a caça, as culturas, as pragas de insetos, e assim por diante”. Agora a preocupação se volta ao ecossistema, considerado “na totalidade dos ciclos da água e do ar, à produtividade, às cadeias alimentares, à poluição global, à análise de sistemas, e ao controle e ordenamento do homem, tanto como da natureza”. Afirma ODUM que “a prática, alcançou rapidamente, por assim dizer, a teoria!³¹”.

O conceito ecológico de equilíbrio exige a compreensão generalizada das funções do próprio ambiente humano em que o “depósito de reserva” e o “espaço vital” são inter-relacionados, mutuamente

²⁹ ODUM. Eugene P. *Op. cit.* p. 821.

³⁰ *Ibidem.* *Op. cit.* p. 645.

³¹ *Ibidem.* *Op. cit.* p. 645.

restritivos e de capacidade não ilimitada, que correspondem a atitudes revolucionárias, que constitui um sinal promissor de que o homem pode estar em condições de “aplicar” os princípios do controle ecológico em larga escala, como bem formulou o crítico social Lewis Mumford a respeito: “a qualidade no controle da quantidade constitui a maior lição da evolução biológica” e “falsos juízos ideológicos impeliram o homem a promover a expansão quantitativa do conhecimento, do poder e da produtividade, sem inventar nenhum sistema de controle”³².

Assim, de modo geral e amplo, a idéia de conservar os recursos naturais sempre foi objetivo da ecologia, embora o significado da palavra “conservar” tenha sido, frequentemente, confundido com “armazenagem”, como se a idéia fosse de simples racionamento de abastecimentos estáticos, de tal forma que se possa ficar algo para o futuro. Não significa, por outro lado, uma atitude anti-social ou conservadora, mas de um defensor de um modelo de desenvolvimento que não atente contra as leis tanto ecológicas como humanitárias³³.

Isso significa que se pretende assegurar a preservação de um ambiente de qualidade, que garanta tanto as necessidades estéticas e de recreio como as de produção.

7.3.2. BEM DE USO COMUM DO POVO

A Constituição adotou, em seu texto, o critério do CCB, extraindo-se da sua classificação de bens públicos o conceito de “bem de uso comum do povo”³⁴.

A classificação dos bens em públicos e privados, nos termos do Código Civil Brasileiro, a que se refere à Lei n.º. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, assentou-se no critério subjetivo da titularidade, determinando que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem³⁵”. Afirma Silva Pereira que “o nosso Código ao adotar esse princípio teve em vista a simplicidade doutrinária e a necessidade de um sistema prático de disciplina³⁶”.

O Código Civil/1916 divide os bens públicos em três classes, segundo o art. 66:

I – os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;

III – os dominicais, isto é, os que constituem patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

³² MUMFORD, Lewis. Quality in the control of quantity. In: Natural Resources, Quality and Quantity. Ciriacy-Wantrup and Parsons. Berkeley: University of California Press, p. 7-18.

³³ ODUM. *Op. cit.* P. 649.

³⁴ Art.66, I do CCB de 1916: “Os bens públicos são: I – de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças”.

³⁵ Art. 65 do CCB de 1916.

³⁶ SILVA PEREIRA, Cáo Mário da. *Instituições de direito civil.* P. 381.

Já o Código Civil de 2002³⁷ trata na Seção V, Capítulo III, “Dos Bens Públicos”, cujo artigo 98, define que “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. A modificação ocorrida no novo código está na identificação imediata de que os bens do domínio nacional são pertencentes “às pessoas jurídicas de direito público interno”, e igualmente ao Código de 1916 dividem, em seu artigo 99, os bens públicos em:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

O Regulamento Geral de Contabilidade Pública denominou os do primeiro grupo de “bens do domínio público³⁸”; os do segundo, “bens patrimoniais indisponíveis³⁹”; e os do terceiro, “bens patrimoniais disponíveis⁴⁰”. Ruy Cirne Lima prefere chamar os bens patrimoniais indisponíveis, os quais somente por estarem aplicados a serviço ou estabelecimento administrativo, é que se tornam indisponíveis, de “bens do patrimônio administrativo”; e os bens patrimoniais disponíveis, os quais, também, somente por estarem destinados a serem vendidos, permutados ou explorados economicamente pelas autoridades fiscais, no interesse da administração, é que são declarados disponíveis, de “bens do patrimônio fiscal⁴¹”.

Bens de uso comum do povo ou “bens do domínio público”, conforme o Regulamento Geral de Contabilidade Pública refere-se àqueles bens que, embora pertencentes a um ente público, estão franqueados a todos, como os mares, rios, estradas, ruas, praças. São considerados por natureza inalienáveis e imprescritíveis e sua utilização, normalmente, é permitida ao povo, sem restrições e sem ônus. Entretanto, se a Administração condicionar a sua utilização a requisitos especiais, ou fixar condições para seu uso ou, ainda, a instituir o pagamento de retribuição (art. 68 do CC), no caso do pedágio ou da venda de ingressos em museus, como compensação pelo capital investido ou contribuição para o custeio e/ou manutenção, não descaracteriza a sua natureza nem perdem eles a sua categoria.

Como observa Silva Pereira, “no direito atual” o que é franqueado é o seu uso, e não o seu domínio, sendo eles, portanto, objeto de uma relação jurídica especial, na qual o proprietário é a entidade

³⁷ Lei n.º. 10.406, de 10.01.2002.

³⁸ - Regulamento Geral de Contabilidade Pública, Dec.n.º. 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 804.

³⁹ - Art. 804 e 811

⁴⁰ - Art. 804 e 810

⁴¹ - CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, P. 74. A denominação de “Bens patrimoniais de uso administrativo” seria a denominação resultante do confronto entre os arts. 804, 811, 2.826 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Dec. n.º 15.783/22); quanto à denominação “bens do patrimônio fiscal” baseou-se no autor Veiga Filho, *Manual da Ciência das Finanças*, S. Paulo, 1923, § 35, p. 162 e seg. , segundo observa o próprio autor.

de direito público (União, Estado, Município) e o usuário todo o povo, o que aconselha cogitar do direito sobre eles, tendo em vista este sentido peculiar do direito público de propriedade que os informa, no qual faltam elementos essenciais ao direito privado de propriedade e se apresentam outros em caráter excepcional. Assim, a propriedade é um direito exclusivo, no sentido de que o *dominus* tem o poder de impedir que qualquer pessoa, que não ele, se utilize da coisa, ao passo que, nos bens de uso comum do povo, o uso por toda a gente não só se concilia com o domínio público da coisa, bem como constitui mesmo o fator de sua caracterização⁴².

Caso uma pessoa natural ou jurídica se tenha assenhoreado do uso exclusivo da coisa comum, caberá ao ente público reivindicá-la para que a mesma continue ao alcance de todos. Caberá, ainda, ao poder público regulamentar a sua utilização ou suspendê-la temporariamente, sob motivos de segurança nacional ou segurança de uso, sem que eles percam a sua natureza de bens comuns.

Alguns autores, entre eles Hauriou, reconhecem o direito de propriedade sobre tais bens, admitindo, entretanto, tratar-se de um domínio “*sui generis*”⁴³; outros preferem conceituá-lo como uma relação de guarda, de gestão e superintendência (Colin et Capitant) e, ainda, que tais bens não entram no patrimônio do Estado⁴⁴.

Os bens de uso especial ou patrimonial indisponível (segundo o Regulamento Geral de Contabilidade Pública) são aqueles que as entidades respectivas destinam aos seus serviços ou a fins determinados, como os edifícios ou terrenos aplicados ao seu funcionamento.

Para Cáo Mário da Silva Pereira, “o regime dominial destes bens difere dos anteriores, pois que aqui o “*dominus*” (entidade de direito público) reúne à sua titularidade a utilização⁴⁵”. Isso não significa, entretanto, a proibição de freqüência ou de penetração do público. As entidades de direito público (União, Estado e o Município) podem permitir que os interessados ingressem nas dependências dos estabelecimentos dedicados aos serviços públicos, como lhes é lícito proibi-lo, sem desnaturar a qualidade do bem. O que caracteriza a sua classificação é a destinação especial. São bens inalienáveis e imprescritíveis.

Finalmente, a terceira classe de bens públicos, denominados pelo C.C. “dominiais”; pelo Regulamento de Contabilidade Pública, “bens patrimoniais disponíveis”, e, por Cirne Lima, “bens do patrimônio fiscal”, constituem o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, que são declarados disponíveis e se destinam a ser vendidos, permutados ou explorados economicamente pelas autoridades fiscais, no interesse da administração⁴⁶.

Estão nessa classe os bens produzidos em estabelecimentos públicos e industriais, os terrenos patrimoniais dos Municípios e, em especial, as novas zonas urbanas abertas à expansão cidadina, as terras devolutas, etc. São, portanto, bens que integram o acervo da entidade e se destinam à aquisição, pelos interessados, por meio de disposições disciplinares específicas, incorrendo na sanção de ineficácia, se não as observam.

⁴² - SILVA PEREIRA, Cáo Mario da. *Op. Cit.* P.384.

⁴³ - HAURIU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, p. 530 e segs.

⁴⁴ - Apud Cáo Mario da Silva Pereira. *Op. cit.* p. 384

⁴⁵ ID. IBID. P.384

⁴⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Op. cit.*, p.74.

Todas as classes de bens públicos estão submetidas a regimes jurídicos especiais; daí, a tríplice regulamentação de sua inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade⁴⁷.

O artigo 67 do CC, de 1916, estabelece a seguinte regra para os bens públicos: “os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever” o que significa que os bens públicos são inalienáveis, enquanto destinados ao uso comum do povo, ou a fins administrativos especiais, ou seja, enquanto tiverem destinação pública específica.

A imprescritibilidade decorre do princípio mencionado, o que significa que, enquanto guardar essa condição, não pode ser adquirido por ninguém. Não se pode invocar contra eles a usucapião. A imprescritibilidade dos bens públicos foi consagrada pelos Decretos Federais de números: 19.924, de 27.04.31; 22.785 de 31.05.33 e, finalmente, o de número 710, de 17.09.38⁴⁸.

Já a impenhorabilidade dos bens públicos funda-se no conceito moderno de Estado, que não comporta que o interesse patrimonial de um indivíduo determine a apreensão e a alienação de bens de uso comum, da coletividade.

O CC/2002 prescreve, no artigo 103, que o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencer.

7.3.3. BEM ESSENCIAL À SÁDIA QUALIDADE DE VIDA

A expressão qualidade, de origem latina⁴⁹, lexicamente tem o significado de: “Propriedade, atributo ou condição das coisas ou das pessoas capaz de distingui-las das outras e de lhes determinar a natureza” ou: em uma “escala de valores, qualidade que permite avaliar e, conseqüentemente, aprovar, aceitar ou recusar, qualquer coisa: A qualidade de um vinho não se mede apenas pelo rótulo”; assim, “Não há relação entre o preço e a qualidade do produto”. Também de: “Disposição moral ou intelectual das pessoas: Não possui as qualidades necessárias para o posto”. Ainda do ponto de vista da Filosofia, a “metafísica tradicional, categoria fundamental do pensamento que designa os modos diversos como as coisas são”. E na perspectiva dialética, “categoria fundamental que designa a diversidade de relações pelas quais, cada coisa, a cada momento, vem a ser tal como é”. E mais [Cf., nas acepç. (8 e 9), atributo (9), quantidade (7) e relação (8).], segundo as conotações extraídas, todas elas, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira⁵⁰.

Etimologicamente, exprime a natureza que é própria ou se atribui à coisa.

“Qualidade, pois, imprime ou impõe à coisa um caráter próprio, para que a distinga e a individualize. E, nesta razão, pode mostrar-se condição ou requisito, que lhe é peculiar⁵¹”. As qualidades, exprimindo requisitos ou elementos das coisas, podem ser intrínsecas ou essenciais, extrínsecas ou acessórias. A qualidade intrínseca é a que é inerente, própria, indispensável à coisa, pelo que não se pode apresentar sem ela. Constitui ou compõe a própria essência ou substância dela. E, daí, porque se diz, também,

⁴⁷ O Novo CCB, de 2002, dispõe nos artigos: “Art. 100 - Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”; e no “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

⁴⁸ Também o CC/2002, prescreve no “Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

⁴⁹ Do lat. *Qualitas*, de *qualis*.S. f..

⁵⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. Nova Fronteira.

⁵¹ DE PLÁCIDO E SILVA.

qualidade essencial. A segunda, a qualidade extrínseca é a que é atribuída à coisa, para que, com ela, se mostre ou se apresente. É qualidade distintiva, tendo o caráter de acessória ou accidental. A qualidade intrínseca ou essencial não pode faltar à coisa. Sem ela, a coisa perece, pois que não pode subsistir à falta de predicado de tal relevância. É ela a própria natureza da coisa.

A qualificação⁵² exprime a ação de mostrar as qualidades ou determinar as qualidades da coisa. Revela a própria caracterização ou a determinação da coisa, do fato ou da pessoa, pela especificação ou classificação a que se subordinam, em face dos requisitos ou das condições em que se apresentam.

A expressão “qualidade” é encontrada, com frequência, na Economia Política. Segundo J. Petreli Gastaldi, o sentido da atividade econômica “é a aplicação do esforço humano, visando obter, por meio de bens ou de serviços, a satisfação das necessidades⁵³.” E que “os meios de satisfação das necessidades humanas, que a natureza não oferece na quantidade e na forma requeridas para a total sociedade dessas necessidades, requerem um esforço do homem para a sua obtenção. Este esforço é o que caracteriza a atividade econômica. Serão, pois, fenômenos econômicos, todos aqueles que têm por origem o esforço do homem dedicado à obtenção dos meios necessários à satisfação das suas necessidades; e como o esforço humano dirigido para a consecução de tal finalidade é o que determina o conceito de trabalho, verificamos que a atividade econômica se identifica com esta atividade humana que denominamos trabalho.⁵⁴”

É econômica toda atividade que visa à satisfação das necessidades humanas e são econômicos aqueles fatos ou fenômenos provocados por essa atividade. A “vida econômica, pois, se fundamenta em necessidades, esforços, satisfações e principalmente, no interesse pessoal. Deste último elemento se originam as leis econômicas primárias, quais sejam, as leis do trabalho, do proveito e do menor esforço.⁵⁵”

A economia é a essencial atividade preparatória, com a finalidade de possibilitar uma satisfação de necessidades vindouras, e pressupõe a consecução de um fim para o futuro.

Verifica-se, porém, que nem todas as necessidades interessam à economia, como as de natureza puramente psíquica, ou religiosa, ou, ainda, aquelas para as quais existe quantidade limitada de matérias e forças. A economia é uma ciência profundamente dominada pelo princípio da escassez ou da raridade; daí, o dizer-se que são econômicas apenas aquelas atividades que se exercem sob a condição de uma possibilidade limitada da satisfação das necessidades.

A atividade humana apresenta aspecto econômico desde que haja luta contra a escassez, pois o ser humano é pressionado de todos os lados e limitado pela falta das suas necessidades. Afirmo Raymond Barre⁵⁶ que o homem experimenta três limitações: em sua natureza orgânica e psíquica “não pode desfrutar de tudo ao mesmo tempo, pois corre o risco de tudo perder”; nos meios de que dispõe para fazer face às suas necessidades; e no tempo “a vida é curta e o tempo passa depressa”. Essa limitação tríplice supõe que se devam efetuar escolhas: para atingir certo fim, o homem precisa sacrificar outros, não devendo aplicar-se na procura, nem tempo, nem meio escassos. A escolha implica custo. Três elementos constituem, portanto, a essência da atividade econômica: escassez dos meios escolha entre os fins e custo.

⁵² Do latim *qualificatio*, de *qualis* (de que sorte, de que natureza).

⁵³ GASTALDI, J. Petreli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 1968. P.6.

⁵⁴ CIENFUEGOS COBOS J. A. de. *Curso de economia política*. P. 8.

⁵⁵ IBIDEM. *Op. cit.* p.8.

⁵⁶ BARRE, Raymond. *Manual de economia política*. Vol.1. 3.ed. 1968.

A luta contra a escassez pode ser individual e isolada. A luta pode ser social, quando os grupos humanos – de dimensão diversa – organizam seus esforços para tal fim ou se enfrentam com mais ou menos frequência. Essa luta se manifesta em razão da necessidade, diante da sensação de pena ou de insatisfação, conhecendo-se meios de apaziguá-la, mediante uma série de atos para melhorar a sua condição de consumo. As necessidades são, conforme a definição de Maffeo Pantaleoni, “o desejo de dispor de meio capaz de prevenir ou interromper a sensação penosa, de provocar, conservar ou aumentar a sensação agradável⁵⁷”. A noção econômica é eminentemente subjetiva. O indivíduo, e somente ele, é quem decide se tem necessidade e em que medida esta exige, ainda que as necessidades cresçam ininterruptamente.

As necessidades podem ser verdadeiras ou imaginárias. A noção econômica de necessidade se distingue da noção fisiológica, que tem alcance objetivo (número necessário de calorias de um corpo); da noção sociológica de necessidade que fixa a necessidade em função dos tipos de civilização, do meio ambiente, etc., da noção moral ou ética de necessidade que recorre aos critérios do útil e do prejudicial ou a certo ideal comum ou preconizado. Tanto uma como outra produz as mesmas conseqüências no mercado, influenciando o processo de formação do valor e do preço.

Pode-se, assim, chegar a estabelecer o seguinte binômio: a relação entre necessidade X bem = utilidade, e a relação entre necessidade X utilidade = qualidade.

O bem econômico visa à necessidade (quantidade) e reúne como elementos desta – a utilidade, e a acessibilidade. Já, o bem ambiental, visa à qualidade e reúne como elementos desta - a utilidade e a acessibilidade.

O que se percebe, é que o bem ambiental pode também ser utilizado como bem econômico. Assim, “no direito brasileiro a orientação que deflui da matriz constitucional não consagra a regra da intocabilidade do meio ambiente, mas, ao contrário, a utilização equilibrada e racional⁵⁸”.

Segundo a Prof^a. Isabel Vaz “A proteção ao meio ambiente, as técnicas de preservação e de exploração racional dos recursos naturais, os dispositivos antipoluentes, o tratamento dos rejeitos, e outras medidas necessárias à promoção do desenvolvimento sustentável, acarretam uma série de despesas que irão se refletir nos preços dos produtos postos à venda e dos serviços ofertados à coletividade. O preço de um produto que implique ofensa grave à natureza deve ser tão caro que desestimele a sua procura ou que torne possível a recomposição do ambiente degradado⁵⁹”. Finaliza afirmando que: “A opção, entre consumir e não-consumir bem desta natureza seria ditada pela relação custo/benefício, de modo que uma conduta gravosa aos valores ambientais – ou a outros valores, em outras circunstâncias – sempre possibilitasse a recomposição do dano causado. O preço a pagar funcionaria como um freio e um fator de defesa do meio ambiente⁶⁰”.

Dessa forma, a legislação ambiental atua em dois momentos: o primeiro, disciplinando-se corretamente o acesso aos recursos ambientais, provocando-se os agentes que utilizam tais bens a dimensionar os custos e a reconhecer a condição de escassez; o segundo, à redução dos custos sociais de transação, na medida em que as normas de proteção ambiental permitiriam a identificação dos titulares de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, via de conseqüência, a sadia qualidade de vida,

⁵⁷ PANTALEONI, Maffeo. *Principii di economia pura*. 3.ed. Milão, 1931. P.21.

⁵⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

⁵⁹ VAZ, Isabel. Da legislação ambiental à qualidade total. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, V. 15, n° 2. P.137, abr./jun. 1995.

⁶⁰ IBIDEM. *Op. cit.* P.137.

de um lado, e a estabelecer “necessidade”, ou quantitativos, que conduziriam ao equilíbrio da responsabilidade jurídica no uso daquele bem ambiental, de outro lado.

7.3.4. IMPOSIÇÃO AO PODER PÚBLICO E À COLETIVIDADE DO DEVER DE DEFENDÊ-LO E DE PRESERVÁ-LO

Tentar-se-á explicar a imposição estabelecida no texto da Constituição da República ao Poder Público e à coletividade do dever de promover a defesa e a preservação do meio ambiente, de forma a assegurar às presentes e às futuras gerações capacidade de, também, satisfazerem suas necessidades.

A metodologia proposta para este estudo é a de se identificarem as noções estabelecidas *a priori* do raciocínio jurídico, que possam determinar os caracteres nítidos e constantes do fenômeno estudado, utilizando-se para tanto dos conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos. Assim, na relação jurídica do meio ambiente, os conceitos lógico-jurídicos servem de instrumento à compreensão do direito e têm validade permanente, independentemente das variações que o direito positivo possa apresentar. Dessa forma, as noções de dever jurídico, pessoa, objeto, relação jurídica, constituem modelos invariáveis, nesse tipo de relação.

Se os conceitos lógico-jurídicos não se flexionam e não se alteram em sua natureza e estrutura, são, naturalmente, os fatos e as relações sociais o que, constantemente, “movem-se, ajustam-se e se reajustam permanentemente um em relação aos outros”⁶¹, no dizer do Prof. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

Assim é que se tentará a presente análise jurídica, examinando-se os seus aspectos essenciais e invariáveis, para posterior confronto com a legislação pertinente e posicionamento dos autores a propósito da questão do meio ambiente, principalmente, onde a doutrina não se firmou inteiramente.

A relação jurídica é conceito técnico⁶², cuja acepção torna-se simples se se considerar que “relação jurídica é aquela através da qual juridicamente se vinculam duas pessoas, tendo por objeto um interesse”⁶³.

Para Du Pasquier, a relação jurídica “é o liame entre dois sujeitos, dos quais um pode exigir do outro o cumprimento de uma obrigação”⁶⁴. Um pode exigir do outro (direito subjetivo) a obrigação, acrescenta-se, fundada em uma norma (aspecto objetivo do direito, na relação jurídica). Assim, a relação jurídica é sempre a conjugação de um direito e de um dever. Vista em uma das faces, apresenta-se como direito, e, em outra, como dever. Num dos extremos está o titular do direito, no outro, a pessoa obrigada pelo dever. O titular do direito é o sujeito ativo da relação: a pessoa obrigada, o sujeito passivo. Esta é, sem margem de imprecisão, “a relação jurídica em seu sentido escrito, técnico e de universal apropriação na dinâmica jurídica”⁶⁵.

Dessa forma, a relação jurídica é integrada de dois sujeitos: um ativo e outro passivo; um direito *versus* um dever (o interesse objeto da tutela) e, finalmente, de uma norma jurídica.

⁶¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 1996. p.11

⁶² IBIDEM. *Op. cit.* P. 59.

⁶³ IBIDEM. *Op. cit.* P. 39.

⁶⁴ MATA MACHADO, Edgard de Godoy. *Elementos de teoria geral do direito*. 1986. p. 258.

⁶⁵ VILHENA, P. Emílio Ribeiro de. *Op. cit.* P.40.

Chega-se, no modelo de relação proposto para o meio ambiente, à identificação do sujeito ativo, que se beneficia com a proteção do patrimônio ambiental; e do sujeito passivo, aquele que detém a obrigação de protegê-lo. A obrigação de proteger o patrimônio ambiental é atribuída tanto ao Poder Público como à coletividade; determinando a incumbência de assegurar a efetividade desse direito⁶⁶, entretanto, através de medidas e providências do Poder Público, nos termos contidos nos incisos I a VII, do artigo 225 da Carta de 1988.

A obrigação do Poder Público de assegurar a efetividade do direito estabelecidos nos incisos I, III e IV, do § 1º, do art. 225 da CR/88, foi remetida a Lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000, que criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC⁶⁷, estabelecendo-se critérios e normas para a criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação, apresentadas em dois grupos distintos: o de Unidades de Proteção Integral e o de Unidades de Uso Sustentável. O primeiro tem por objetivo básico preservar a natureza, admitindo-se o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nessa Lei. O segundo de compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos recursos naturais⁶⁸.

A composição do grupo das Unidades de Uso Integral é formada por: Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre. A composição do grupo de Unidades de Uso Sustentável é constituída por sete categorias de unidades de conservação: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativa, Reserva de Fauna, Reserva do Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

A Medida Provisória nº 239, de 18 de fevereiro de 2005, acrescentou o “Art. 22-A” à Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, possibilitando o Poder Público “decretar limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental em área submetida a estudo para criação de unidade de conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes”. Enquanto durar a limitação administrativa não serão permitidas atividades que importem “em exploração a corte raso de floresta e demais formas de vegetação nativa”, sem prejuízo da restrição constante do caput, na área submetida a limitações administrativas (§ 2º) e que “a destinação final da área submetida ao disposto neste artigo será definida no prazo de seis meses, prorrogável por igual período, findo o qual fica extinta a limitação administrativa” (§ 3º).

⁶⁶ A incumbência do Poder Público, contida no § 1º, e seus incisos merecem sejam transcritos: “I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

⁶⁷ Sobre as Unidades de Conservação veja-se: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. pp. 759-803.

⁶⁸ Nos termos do art. 7º da Lei nº. 9.985/2000.

Os incisos II e V do § 1º do art. 225 da CR/88 foram regulamentados pela Lei n.º 8.974⁶⁹, de 05 de janeiro de 1995 e pela Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, regulamentada pelo Decreto n.º 3.945, de 28 de setembro de 2001; estabelecem normas para o uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGN), com o objetivo de proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente. Esta última autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança.

A Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, publicada em 28 de março de 2005, regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Carta Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados e dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, e reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, além de revogar a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001; a Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995 e os artigos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n.º 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

O inciso VI foi também regulamentado pela Lei n.º 9795, de 27 de abril de 1999, que dispõe sobre a educação ambiental, os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação e sustentabilidade do meio ambiente, instituindo, assim, a Política Nacional de Educação Ambiental, que envolve em sua esfera de ação, além dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISMANA, instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, os órgãos públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e organizações não governamentais com atuação em educação ambiental.

Relativamente à proteção da flora e da fauna, de que trata o inciso VII, do § 1º do art. 225 da CR/88, a legislação pertinente está em plena vigência, independentemente de novas disposições, por terem sido recepcionados pela Constituição: o Código de Caça, a que se refere a Lei n.º 5.197, de 03 de janeiro de 1967; o Código de Pesca, a que se refere o Dec. -Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967; o Código Florestal, previsto na Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965 e os crimes ambientais tratados na Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Além dos meios aqui relacionados, de obrigação do Poder Público, impõe-se uma série de condutas preservacionistas, tanto ao particular, quanto à administração pública, para evitar danos ao meio ambiente, como se extrai dos demais parágrafos do art. 225.

7.3.5. A FINALIDADE DE DEFESA E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE PARA AS PRESENTE E FUTURAS GERAÇÕES

O artigo 225 define o meio ambiente como “são bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo”, segundo José Afonso da Silva⁷⁰, o qual conclui afirmando “que o objeto do direito de todos consagrado no texto do mencionado artigo não é o meio ambiente em si, não é qualquer meio ambiente”. O que é objeto do direito acrescenta: “é o meio ambiente qualificado”. O direito que todos temos é à qualidade satisfatória, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se

⁶⁹ A Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995 foi revogada pela Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. (Recursos e Patrimônio Ambientais) do Título II (Objeto da Tutela Ambiental).

converteu em um bem jurídico. A isso é que a Constituição define como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Constata-se por essa disposição, pela primeira vez, encontrada em textos dessa categoria, que a Carta brasileira está atenta às necessidades da preservação do meio ambiente, para as gerações presentes e futuras, como direito e dever de todos.

As expressões “as presentes e futuras gerações” foram usadas na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, a qual aprovou vinte e seis princípios, onde se declarou ter o homem: “o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, em um meio ambiente no qual a qualidade lhe permita viver na dignidade e bem-estar. Ele tem o dever solene de proteger e de melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”.⁷¹

8. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As Constituições brasileiras, de 1824 à de 1967 trataram “de forma fragmentária e setorial, a proteção ao meio ambiente e à natureza⁷²”. Nesse período longo, entretanto, pode-se fazer alguma apreciação àqueles textos, que se iniciam com a Constituição Política do Império, cujo enfoque procurava proteger o corte de árvores para impedir prejuízos à Coroa Portuguesa, que detinha o monopólio da madeira, no Brasil.

Assim igualmente a esse período o da 1ª e da 2ª Repúblicas podem ser considerados como omissos à idéia de proteção ambiental, embora possam apresentar normas dirigidas a um dos setores, especificamente, como no caso da água, da flora e da fauna. Existem diversas referências à exploração do subsolo, da extração de minérios, cortes de árvores, etc., mas não há preocupação em reconstituição da área degradada.

A partir da Constituição de 1934, todas as anteriores mantiveram a preocupação de proteger o patrimônio histórico, cultural e paisagístico, como a de dar ênfase à questão social da propriedade, ambos os temas dispostos no Título da ordem econômica e social.

A Emenda Constitucional nº. 10, de 9 de novembro de 1964, ao dar nova redação ao § 16 do artigo 141, manteve a garantia ao direito de propriedade, ressaltando, entretanto, o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com exceção prevista no § 1º do artigo 147⁷³.

Todos os dispositivos constitucionais examinados, efetivamente, tratam, ainda que fragmentariamente, da proteção a aspectos isolados da questão ambiental. A preocupação é antiga, no nível da legislação ordinária, mas não mereceu o mesmo tratamento em nível constitucional.

9. CONCLUSÃO

A questão ambiental, a partir da edição da Constituição da República de 1988, avança consideravelmente para um dos textos constitucionais de maior alcance prático e objetivo no mundo atual.

⁷¹ Item 7 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente.

⁷² MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.304.

⁷³ A função social da propriedade não aparece no texto de 1967 assim como da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969.

Ressalta-se a transformação de dados de uma ciência objetiva - a Ecologia - em fonte de formação de uma nova disciplina jurídica: o Direito do Meio Ambiente.

A interdisciplinaridade que se destaca da análise do art. 225, do texto constitucional, extrapola o método e os conteúdos de disciplinas jurídicas como: Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Econômico e Direito Constitucional; para tanto busca elementos nas Ciências Econômicas e na Ecologia.

Da síntese de compreensão do art. 225 da Carta de 1988 poder-se-iam chegar às seguintes afirmações:

- o meio ambiente é constituído de bens de uso comum do povo, nos termos do CCB da data de elaboração da constituinte e do atual código;

- a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” tem sua origem na Ciência da Ecologia.

- o termo “bem essencial à sadia qualidade de vida” utiliza-se de elementos extraídos da Ciência Política, da Economia, quando se percebe que o “bem” ambiental pode também ser usado como bem econômico, formando o seguinte binômio: a relação entre necessidade X bem = utilidade, e a relação entre necessidade X utilidade = qualidade.

- a obrigação de proteger o patrimônio ambiental é atribuída tanto ao Poder Público como à coletividade;

- a preservação do meio ambiente se destina às presentes e às futuras gerações.

BIBLIOGRAFIA

Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal. Brasília. 1986.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Anteprojeto de Constituição. Centro Gráfico do Senado Federal. Presidente Afonso Arinos e Relator Bernardo Cabral. Brasília/DF. Junho de 1987.

BARRE, Raymond. *Manual de economia política*. 3.ed. Rio de Janeiro: Brasileira. 1968. v.1.

CIRNE, LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GASTALDI, J. Petreli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 1968.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif*. Paris: Sirey: 1927.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey. 1995.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MATEO, Ramón Martín. *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Administración local, 1977.

MATA MACHADO, Edgard de Godoy. *Elementos de teoria geral do direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Editora UGMG/PROED, 1986.

Meio Ambiente – Brasil – Projeto de Constituição – Substitutivo do Relator (segundo) – Presidente: Afonso Arinos – Relator: Bernardo Cabral – Setembro/87.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985

MUMFORD, Lewis. Quality in the control of quantity. In: *Natural Resources, Quality and Quantity*. Ciriacy-Wantrup and Parsons, Eds. University of California Press, Berkeley

ODUM, Eugene P. *Fundamentos de Ecologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

PANTALEONI, Maffeo. *Principii di economia pura*. 3.ed. Milão, s.ed. 1931.

PEREIRA, Caio Mário Silva. *Instituições de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v.1.

Senado Federal. Subsecretaria de edições técnicas. Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Brasília. 1986.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

———. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VAZ, Isabel. Da legislação ambiental à qualidade total. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. 15, nº 2, p. 137, abr. /jun. 1995.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS NECESSITADOS*

EDUARDO ANDRADE**

A possibilidade de acesso ao Judiciário é direito de todos, inclusive daqueles que não têm condições financeiras para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Sem essa garantia, não há sequer Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal prevê expressamente esse direito de cidadania, em seu Art. 5º, LXXIV e, da mesma forma, a Lei nº 1.060/50.

Temos notado, no entanto, que esse direito tem sido pleiteado por quem a ele não faz jus. Em Belo Horizonte, esse benefício tem sido postulado em 70% das ações propostas diariamente. Parece-me que essa é a proporção notada em todo o País.

Diante disso, cabe ao Judiciário rever a liberalidade, com que esses pedidos têm sido deferidos.

É claro que o benefício só deve ser concedido a quem dele realmente precisa. Àquele que, sem isso, não tem como bater às portas da Justiça.

Assim sendo, é perfeitamente compreensível que, ao examinar o pedido de concessão desse benefício, o Juiz determine que o postulante comprove a efetiva necessidade dele, ou até mesmo indefira desde logo tal pedido, conforme o caso.

A chamada presunção da necessidade não pode ser absoluta.

Ora! Se a parte se apresenta como profissional liberal ou industrial, por exemplo, a presunção é de que tem condições de se responsabilizar pelos gastos processuais. Se não é assim, cabe-lhe demonstrar o contrário, já na inicial da ação.

Com relação às empresas, o rigor deve ser maior ainda.

Embora a legislação acima citada tenha visado a beneficiar o indivíduo, em situações excepcionais as empresas também podem se valer desse favor legal.

Para isso, é indispensável que, com a inicial, demonstrem a absoluta necessidade dessa concessão, sob pena de impedi-las de chegar ao Judiciário, garantia constitucional. Se disso não se ocupam, o pedido pode ser liminarmente indeferido.

É preciso considerar que: a) Se as custas processuais, com a reforma, são agora repassadas ao Judiciário, evidente os prejuízos com o não recebimento delas. Assim sendo, os órgãos públicos não têm mais interesse em impugnar, nos termos da lei, os pedidos de concessão do benefício; b) Estimulam-se as ações temerárias, já que o autor sabe que, perdendo a demanda, nenhum prejuízo financeiro terá; c) Não

* Publicado no Jornal "O ESTADO DE MINAS", de 16.02.2005.

** Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

é justo que o advogado, do vencedor da ação, deixe de receber os honorários de sucumbência. E mais injusto é, no mesmo processo, só uma das partes (aquela a quem foi concedido o benefício) não se sujeitar ao pagamento desses honorários.

Ao ingressar em juízo, nos termos da lei processual, a parte deve agir com boa fé e não requerer o que sabe não ter fundamento, devendo, assim sendo, cumprir esses preceitos, no primeiro passo que dá na defesa do que acredita ser seu direito.

É preciso entender que a assistência judiciária gratuita é exceção mas, lamentavelmente, vem se constituindo em regra, o que não se pode admitir.

Felizmente, é nesse sentido que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça ao admitir “o indeferimento do pedido de justiça gratuita quando tiver o Juiz fundadas razões, malgrado afirmação da parte de a situação econômica não lhe permitir pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (Agravo Regimental nº 7.324 – RS).

Direito ao benefício, a quem dele realmente necessita, sim. Abuso não.

INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

EDUARDO GOULART PIMENTA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A proteção à propriedade industrial e sua evolução histórica. 3. A proteção supranacional da propriedade industrial. 4. Dos bens imateriais protegidos pelo direito da propriedade industrial. 4.1. Invenção. 4.2. O modelo de utilidade. 4.3. O desenho industrial. 4.4 Marca. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Código da Propriedade Industrial brasileiro (Lei nº 9.279/96) conhece e disciplina expressamente quatro categorias fundamentais de criações intelectuais de finalidade industrial: a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca.

Entre estes quatro institutos há diversos pontos de contato que, não raro, tornam obscuras suas respectivas particularidades. Por outro lado, estas quatro categorias fundamentais apresentam tantos desdobramentos que acabam, vez por outra, sendo subdivididas em diferentes modalidades.

Justifica-se, então, qualquer tentativa no sentido de abordar sistematicamente a questão. É o que se procura com este trabalho.

2. A PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao longo de toda a História a criatividade e inteligência humana têm nos brindado com criações que, de forma maior ou menor, contribuem para o avanço das ciências, das artes e da cultura em geral.

Deve-se notar, porém, que a proteção e o respeito a tais criações é de fundamental importância, posto que somente sentir-se-ão seguros e motivados os criadores se souberem que, por parte da legislação e do aparato estatal, terão protegidos os resultados de sua atividade criativa.

É neste ponto que entram as normas voltadas para a proteção das criações humanas em geral e das criações humanas orientadas para uma finalidade industrial, em particular.

Dado que a atividade criativa e seus resultados são inerentes à própria história e evolução humana na Terra poder-se-ia pensar que também as normas voltadas para a proteção dos direitos dos criadores teriam origem em épocas já distantes. Não foi assim.

* Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Empresarial nos cursos de graduação, especialização e mestrado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Universidade de Itaúna. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Na Antiguidade e mesmo no Direito Romano, que tão bem cuidou da propriedade sobre bens materiais, não se reconhecia como suscetível de proteção às criações intelectuais, fossem elas desenvolvidas com finalidade industrial ou estética.¹

Muito desta omissão pode certamente ser creditada à inexistência de um regime jurídico sistematizado destinado a regular a atividade comercial. “*Com efeito, se em cada sistema positivo há e houve normas peculiares ao comércio, à divisão, entretanto, do direito privado em dois sistemas, o direito civil e o comercial, era alheia ao direito romano (...)*”²

Repudiado pela civilização romana, que via os trabalhos manuais em geral como atividades menores e indignas, o comércio não merecia a atenção dos juristas da época. Ficaram de lado, conseqüentemente, as questões referentes à proteção das criações humanas voltadas para o desenvolvimento ou melhoramento dos produtos ou das formas de obtê-los.

Pelos mesmos motivos a disciplina das criações intelectuais voltadas para a atividade econômica mostra-se, no início do período medieval, desprovida de regulamentação específica. Vistos como atividades humilhantes, o trabalho manual e o comércio eram desprezados pela nobreza e, deste modo, desconsiderados como institutos dignos de regime jurídico próprio.

Porém, é exatamente a partir deste período histórico que se têm o fortalecimento do comércio que, sob o ponto de vista econômico, ganha importância até então desconhecida. Há, neste momento, o aparecimento da classe burguesa que, dedicando-se primordialmente à atividade mercantil, também viu crescer sua importância política, econômica e social.

À medida que o comércio ganhava em relevância econômica a categoria profissional que a ele se dedicava (os comerciantes) se tornava mais numerosa e organizada valendo-se, para tanto, das conhecidas Corporações de Ofício, organizações privadas que congregavam os comerciantes de uma determinada localidade.

No interior destas corporações seus membros disciplinavam suas relações jurídicas profissionais por meio de normas consuetudinárias posteriormente positivadas pelos estatutos da organização. Como não poderia deixar de ser, as criações intelectuais voltadas para o aprimoramento dos produtos comercializados foram objeto de regulamentação: “*As corporações, na frase de Renouard, refúgio dos fracos contra os fortes, meio eficaz de polícia no Estado, se converteram em instrumentos de monopólios. Pertenciam-lhes todos os inventos de seus membros. Nem havia falar, propriamente, nos direitos destes, submetidos à rígida disciplina hierárquica, mercê de regulamentos draconianos, concernentes a cada gênero de manufatura ou ramo profissional. Outorgavam-se prêmios e honrarias aos inventores, mas arrebatava-lhes o invento, cujo segredo zelosamente guardava por tempo indeterminado, a bem dizer perpétuo. Perpétuo, é de salientar, na transitoriedade das instituições humanas. Por isso mesmo, cada corporação era ciosa da perfeição dos seus produtos, cujo fabrico monopolizava. Quem a ela não pertencesse era proibido de fabricar ou vender artigo ou produto, que lhe constituísse objeto.*”³

¹ No caso Romano houve quem cogitasse a respeito da aplicabilidade das questões referentes às *res incorporales*, o que somente se admite a partir de leituras posteriores e, mesmo assim, indiretas (BOSIO. Edoardo. *Lê Privative Industriali nel Diritto Italiano*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Turim. 1891. p. 4)

² ASCARELLI. TULLIO. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva. 1947. p. 16

³ FERREIRA. Waldemar. *Tratado de direito comercial*. 1962. p. 436. v. 6.

Paralelamente às normas de caráter privado estabelecidas no interior destas corporações medievais o estado passou a conhecer e disciplinar, ainda que de maneira tímida e pouco sistemática, a questão referente às invenções e os direitos dos seus criadores.

Em 1623 o Parlamento Inglês sancionou o *Statute of Monopolies*, ato por meio do qual proibia os monopólios em geral ressaltando, entretanto, os privilégios concedidos pelas invenções. Nas palavras de J. X. Carvalho de Mendonça “*esta primeira lei sobre a matéria, aliás, prolixa na redação, considerase a magna carta do direito dos inventores e da liberdade de comércio.*”

O autor faz questão de lembrar, entretanto, que “*a verdade é, porém, que a lei francesa de 7 de janeiro de 1791 foi a primeira a reconhecer o direito subjetivo dos inventores, regulando a sua modalidade e duração, e servindo de modelo ao sistema legislativo dos outros povos da Europa e da América do Sul.*”⁴

Seja como for, importa mais ressaltar que é a partir de então que a legislação passa a disciplinar e garantir os direitos daqueles que colocavam sua criatividade a serviço do desenvolvimento de novos bens ou procedimentos voltados para a atividade industrial.

Nosso país não tardou a cuidar do assunto. Ainda antes da Independência foi editada a primeira legislação sobre invenções industriais por meio do Alvará de 28 de abril de 1809, no qual o Príncipe Regente conferia aos inventores a exclusividade no uso de suas criações desde que devidamente registradas pela então existente Junta Real do Comércio.

Já reconhecida como matéria de profunda relevância, a questão foi expressamente abordada pela Constituição do Império que, em seu art. 179, dispunha: “*Os inventores terão a prioridade das suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.*”

A legislação infraconstitucional voltada para a disciplina da propriedade industrial tem seqüência com a edição da Lei de 28 de agosto de 1830:

*“Este diploma continha 12 artigos e dispunha que ao descobridor ou inventor de uma indústria útil ficariam assegurados a propriedade e o uso exclusivo da descoberta ou invenção e melhoramento; que o direito do descobridor ou inventor seria firmado pela patente, entregue gratuitamente (salvo o pagamento do selo e feitio); que as patentes se concederiam, segundo a qualidade da descoberta ou invenção, por espaço de 5 até 20 anos, salvo prorrogação por meio de lei; e que o agraciado deveria por em prática a invenção ou descoberta dentro de dois anos depois de concedida a patente.”*⁵

Interessante notar que tal norma já se orientava por diversos princípios que ainda hoje norteiam a disciplina legal do assunto. Veja-se que a patente já se afigura como o meio protetivo das criações intelectuais voltadas para o desenvolvimento das indústrias em geral, que o Poder Público assume a obrigação de concedê-las e fazer cumprir a exclusividade a elas inerente, que o direito concedido por

⁴ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro. Volume V. Livro III. Parte I.* 1946. p. 116

⁵ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 118.

meio da patente é essencialmente temporário e, por fim, que o titular da patente tem a obrigação de colocar em prática sua criação sob pena de perder a exclusividade a ele concedida.

A esta lei sucederam diversas outras (cada vez mais complexas e detalhadas) como a Lei nº 3.129, de 1882 e os chamados Códigos da Propriedade Industrial corporificados pelo Decreto-Lei nº 7.903/45, Decreto-Lei nº 254/67, Decreto-Lei nº 1.005/69 e Lei nº 5.772, de 1971.

A Constituição de 1988 corretamente seguiu a tradição brasileira e fixou, em seu art. 5º, XXIX, as diretrizes fundamentais do sistema de proteção à propriedade industrial em nosso ordenamento. Estabeleceu-se assim o direito dos criadores à proteção de suas criações por meio das patentes e registros, a obrigação do Poder Público de zelar por tal proteção e, ainda, a essencial temporariedade destes direitos, pilares sobre os quais se erige a legislação ordinária hoje corporificada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, muito apropriadamente chamada de Código da Propriedade Industrial.

A Lei nº 9.279 cuida, em seu Título I, da proteção às invenções e modelos de utilidade, realizadas por meio da concessão de patentes. Dedicou o Título II à disciplina do registro de desenhos industriais e o Título III às marcas, de modo que alcança, com seus dispositivos, as quatro categorias fundamentais aqui tratadas.

3. A PROTEÇÃO SUPRANACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O respeito às criações intelectuais em geral (e especificamente em relação às voltadas para a atividade industrial) é questão que não pode se limitar apenas ao território de um único país.

De nada adiantará que determinado Estado tutele com rigor os direitos dos seus inventores se em outros ordenamentos não houver o mesmo cuidado, possibilitando, ali, a cópia e exploração econômica dos produtos em afronta à exclusividade garantida aos seus criadores.

Dada esta importante particularidade da propriedade sobre bens imateriais verifica-se, de longa data, tentativas no sentido de estabelecer-se princípios e regras supranacionais que possibilitem a proteção das criações industriais na generalidade dos ordenamentos.

Há que se notar, porém, que a necessidade de proteção das criações industriais na generalidade dos ordenamentos encontra um obstáculo de difícil conciliação, representado pela soberania dos Estados.

Em princípio não há como obrigar um Estado soberano a acatar e fazer respeitar o sistema de patentes. Do mesmo modo é inviável, em princípio, estabelecer-se um organismo supranacional destinado a zelar por tais questões. A solução encontrada foi, então, a elaboração de Convenções e Tratados Internacionais que, pretende-se, sejam acolhidos e respeitados pelos países signatários e possibilitem a adoção, pela legislação de cada um destes Estados, de regras comuns destinadas à proteção dos inventores e de suas criações.

Já na segunda metade do século XIX foram empreendidas as primeiras tentativas neste sentido. Em 1873 realizou-se em Viena o primeiro congresso internacional dedicado à matéria, seguido, em 1878, por outro realizado em Paris e no qual já se ventilava a elaboração de um regime internacional destinado a regular a matéria.

Deste segundo congresso internacional resultaram diferentes medidas, dentre as quais a composição de uma comissão para elaborar um anteprojeto de Convenção Internacional destinada ao estabelecimento de um regime comum de proteção e respeito às criações industriais.

Em 1880 foi realizada, novamente em Paris, outra Conferência, agora destinada, dentre outros assuntos, a examinar os trabalhos daquela comissão. J.X. Carvalho de Mendonça relata-nos que “*redigiu esta conferência outro anteprojeto, enviando-o às diferentes potências. Estas realizaram nova Conferência, aderindo os seus delegados, eventualmente, a esse anteprojeto. Daí surgiu a Convenção Internacional de Paris, de 20 de março de 1883, assinada por onze Estados*” dentre os quais o Brasil.

A Convenção de Paris, de 1883, criou entre os Estados contratantes a União para a proteção da propriedade industrial e admitiu diversos princípios aplicáveis aos direitos dos estrangeiros nos diferentes Estados da União.”⁶

A criação da União para a Proteção da Propriedade Industrial, conhecida simplesmente por União de Paris, representou decisivo passo na tentativa de uniformização das legislações nacionais em matéria de proteção à propriedade industrial.

Uma vez que prevista pelo próprio texto da Convenção de 1883, diversas Conferências Internacionais foram e têm sido realizadas, desde então, para o aprimoramento do sistema estabelecido.⁷

O continente americano também se empenhou na busca pela proteção internacional da propriedade industrial. O Congresso Internacional Americano realizado em Lima no ano de 1878 já aventava a necessidade de proteção às criações intelectuais. Seguiu-se então o Congresso Sul-americano de Montevideu em 1889 e as sucessivas Conferências Internacionais Americanas, realizadas periodicamente a partir deste mesmo ano.⁸

Outro importante passo no sentido da proteção internacional às criações intelectuais voltadas para o desenvolvimento da atividade industrial verificou-se em 1967, quando foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI – seção da ONU sediada em Genebra, Suíça.

Vale citar ainda o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes – PCT (*Patent Cooperation Treaty*), que foi elaborado em 19 de junho de 1970, sofreu emendas em 1979 e foi modificado em 1984 e 2001.

4. DOS BENS IMATERIAIS PROTEGIDOS PELO DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

4.1. INVENÇÃO

O elemento fundamental de todo o arcabouço legislativo e protetivo consistente no Direito da Propriedade Industrial encontra-se sobre a definição de invenção.

Deste modo é indispensável, para a compreensão do assunto, aclarar a compreensão do termo invenção.

Rubens Requião afirma que: “*Geralmente o estudo da matéria se inicia pelo estabelecimento da distinção entre descoberta e invenção, para melhor conceituação desta.*”⁹

⁶ MENDONÇA. José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 202.

⁷ Para um detalhado relato acerca de cada uma destas Conferências internacionais remetemos o leitor ao trabalho de J. X Carvalho de Mendonça (*Tratado... Vol. V. Livro III. Parte I. Op. cit. P. 202 e segs.*)

⁸ MENDONÇA. José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 205 e segs.

⁹ REQUIÃO. Rubens. *Curso de Direito Comercial. Vol I.* 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 292.

Assim começaremos por analisar comparativamente ambos os termos procurando extrair-lhes distinções e pontos de contato para, após, apresentarmos conceito de um e outro.

É de lembrar, entretanto, que originalmente a doutrina e mesmo a legislação brasileira tratavam os termos invenção e descoberta como sinônimos. É o que se percebe, por exemplo, ao analisar-se a Lei nº 3.129, de 1882. Aplicava-se, assim, a mesma proteção legal a ambas as categorias. Waldemar Ferreira, comentando tal diploma, constatava que “(...) *serviu-se dos dois vocábulos, sinonimizando-os. Submeteu ao mesmo regime tanto a invenção, quanto a descoberta. Não distinguiu uma da outra. Igualmente não distinguiu a lei italiana que rege a matéria.*”¹⁰

A partir do Código da Propriedade Industrial de 1945, corporificado pelo Dec. Lei nº 7.903, a proteção legal obtida por meio das patentes passou a ser garantida exclusivamente às invenções que, desde então, não mais são confundidas, pela legislação ou pela doutrina, com as descobertas.

Talvez o elemento mais característico tanto da invenção quanto da descoberta esteja na sua originalidade ou novidade. Em ambos os casos temos como resultado algo que até então se encontrava fora do conhecimento ou percepção humana. Waldemar Ferreira, analisando os termos em questão, asseverou, em apoio à nossa manifestação: “*O característico comum a um e outra reside na sua novidade, tanto quanto no de utilizar-se industrialmente*”¹¹.

Outro forte ponto de contato entre a idéia de invenção e a de descoberta está em que tanto uma quanto outra são obtidas a partir do exercício da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo de indivíduos atuando de forma organizada. É do esforço mental deste indivíduo ou grupo que resultam as invenções e descobertas.

O descobridor usa seu intelecto para analisar a natureza e constatar nela a existência de algo até então desconhecido. O inventor, de modo similar, também emprega sua capacidade intelectual na análise da natureza, mas visa produzir, com sua inteligência, algo ainda inexistente e que possa solucionar um determinado problema.

Reside nesta observação uma das grandes diferenças entre os conceitos ora tratados. A invenção encontra-se fora da percepção humana por inexistir, ao menos da forma como agora apresentada, na natureza. Já a descoberta é algo que estava fora da percepção humana simplesmente por não ter sido constatada, até então, sua existência, em estado completo, na ordem natural.

Rubens Requião bem salientou a característica ora abordada ao analisar os termos descobrir e inventar. Diz o jurista paranaense: “(...) *descobrir é o ato de anunciar ou revelar um princípio científico desconhecido, mas preexistente na ordem natural, e inventar é dar aplicação prática ou técnica ao princípio científico, no sentido de criar algo de novo, aplicável no aperfeiçoamento ou na criação industrial.*”¹²

Diferem também os conceitos de invenção e descoberta na medida em que, como ressaltado por Rubens Requião, a invenção é a solução para uma determinada necessidade específica, surgida antes de sua concepção. É o resultado da atividade intelectual de alguém (ou alguns) que, diante de uma necessidade ou problema prático, se propôs a desenvolver um bem para solucioná-lo. Já a descoberta, como constatação de algo existente na natureza, advém da capacidade contemplativa e especulativa do

¹⁰ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 444

¹¹ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 448.

¹² REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 293.

homem que, ao observar e perquirir sobre a natureza revela, com o esforço intelectual, algo até aquele momento desconhecido.

*“Chega-se ao invento por via de trabalho orientado e dirigido ao fim de atingi-lo. A descoberta mais não é do que o achamento, eventual ou procurado, de processo ou produto das fôrças da natureza.”*¹³

Tem-se então que a descoberta não é, regra geral, visada como forma de atender uma necessidade pré-determinada. Primeiro algo é descoberto para depois avaliar-se sua capacidade de utilização. Na invenção ocorre o contrário: constata-se a existência de uma determinada necessidade ou problema para depois, como o uso do intelecto, obter-se algo para solucioná-lo.

Corolário desta assertiva é que a invenção é uma criação suscetível de reprodução, sem qualquer perda de seus elementos, em escala industrial, contrariamente ao que se verifica em relação à descoberta que, por tratar-se de algo existente na natureza, pode ou não ser suscetível de reprodução ou utilização pela indústria.

A Lei nº 9.279/96 absteve-se, como é tradição no direito pátrio e na maioria das legislações estrangeiras¹⁴, de trazer definição expressa do que seja invenção, limitando-se a tratar dos requisitos necessários à sua verificação, quais sejam: a novidade, a atividade inventiva e a aplicação industrial (art. 8º).

Tais requisitos coincidem com os aspectos que procuramos apontar, o que nos permite propor um conceito de invenção – e também de descoberta – apoiado nos ditames do art. 8º da Lei nº 9.279/96.

A invenção consiste na criação, a partir da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo, de algo até então inexistente e suscetível de reprodução e utilização em escala industrial.

A descoberta, por sua vez, consiste na constatação, por meio da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo, da existência natural de algo até então desconhecido, suscetível ou não de reprodução e utilização em escala industrial.

Feita esta distinção inicial cumpre agora separar as noções de invenção e descoberta de uma terceira tão importante quanto elas, a chamada “obra intelectual” disciplinada, em nosso ordenamento, por meio do chamado “Direito de Autor”, consolidado pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Entre a idéia de invenção e a de obra intelectual há diversos caracteres comuns, a começar pela circunstância de ambas carecerem de definições legais. Como já salientamos, a Lei nº 9.279/96 preferiu abster-se de definir o que é invenção. Do mesmo modo ocorre no caso da obra intelectual, sem definição no texto da Lei nº 9.610/98, que preferiu, em seu art. 7º, enumerar exemplos das “criações do espírito” compreendidas no conceito ora tratado.

Outro forte ponto de contato entre a idéia de invenção e a de obra intelectual está no caráter de novidade apresentado por ambas. Tanto uma quanto outra representam a manifestação do intelecto de alguém (ou alguns) no sentido de apresentar à Humanidade algo até então inexistente na natureza.

¹³ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 448

¹⁴ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. I. 2.ed. Rev.e Atual. Por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1982. p. 211/212

Vale notar, porém, que elas se diferenciam porque enquanto a invenção é a solução para uma necessidade ou problema prático, a obra intelectual vem a ser o resultado da projeção da atividade mental de alguém sem finalidade prática específica a não ser a de causar satisfação àqueles que venham à com ela ter contato.

A invenção resulta da especulação do intelecto humano voltada para o saneamento de uma necessidade prática específica e premente. Tanto a obra intelectual como a descoberta também resultam da criatividade humana, mas não a objetivamente voltada para a solução de um problema e sim aquela orientada para a especulação e análise da natureza (descoberta) ou orientada para a produção de trabalho de finalidade estética, em seu sentido mais amplo (obra intelectual).

É esta a razão pela qual se encontra também na possibilidade de “reprodução em escala industrial” outra distinção entre a obra intelectual e a invenção.

Vê-se que com a noção de descoberta a obra intelectual tem de semelhante o caráter infungível. Como demonstramos tratam-se, tanto a descoberta quanto a obra intelectual, de algo insuscetível de reprodução em escala industrial.

Assim, face à nossas considerações e ao elenco do art. 7º da Lei nº 9.610/98¹⁵, pode-se afirmar que a obra intelectual consiste na criação, a partir da atividade intelectual de uma determinada pessoa ou grupo, de algo até então inexistente voltado para o engrandecimento da cultura e das artes em geral.

A obra intelectual é, em essência, única e exatamente por isso protegida por legislação especial. Diferencia-se dos produtos nos quais eventualmente possa ser reproduzida.

Na reprodução industrial de um bem é necessária a realização de um procedimento. O bem é fabricado por meio de uma cadeia organizada de atos empreendida pelo fabricante. Um mesmo bem pode ser produzido por diferentes modos. É de constatar-se, então, que não se aplica apenas ao produto final obtido pela criatividade do inventor as características da novidade, atividade inventiva e reprodução industrial. Também o procedimento empreendido pelo inventor para a fabricação de sua invenção – ou modelo de utilidade – pode ser novo (ou seja, desconhecido do estado da técnica), resultado de sua atividade inventiva e suscetível de reprodução em escala industrial.

Há que se considerar, de outro lado, que mesmo um produto já conhecido e fabricado pode ser objeto de novos estudos (por parte de seus inventores ou terceiros) que resultem não em uma modificação de sua estrutura ou feições originais, mas sim em uma nova forma de fabricação dele.

Entre os estudiosos do tema fala-se em tecnologia (ou *Know-how*) para definir o ato ou série de atos praticados para a obtenção de um produto. Alterações em tal procedimento podem resultar em importantes ganhos de tempo ou dinheiro para o fabricante tornando-as, então, rentáveis economicamente e merecedoras de tutela legal de modo a garantir ao seu criador a proteção conferida às invenções e modelos de utilidade.

O art. 42 do Código da Propriedade Industrial faz referência à “patente de processo” de forma a permitir aos criadores de uma nova forma de obtenção de um produto - já patenteado ou não - a proteção à sua tecnologia.

¹⁵ Os programas de computador se mostram como exceção à definição de obra intelectual proposta. Situam-se, a nosso ver, entre a noção de invenção e de obra intelectual, motivo pelo qual são objeto de proteção legal específica (Lei n. 9.609/98) aplicando-se-lhes, no que for cabível, os ditames do Direito de Autor (Lei nº 9.610/98, art. 7º § 1º).

Não se trata a tecnologia ou *Know-how* de uma outra categoria da propriedade industrial, posto faltar-se disciplina legal específica. O que importa, entretanto, é que a Lei nº 9.279/96 a protege por meio da patente, nos mesmos termos estabelecidos para o patenteamento das invenções.

4.2. O MODELO DE UTILIDADE

O modelo de utilidade guarda significativas semelhanças com a noção de invenção. Ambos trazem em si, de forma inerente, a idéia de novidade ou originalidade, são igualmente resultados da atividade intelectual humana e afiguram-se como soluções a problemas de ordem prática, necessidades específicas.

Pelo atual Código da Propriedade Industrial brasileiro tanto a proteção de invenções quanto de modelos de utilidade depende da constatação dos requisitos da novidade (art. 11), atividade inventiva (arts. 13 e 14) e utilização industrial (art. 15).

A diferença fundamental, que justifica a própria separação dos dois institutos, está no grau de inovação trazido por eles.

Enquanto na invenção tem-se a criação de um bem totalmente original, o modelo de utilidade corresponde a algum acréscimo ou alteração efetuada em algo já criado ou existente e que, em função daquela modificação, tem ampliada sua comodidade ou mesmo seu potencial de utilidade.

É o que se pode obter a partir do texto do art. 9º da Lei nº 9.279/96, que dispõe:

É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

Waldemar Ferreira, apoiado em Tullio Ascarelli, explica que a expressão modelo de utilidade remete aos dois principais caracteres definidores do instituto. De um lado trata-se de modelo porque, ao contrário da invenção - que representa um bem totalmente original - parte de um produto já conhecido e acabado, representando uma modificação ou acréscimo em sua estrutura original. De outro lado o termo “de utilidade” salienta que o acréscimo efetinado deve propiciar uma melhoria no potencial de utilização original do produto ou, ao menos, na sua forma de utilização.

“A contribuição inventiva [do modelo de utilidade] deve consistir na comodidade de emprego ou aplicação de produtos conhecidos e como processos notórios e em relação direta com seu emprego, pois a criação intelectual se exprime por um modelo. Não se terá, portanto nova utilização das leis da causalidade da natureza a fim de obter-se novos resultados; mas sim a aplicação de noções técnicas destinadas a maior comodidade ou eficiência no uso ou aplicação dos produtos.”¹⁶

A concepção original de modelo de utilidade remonta, no direito brasileiro, ao instituto que, sob a égide da Lei nº 3.129, de 1882, era conhecido como *melhoramento*.

¹⁶ FERREIRA, Waldemar. Op. cit. p. 471.

O art. 1º, § 1º dispunha que estavam suscetíveis à proteção estipulada naquele diploma:

1º – omissis

2º – omissis

3º – omissis

4º – O melhoramento de invenção já privilegiada, se tornar mais fácil o fabrico do produto ou uso do invento privilegiado ou se lhe aumentar a utilidade.

Vale ressaltar, porém, que enquanto o melhoramento representava uma derivação de invenção já privilegiada (de forma similar ao que ocorre, no atual Código da Propriedade Industrial, com a chamada adição de invenção), o modelo de utilidade hoje disciplinado se afigura uma categoria autônoma em relação à invenção.

Guardam os termos modelo de utilidade e melhoramento, porém, a identidade no que se refere à sua principal característica, qual seja a de representarem acréscimo no potencial de utilização ou comodidade de um bem já conhecido. É por isso o modelo de utilidade tratado freqüentemente como “pequena invenção”.

Importa lembrar também que o modelo de utilidade não deve ser confundido com a chamada “adição de invenção” descrita pelo art. 76 da Lei nº 9.279/96 como sendo “*aperfeiçoamento ou desenvolvimento introduzido no objeto da invenção, mesmo que destituído de atividade inventiva, desde que a matéria se inclua no mesmo conceito inventivo*”.

A adição de invenção é a modificação introduzida em uma invenção a ser patenteada. É a alteração da concepção original de uma invenção com o objetivo de aperfeiçoá-la. Trata-se, portanto, de categoria acessória, posto estar incluída dentro do mesmo conceito inventivo que a criação original.

Em apoio às nossas considerações temos o texto do art. 76 § 3º do Código da Propriedade Industrial, que estipula o necessário indeferimento do pedido de certificado de adição de invenção quando esta não integre o mesmo conceito inventivo que a criação original da qual decorra. Configurada, assim, a essencial vinculação entre a adição aqui mencionada e um outro bem a ser patenteado como invenção.

Este caráter acessório é reforçado ainda pelo art. 77 do Código que dispõe expressamente que “*o certificado de adição é acessório da patente, tem a data final de vigência desta e acompanha-a para todos os efeitos legais.*”

Além disso, a adição de invenção nem sempre decorre de atividade inventiva de seu criador. É somente um desdobramento lógico do estado da técnica em relação à invenção a que se refere. Tem-se a adição de invenção quando o inventor aperfeiçoa sua criação aplicando-lhe conhecimentos e soluções já disponibilizados ao conhecimento público e que, portanto, não configuram o avanço no estado da técnica consistente na atividade inventiva.

4.3. O DESENHO INDUSTRIAL

O Direito Positivo brasileiro distinguia até a entrada em vigor da Lei nº 9.279/96, entre os conceitos de *modelo industrial* e *desenho industrial*.

“O antigo Código da Propriedade Industrial, no seu art. 11, definia que modelo industrial era toda forma plástica que pudesse servir de tipo de fabricação a um produto industrial e ainda se caracterizava por nova configuração ornamental. Desenho Industrial era toda disposição ou conjunto novo de linhas ou cores que, com fim industrial ou comercial, pudesse ser aplicado à ornamentação de um produto, por qualquer meio manual, mecânico ou químico, singelo ou combinado.”¹⁷

Extraía-se então, destes dois institutos, uma característica fundamental que os distinguiu do modelo de utilidade e da invenção: tanto o desenho quanto o modelo industrial se referiam apenas às feições exteriores dos produtos, às suas características exclusivamente estéticas ou ornamentais, em nada influenciando sobre sua utilização ou comodidade, ao contrário do que se verifica, em maior ou menor escala, quando se trata de invenção ou modelo de utilidade.

Os sinais, linhas, contornos e formas dos bens eram e são importantes elementos na sua identificação – e porque não dizer qualificação – em relação aos similares. É cada vez maior a quantidade de produtos com finalidade, potencial de utilização e comodidade idênticos que se diferenciam (e se credenciam perante os consumidores) exclusivamente por meio de suas feições exteriores. Nada mais correto, portanto, que proteger também a atividade criativa destinada à individualização dos produtos por meio de seus aspectos formais e estéticos.

Distinguiu-se o modelo do desenho industrial em função das dimensões abarcadas por um e outro. Enquanto o modelo industrial se referida às feições e contornos de um bem considerado em suas três dimensões o desenho industrial remetia apenas aos aspectos do produto considerado somente quanto à sua largura e comprimento. *“O desenho industrial, particularmente, constitui uma combinação de linha, de cores, de forma dirigida a conseguir um novo aspecto exterior de um produto, segundo as duas dimensões de um plano. (...) Já o modelo industrial, hoje no texto da lei confundido com o desenho industrial, é direito para a configuração exterior do produto, segundo as três dimensões de um sólido, isto é, da transformação de sua forma plástica.”¹⁸*

Como lembrou Rubens Requião o atual Código da Propriedade Industrial optou por agrupar as noções de desenho industrial e modelo industrial em uma única categoria definida pelo art. 95, que dispõe:

Art. 95 - Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

Assim com ocorre com todas as outras categorias aqui referidas o desenho industrial está vinculado à novidade, ou seja: as linhas, cores e formas por ele constituídas devem ser originais, até então desconhecidas do estado da técnica (art. 96 da Lei nº 9.279/96).

É especialmente tormentoso o estabelecimento de distinção entre o desenho industrial ou *design* e as obras intelectuais, em especial aquelas referentes às artes plásticas.

¹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 295

¹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 296

“Situa-se o desenho industrial no limite entre a atividade de criação industrial e a artística. É, ademais, muito comum, em grandes museus de arte, a existência de seção dedicada ao design, na qual se existem móveis e utensílios dotados de formas esteticamente inovadoras. O primeiro a criar essa seção, o Museum of Modern Art, de Nova York, exige até mesmo helicóptero (modelo Bell, projetado por Arthur Young). A proximidade entre o desenho industrial e a obra de arte derivam da natureza fútil do ato de criação. Tanto o designer como o artista não contribuem para o aumento das utilidades que o homem pode esperar dos objetos. A contribuição deles é de outro gênero, ligada basicamente aos prazeres de fruição visual: uma contribuição estética, portanto”.¹⁹

A questão transpõe a seara puramente doutrinária se considerarmos que os institutos em foco estão sujeitos a regimes jurídicos protetivos diferentes. Enquanto os desenhos industriais são disciplinados pela Lei nº 9.279/96, como categorias da propriedade industrial, os trabalhos de pintura e escultura são, como as obras intelectuais em geral, tutelados por meio dos Direitos de Autor.

Para Fábio Ulhôa Coelho o critério distintivo encontra-se na constatação de que o desenho industrial encontra-se vinculado a algum produto cuja utilidade não é apenas estética, ao contrário do que se verifica quando se trata das obras intelectuais em geral e em especial no que diz respeito à pintura e à escultura. *“O desenho industrial é diferente da escultura e da pintura (obras de arte) porque o objeto a que se refere tem função utilitária e não apenas estética, decorativa ou de promoção do seu proprietário”*²⁰.

Assim o desenho industrial, como a invenção e o modelo de utilidade, somente se configuram quando “possa servir de tipo de fabricação industrial”, o que lhe atribui como característica essencial a chamada industriabilidade e o separa das obras intelectuais.

Embora concordando com a assertiva do autor, pensamos que a distinção não se esgota pela circunstância apontada.

A obra intelectual existe por si só. O desenho industrial, embora com a finalidade estética das obras intelectuais, somente ganha sentido por vincular-se a um determinado produto, dele sendo acessória.

A concepção de um desenho industrial se faz em função de um determinado bem. As linhas distintivas de um automóvel, por exemplo, são concebidas em função deste bem. Já as criações intelectuais artísticas são autônomas, existem por si só e independentemente de qualquer outra função ou produto.

O desenho industrial se separa também da invenção e do modelo de utilidade na medida em que, ao contrário destes, não acrescenta nada à finalidade ou potencial de utilização original do bem no qual é acrescido.

A invenção é a criação de um novo produto e o modelo de utilidade representa um aperfeiçoamento da comodidade ou do potencial de utilização de um bem já existente ou criado. O desenho industrial, por seu turno, representa apenas os traços e linhas distintivas de um bem em relação aos seus similares, em nada acrescentando à utilidade ou comodidade original do produto no qual foi inserido.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 2002. p. 147

²⁰ COELHO, Fábio Ulhôa. *Op. cit.* p. 148.

A função do desenho industrial é puramente estética. São formas e linhas criadas para distinguir um determinado produto de seus similares. Fala-se, exatamente por isso, em princípio da futilidade para separar a idéia de modelo de utilidade do conceito de desenho industrial.

As noções de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial podem, então, ser ordenadas segundo o grau de avanço que provocam no estado da técnica uma vez que a invenção é a criação de um novo produto totalmente desconhecido, o modelo de utilidade é a modificação no potencial de comodidade ou utilidade de um produto já existente e o desenho industrial, por seu turno, refere-se apenas às alterações puramente formais ou estéticas de um bem.

4.4. MARCA

Termos e sinais visuais vêm sendo, desde as mais remotas origens da Humanidade, empregados como forma de identificar e individualizar determinados bens daqueles que lhes sejam idênticos ou similares.

Waldemar Ferreira assinala que o Homem, ainda essencialmente nômade, já se utilizava de tal expediente para identificar o seu rebanho em relação ao de seus pares e lembra que também os romanos se valiam de termos ou sinais visuais para identificar os fabricantes ou as diversas mercadorias então produzidas por eles.²¹

Vale ressaltar, porém, que na Antiguidade esta forma de identificação não mereceu regulamentação normativa, restando carecedora de qualquer proteção específica.

Com o já assinalado aquecimento da atividade mercantil na Idade Média a então efervescente classe dos comerciantes passou a utilizar-se com freqüência de designativos inseridos em seus produtos como forma de identificá-los junto aos seus consumidores.

Tais sinais ou termos, porém, apresentavam caráter eminentemente corporativo, vinculados que estavam não aos comerciantes individualmente considerados, mas às corporações que os agrupavam. Aqueles que desrespeitassem o direito de tais instituições ao uso exclusivo daqueles designativos eram inclusive submetidos a sanções físicas severas, com os violadores sendo amarrados a postes e submetidos à humilhação pública.²²

O Século XIX trouxe consigo a consagração dos ideais liberais e a superação dos privilégios corporativos medievais por uma ordem econômica pautada pela livre concorrência. Os comerciantes e industriais passaram, desde então, a contar com a proteção estatal aos termos ou sinais visuais que desenvolvam para designar seus produtos ou serviços, encarregando-se a legislação de garantir-lhe a exclusividade no uso. Nesta nova fase tem especial importância o Direito Francês que, impulsionado pela Revolução, firmou vários dos princípios que ainda hoje regem a matéria. *“Fazendo tábua rasa do passado, a Revolução acabou com o regime corporativo. Instituiu novas leis, entre as quais as que estabeleceram limites à concorrência, sob normas uniformes, principalmente no tocante ao selo, timbre e marcas governamentais. Finalmente, o Código Penal francês disciplinou a matéria, em todos os países submetida a regimes especiais e, afinal, universalizados por efeito de convenções e Tratados internacionais.”*²³

²¹ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 253.

²² FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 256.

²³ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 258.

No Brasil a proteção a tal categoria de criações industriais remonta ao final do Século XIX.

Tendo o Código Comercial se omitido de disciplinar expressamente o assunto coube ao Dec. Legislativo nº 2. 682, de 23 de outubro de 1875 inaugurar, em nosso ordenamento, as normas voltadas para a disciplina e proteção das criações ora tratadas²⁴.

Vale citar ainda, em breve retrospectiva histórica da legislação pátria, a Lei nº 3.346, de 14 de outubro de 1887, a Constituição Federal de 1891 e a Lei nº 1.236, de 1904 (a chamada “Lei de Marcas”) que traçaram as primeiras orientações no sentido de tutelar os termos criados para a identificação de produtos ou serviços.

Atualmente a proteção às marcas é dada pelo Direito da Propriedade Industrial, corporificado pela Lei nº 9.279, de 1996.

Instituto de enorme aplicação prática a definição de marca pode ser obtida a partir da conciliação entre os textos dos arts. 122 e 123 da Lei nº 9.279/96:

Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;

II – marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e

III – marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

Procurando extrair unidade a partir das três modalidades disciplinadas legalmente podemos dizer que a marca é todo termo ou sinal visualmente perceptível que tenha por função individualizar produtos ou serviços de outros semelhantes mas de origem diversa, atestar a conformidade de um produto ou serviço a determinadas normas técnicas ou ainda, finalmente, identificar produtos ou serviços oriundos de um mesmo empresário.

Tanto a marca quanto o desenho industrial estão vinculados a um produto ou serviço, são elementos destinados, em essência, a distingui-los de seus similares e atrair a preferência dos consumidores sem, porém, influir sobre o potencial de utilização ou comodidade deles.

Vale notar, porém, que o desenho industrial representa as linhas e formas exteriores do produto, enquanto a idéia de marca se refere a qualquer termo escrito ou sinal visual atribuído a um bem de modo batiza-lo e individualiza-lo de outros que lhes sejam idênticos ou similares. O desenho industrial compõe

²⁴ Este Decreto teve origem em interessante demanda envolvendo o direito de uso do termo “Rapé Areia Preta”. Representada por Rui Barbosa, a sociedade criadora do produto e deste designativo acionou concorrente sua que, indevidamente, também se valia do termo em questão para nominar produto idêntico. Reconhecida judicialmente a inexistência de norma legal protetiva a prejudicada representou à Câmara dos Deputados que, então, concebeu o texto que se converteria, em 1875, no Dec. Legislativo n. 2.682.

a estrutura física do produto no qual se insere. Já a marca é apenas o sinal visual que, acoplado à estrutura do produto, visa identificá-lo.

Também se diferencia a marca dos institutos do nome empresarial e do título de estabelecimento. Distinguem-se estas categorias em função da finalidade de cada uma delas, embora todas as três sejam, em essência, elementos gráficos ou visuais de identificação. Nome empresarial é o termo elaborado para identificar o empresário (sujeito de direito que exerce a empresa); o título de estabelecimento é o designativo que batiza o estabelecimento daquele empresário e a marca, por sua vez, é o termo que identifica os produtos ou serviços oferecidos pelo empresário em seu estabelecimento.

Percebe-se que nome empresarial, título de estabelecimento e marca em muito se assemelham quanto à sua estrutura. São designativos, conjuntos organizados de letras e sinais visuais elaborados para a identificação de outros institutos. Separam-se na medida em que cada uma destas categorias tem a função de identificar especificamente um determinado elemento da atividade econômica, seja o empresário (no caso do nome empresarial), seja o estabelecimento (no caso do título) ou os produtos ou serviços oferecidos pelo empresário (marca).

Observe-se também que a definição legal de marca abrange apenas e tão somente sinais ou desenhos perceptíveis visualmente. Exclui-se, deste modo, qualquer outra forma de identificação de produtos ou serviços por meio de estímulos aos outros sentidos humanos.

Para que possa ser protegida e utilizada exclusivamente pelo seu criador a marca deve também respeitar os requisitos da novidade, atividade inventiva e utilização industrial.

Dadas as suas diferenças estruturais em relação às invenções e modelos de utilidade tais requisitos, quando aplicados às marcas, devem ser adequada e particularmente interpretados.

“No sistema legal a novidade da marca consiste em diversificar esta das outras já em uso; quer dizer simplesmente o fato de não ter sido a marca precedentemente usada por outrem, ainda que não registrada, depositada e publicada (...) Quando se fala da novidade ou originalidade da marca o sentido é, como se vê, diferente da novidade peculiar às patentes de invenção.”²⁵

A invenção ou modelo de utilidade, para ser definido como novo, deve configurar algo até então inexistente na cultura humana, representada, como vimos, pelo termo “estado da técnica” (art. 11, § 1º)

A originalidade da marca não está nos termos ou sinais que a constituem e sim na finalidade que a eles é dada pelo criador. A marca pode ser constituída por expressões ou sinais gráficos já conhecidos, desde que ainda não tenham sido utilizados para identificar produtos ou serviços idênticos ou similares àqueles a que se refere agora.

A originalidade da invenção e do modelo de utilidade está na estrutura do bem ou da modificação. A originalidade da marca não está na sua estrutura ou termos mas sim na forma pela qual agora são utilizados pelo empresário.

Waldemar Ferreira, apoiado nas assertivas do jurista francês Georges Bry, conclui:

“O caráter essencial da marca, para que se torne direito positivo,

²⁵ MENDONÇA. José Xavier Carvalho de. *Op. cit.* p. 263 e 264.

doutrinou Georges Bry, é a originalidade, que a distingue e impede que ela se confunda com outra já existente. E esclareceu. É inútil, para que ela seja especial e nova, que o sinal adotado resulte de verdadeira criação; é o seu emprego mercantil ou industrial, sua aplicação de forma distintiva de outros produtos similares, que lhe empresta o característico exigido. Estrela, flor, abelha, denominações genéricas, podem servir de marca, desde que se apresentem formando figura particular ou combinação nova. Esse conjunto é que há a considerar. Não os seus elementos componentes.”²⁶

Quanto ao requisito da atividade inventiva o mesmo raciocínio se aplica. A atividade inventiva não está na criação de termos ou sinais visuais até então inexistentes, mas sim na utilização destes termos ou sinais visuais para a finalidade específica de identificar um determinado produto ou serviço.

Cumpra também ressaltar que a marca não pode conter, em sua estrutura, informações falsas a respeito do produto ou serviço que batiza ou do empresário que o produz, sob pena de constituir-se em forma não de identificação do produto ou serviço e sim de modalidade de fraude aos consumidores.

5. CONCLUSÃO

A proteção às obras resultantes da criação humana se revela como procuramos demonstrar ao longo deste trabalho, cada vez mais detalhada e rígida, dada a sua relevante função econômica.

No Direito brasileiro o Código da Propriedade Industrial avança, ao lado da legislação referente aos Direitos Autorais, na proteção dos diversos interesses envolvidos em torno destes bens imateriais.

A legislação centra sua proteção sobre as quatro categorias fundamentais ora tratadas sem, porém, deixar absolutamente esclarecidas algumas questões que abordamos neste texto que serve, senão para solucionar as lacunas, ao menos para suscitar outras análises.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

BOSIO, Edoardo. *Lê Privative Industriali nel Diritto Italiano*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1891.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial. Vol. I*. 2. ed. Atual. por Luiz Gonzaga do Rio Verde e João Casimiro Costa Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v.6.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro. Volume V. Livro III. Parte I*. 4.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, marcas e direitos conexos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

²⁶ FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.* p. 272

ELISÃO FISCAL: REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE E ALCANCE DA LEI ANTIELISIVA E SUA APLICAÇÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

INÊS REGINA RIBEIRO SOARES*

SUMÁRIO

1. Introdução. 1.1. Importância e complexidade do tema. 1.2. Delimitação. 2. Precedentes históricos. 2.1. Tributo e o poder de tributar. 2.2. Visão histórica e atual sobre elisão fiscal. 3. Relacionamento fisco e contribuinte. 3.1. Estado Democrático de Direito. 3.2. O contexto tributário brasileiro. 4. Princípios constitucionais tributários. 4.1. Eficácia dos princípios. 4.2. O tributo e os critérios de justiça. 4.3. Princípio de legalidade. 4.4. Princípio da capacidade contributiva. 4.5. Princípios de justiça, igualdade e solidariedade. 4.6. Princípio da proporcionalidade (harmonia entre liberdade fiscal e capacidade contributiva). 5. Elisão e evasão – aspectos jurídicos. 5.1. Delimitação das figuras. 5.2. Simulação e dissimulação. 5.3. Figuras correlatas: abuso de forma, abuso de direito, fraude à lei, negócio indireto, negócio fiduciário. 6. Experiências internacionais. 7. Interpretação e integração da norma tributária. 7.1. Meios de interpretação do Direito Tributário. 7.2 Meios de integração do Direito Tributário. 7.3. As correntes teóricas básicas na interpretação do Direito Tributário. 7.4. Aspectos relevantes no tocante à elisão fiscal. 8 A LEI ANTIELISIVA BRASILEIRA – LC no 104/2001. 8.1 O parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. 8.1.1. Aspectos sobre a sua constitucionalidade. 8.1.2 A norma antielisão – objeto, alcance e limites. 8.2. Jurisprudência. 9. A LEI ANTIELISIVA MINEIRA. 9.1. O artigo 205 da Lei no 6763/75. 9.2. Análise de seus elementos e alcance. 9.3. O artigo 55-A da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais - Decreto no 23.780/84. 9.4. Desconsideração dos negócios jurídicos – procedimentos preparatórios para o lançamento do crédito tributário. 9.5. Decisões do Conselho de Contribuintes. 10. Reflexos do Código Civil nos negócios jurídicos. 10.1. Limites constitucionais à liberdade de contratar. 10.2 Fraude à lei imperativa – hipótese de nulidade. 10.3. Negócio que se dissimulou – subsiste se válido for. 10.4. Conversão do negócio nulo em outro negócio jurídico. 10.5. Abuso de direito é ato ilícito. 11. Cenário atual e considerações finais.

* Fiscal de Tributos Estaduais da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Minas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

1.1. IMPORTÂNCIA E COMPLEXIDADE DO TEMA

A abordagem sobre elisão fiscal há muito vem se mostrando de real importância nos debates acerca do Direito Tributário, por envolver posições teóricas fundamentais em torno de sua interpretação.

O tema se mostra relevante devido ao seu significado em relação à arrecadação tributária, por envolver a discussão de vários princípios constitucionais que não devem se sobrepor, mas conviver harmoniosamente, a despeito dos interesses antagônicos do Fisco e do contribuinte e, também, por sua análise sob a perspectiva do que se entende por Estado Democrático de Direito.

A maioria dos doutrinadores vê a expressão elisão fiscal (para alguns, chamada de evasão lícita ou de elusão) como sinônimo de planejamento tributário. Afirma-se que ela se traduz no exercício da liberdade dos agentes econômicos de se auto-organizarem na busca da menor onerosidade tributária possível dentro da zona de licitude que lhes confere o ordenamento jurídico e deve, necessariamente, ser anterior à ocorrência do fato jurídico-tributário.

Por outro lado, a evasão fiscal consiste na prática de atos ilícitos, posteriores ao fato gerador, objetivando a fuga ou o adiamento do pagamento do tributo devido.

Importa ressaltar, de início, que é tênue o limiar entre elisão e evasão fiscal, pois, não havendo prescrição na lei de que dado negócio deva ser realizado de determinada forma, sua concretização encontraria abrigo no campo da licitude dos negócios e não poderia ser desconsiderado. Outro fator importante a ser contemplado nesta análise é quanto à sobreposição do interesse do particular ao interesse coletivo ou, ainda, se houve abuso de direito quanto à forma escolhida para celebração do negócio jurídico.

O estudo desse tema é também de alta complexidade em face da crescente globalização (com toda a sua ambivalência e concentração de riquezas, que refletem claramente o maior interesse dos contribuintes em fusões, incorporações ou cisões de empresas, a fim de torná-las mais competitivas e rentáveis), da variedade de negócios e da pluralidade de visões diante dos princípios constitucionais norteadores.

É incontestável que as normas antielisivas assumiram extraordinária importância para o Direito Tributário, estando presentes em muitos países. E não poderia deixar de ser introduzida no ordenamento jurídico do Brasil. Apresenta-se como forma de combate à prática abusiva de atos jurídicos levados a efeito pelos contribuintes, motivados tão somente pela busca constante de sofrer a menor carga tributária possível.

1.2. DELIMITAÇÃO

A norma antielisão, no Brasil, veio consagrar uma tendência universal de maior transparência nas relações entre Fisco e contribuinte, no contexto globalização e motivação econômica, numa sociedade de alta complexidade e desigualdades sociais.

Este estudo constatou uma tensão constante de princípios e valores constitucionalmente consagrados e que não devem se sobrepor ou um ser excluído em detrimento do outro, mas, sim, haver uma ponderação equilibrada por meio do exercício do direito no Estado Social.

De um lado encontra-se o contribuinte agindo com liberdade na esfera fiscal, buscando economizar tributo sem ofensa à lei, com base nos princípios da legalidade e da liberdade privada, que tutelam o valor segurança jurídica e o interesse privado da liberdade empresarial na busca do lucro econômico. De outro, o Estado exercendo seu papel de ente tributante e arrecadador, na defesa dos interesses da coletividade, esteirado no princípio da capacidade contributiva que tutela a justiça fiscal e o interesse público de arrecadar receitas para fazer frente às diversas necessidades sociais, as quais compete privativamente ao Estado suprir.

Considerando os valores constitucionais que se contrapõem no exame desse tema (valor de proteção individual e valor de viabilização econômica), afirma-se que é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os limites do direito de auto-organização do contribuinte dentro do nosso ordenamento jurídico e sua posição de cidadão perante o Estado e direitos da sociedade civil, onde valores como transparência, boa-fé e ética são primordiais para a formação da pessoa humana e seu convívio em sociedade.

O objetivo de uma norma antielisiva é, primordialmente, equilibrar a legalidade com a capacidade contributiva, como princípios constitucionais a serem observados tanto pelo Estado quanto pelo contribuinte, seja quanto à constituição e cobrança dos tributos pelos entes tributantes ou quanto à sua satisfação mediante seu pagamento por parte dos contribuintes.

Há uma corrente doutrinária mais tradicional, fulcrada no princípio da tipicidade fechada, e outra, mais moderna, que afirma não ser a legalidade um princípio absoluto e fechado, posto que o Direito Tributário é informado por princípios constitucionais e cláusulas gerais que não comportam interpretação fechada ou conceitos cerrados.

Dada a amplitude do tema, buscou-se focar os posicionamentos dos doutrinadores que travam sérios debates sobre o que seria elisão fiscal e seus limites, aliando ao presente estudo as experiências de outros países, a visão sob a ótica de nosso ordenamento jurídico, as formas de interpretação, passando pela análise do disposto no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), da inserção de uma norma antielisiva na legislação mineira e das disposições do Código Civil atinentes à licitude e à ilicitude dos negócios jurídicos. Esse dispositivo atribui ao Fisco competência para desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Assim, além da análise à luz dos princípios constitucionais e da necessária ponderação de valores, o exame da norma antielisiva passa por um problema, que é relativo à natureza da dissimulação do fato gerador do tributo e, conseqüentemente, torna-se importante verificar o alcance e o sentido dessa expressão.

Este estudo abordou a interpretação da norma tributária e o papel e a postura do intérprete diante das várias questões a que tem sido chamado a examinar. Além disto, discutiu a interpretação como atividade neutra ou como atividade que agrega valor ao objeto interpretado, os métodos tradicionais de interpretação do ordenamento jurídico e a nova corrente de interpretação que parte de uma lógica não-bivalente.

Algumas decisões de tribunais relacionadas ao tema foram coletadas, a fim de compatibilizarem-se os ensinamentos doutrinários com a jurisprudência, conhecendo-se a dificuldade inerente à interpretação, que é definir os limites da própria elisão.

Tomou-se como referencial que a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, cuja forma de governo defende o compromisso inseparável da liberdade e da igualdade. Assim, a chamada economia de imposto, ainda que praticada pelos contribuintes com base no direito de liberdade – de organizar livremente suas atividades econômicas – não é um direito a ser exercido de forma absoluta, limitado apenas pelo princípio da legalidade. Relevante se mostra a conciliação dessa liberdade individual com o princípio constitucional da solidariedade social, que vem revelando a visão mais moderna sobre o assunto estudado.

2. PRECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. TRIBUTO E O PODER DE TRIBUTAR

O Código Tributário Nacional traz a seguinte definição de tributo:

Art. 3º -Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (FRANCO e CARRAZZA, 2004).

Amaro (2004, p.16) afirmou que o tributo é uma prestação que deve ser exigida nos termos previamente definidos pela lei, contribuindo, dessa forma, os indivíduos para o custeio das despesas coletivas (que, atualmente, não são apenas as do próprio Estado, mas também as de entidades de fins públicos).

Depreende-se que há um dever ou uma obrigação de pagar o tributo pelo contribuinte que exercer a atividade alcançada pela hipótese de incidência, a qual se apresenta formalmente prevista em lei.

Em Direito Tributário, tributo é entendido como o objeto da relação jurídica entre o Estado e o contribuinte e é matéria de estrita reserva de lei.

Primordialmente, o tributo era exigido pelos monarcas dos povos conquistados por meio das guerras. Depois, sua cobrança estendeu-se aos próprios súditos como forma de participação no custeio das necessidades e obras públicas.

A tributação sempre foi, portanto, sem sombra de dúvidas, um instrumento utilizado pelos governantes para custear as despesas públicas e possibilitar aos estados atingir seus fins sociais. No exercício de sua soberania, o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal ou uma parcela desta (MACHADO, 2004, P.43).

No Brasil, o poder tributário é compartilhado entre União, estados-membros, Distrito Federal e municípios consoante disposições previstas na Constituição Federal, a qual atribui à lei complementar a função de conceituar tributo e suas espécies.

As limitações ao poder de tributar encontram-se inseridas no artigo 145, §1º e artigos 150 a 152 da Constituição Federal. Traduzem as competências e vedações claras da União, estados, Distrito Federal e municípios, definindo-lhes expressamente as prerrogativas e limites, além de garantir os direitos individuais dos contribuintes.

Atualmente, é pesada a crítica sobre a política tributária nacional, estando toda a sociedade, políticos, empresários, economistas, tributaristas e agentes econômicos e financeiros, nacionais e

internacionais, interessados na reforma tributária que tramita na Câmara dos Deputados, que tem como uma das mais importantes metas a unificação do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS), até 2007, em cinco alíquotas nacionais, em substituição às 44 atualmente existentes em 27 legislações estaduais diferentes. O objetivo maior é o fim da chamada “guerra fiscal”, pela qual os estados concedem benefícios fiscais fora do Conselho de Política Fazendária (CONFAZ) para atrair empresas e investimentos e acabam por gerar desequilíbrios prejudiciais às economias internas.

2.2. VISÃO HISTÓRICA E ATUAL SOBRE ELISÃO FISCAL

Se o Estado pode e deve instituir os impostos, que são necessários ao custeio das despesas públicas, exercendo a sua competência legal, observando os princípios e as limitações constitucionais, por outro lado, o contribuinte, como devedor da obrigação tributária, deve recolher o valor devido aos cofres públicos quando instaurado o vínculo obrigacional pela ocorrência do fato gerador, que configura o suporte fático da incidência tributária.

Sabe-se que o poder do Estado de instituir e fiscalizar não é absoluto, pois a própria Constituição Federal impõe aos agentes da Administração Tributária o respeito aos direitos e garantias individuais, conforme previsto no §1º do art. 145, onde encontra-se claramente expresso o princípio da capacidade contributiva.

Consagrado, também, é o princípio da legalidade – *nulum tributum sine lege* –, o qual protege o contribuinte na medida em que assegura que nenhum tributo poderá ser exigido ou aumentado sem que exista uma lei que o estabeleça.

O princípio da isonomia ou da igualdade tributária, previsto no art. 150, II da Carta Magna, evidencia que pessoas com a mesma capacidade econômica devem contribuir com a mesma parcela de sua riqueza para o rateio das despesas públicas. Essa participação enseja a prática da solidariedade social preconizada no art. 3º e seus incisos do texto constitucional.

Depreende-se, portanto, que além das garantias e dos direitos individuais, a Constituição abarcou os conceitos e valores típicos do Estado Democrático de Direito, que incluem a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

O contribuinte, ao exercer o direito de organizar livremente suas atividades econômicas, busca ajustar seus negócios para pagar menos imposto ou sofrer menor ônus. A isso se convencionou chamar elisão fiscal. Nessa busca, prevalece seu interesse pessoal. Se o fizer de forma lícita, não abusiva, limitado pelas condições legais e satisfazendo a obrigação tributária perante o Fisco, é entendimento majoritário da doutrina que nenhum ilícito foi cometido.

Greco (2002, p.18), em palestra proferida no Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, (Brasília/2001), afirmou:

A doutrina tributária brasileira se dedicou ao tema da elisão há alguns anos e construiu uma definição de elisão como sendo uma conduta lícita do contribuinte antes da ocorrência do fato gerador, que ele pratique sem que esteja revestida de nenhuma prática simulatória, com a qual ele obtenha uma menor carga tributável legalmente possível (GRECO, 2002, p.18).

Porém, se a ação do contribuinte resultar em redução, retardamento ou não pagamento do tributo, decorrentes de práticas ilícitas, está caracterizada a evasão fiscal.

Na mesma palestra, o renomado doutrinador informou que o tema da elisão fiscal tem, no mínimo, até onde pode pesquisar, 650 anos de vida, conforme informação contida em um texto integrante de um volume coordenado pelo Professor Adriano Di Pietro. Bártolo Salsoferrato (1310-1360) relatou que havia uma determinada comuna que tinha criado uma taxa pelo uso do solo onde se instalava a feira para a venda dos produtos e das peles de animais que tinham sido caçados. Determinados caçadores chegavam àquela praça local e, ao invés de colocarem as peças no chão, carregavam-nas nos braços, dizendo: “se não estou ocupando o terreno da praça do mercado, em termos atuais, não estou praticando fato gerador, estou evitando a sua ocorrência, portanto não devo pagar a taxa pelo uso da praça da comuna onde se realizava a feira”.

Portanto, essa é a primeira hipótese documentada de elisão fiscal há 650 anos. O interessante é que a conclusão de Bártolo foi de que a taxa era devida, porque, se aquele caçador tinha se dirigido à praça para vender a pele, havia a incidência, uma vez que a finalidade daquela exigência era atingir a mercancia daqueles determinados bens (GRECO, 2002, P.19-20).

No passado distante, e ainda hoje, vê-se que o tema elisão vem sendo abordado sob as seguintes óticas principais: ou o contribuinte usou uma lacuna do ordenamento jurídico (omissão do legislador quanto à determinada hipótese) ou utilizou um negócio jurídico diferente daquele considerado “típico” para o caso, com base em seu direito individual de realizar toda e qualquer operação lícita, apoiado na liberdade de contratar.

No cenário atual, de crescimento expressivo da população, necessidade de geração de emprego e de redistribuição de renda, de demanda por obras e serviços públicos, o que se mostra mais relevante na discussão sobre elisão é a visão e a concepção que se tem sobre a vida em sociedade, sobre o papel do Estado e o que cabe a cada um, cidadãos e contribuintes, construtores e aplicadores do Direito, fazer para que as desigualdades sociais e a miséria sejam minimizadas.

Os grandes desafios continuam presentes, mesmo com o passar dos anos. O contexto da economia de mercado e de livre concorrência tornou as empresas mais competitivas. E os objetivos dos empresários, de lucros melhores e custos menores, contrapõem-se aos interesses dos estados, que precisam, a cada dia, de mais receita para fazer frente às despesas e aos investimentos.

Além de uma realidade mais rica sob diversos aspectos, altamente complexa é a sociedade nesta fase pós-moderna, restando alargado o conceito da finalidade do Direito. Este não é mais entendido como instrumento utilizado para manter o equilíbrio das forças sociais, mas, também, para influir na realidade social, a serviço dos interesses da coletividade, mantendo o equilíbrio entre os interesses individual e coletivo, consagrados constitucionalmente.

Beviláqua (1977, p. 432-433), citado por Mendonça (s.d.), Juíza Federal de Belo Horizonte, assim escreveu:

O Direito destina-se a alcançar o bem geral, ao mesmo tempo que a satisfação dos interesses individuais; o abuso de direito, que é o exercício anti-social de um direito, gera a responsabilidade. Os direitos não são fins em si, porém meios de realizar um fim, que lhes é exterior. Por outros termos, os direitos não são absolutos quanto ao seu exercício, porém limitados pelo seu próprio fim. Abusar do direito é tomar o meio pelo fim, é exercê-lo de

forma contrária ao interesse geral e à noção de equidade tal como se apresenta, num dado momento da evolução jurídica. Abusar do direito é servir-se dele egoisticamente e não socialmente.”

Diante dessas considerações, verifica-se a necessidade de se analisar o tema (elisão) e as normas que o envolvem sem perder de vista a compatibilização de valores como liberdade, propriedade, segurança, com outros igualmente relevantes, como igualdade e solidariedade, lembrando que, ao exercer a interpretação da norma, o intérprete não é neutro em função do contexto no qual se insere, da experiência que carrega consigo, de suas convicções e, certamente, em razão do grau de subjetividade inerente à tarefa.

É fundamental realçar que a discussão sobre elisão fiscal também envolve valores como boa-fé, confiança e transparência dada à pluralidade de interesses em jogo. E que a figura do abuso de direito, inserida no Novo Código Civil, vem reforçar a tendência socializante do Direito, no sentido de se atender à função social dos direitos e não abrigar uma concepção absolutamente individualista.

Ressalte-se, ainda, que o Direito Tributário tem por objeto regular o relacionamento entre o Estado e o contribuinte, que se configura numa relação jurídica, preocupando-se com os efeitos tributários decorrentes dos atos ou negócios praticados pelos indivíduos na defesa dos interesses da coletividade.

3. RELACIONAMENTO FISCO E CONTRIBUINTE

3.1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Assim preceitua o art. 1º da Constituição Federal/88:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

O Brasil é, portanto, um Estado Democrático de Direito, que defende a legalidade, a anterioridade e um Estado democrático no sentido de mudar a realidade, de querer que prevaleça, também, o princípio da igualdade, da solidariedade e da capacidade contributiva.

Isto significa que, em nosso País, as normas são democráticas, as eleições livres, periódicas e pelo povo e há o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias individuais e à integral participação de todos e de cada um na vida política da Nação.

O artigo 37 da Constituição estabelece que a Administração Tributária deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A política tributária, a arrecadação e a fiscalização, portanto, não podem ser pautadas no interesse subjacente de arrecadar além do que for devido, além do previsto em lei.

Segundo Torres (2002a, p.377), no Brasil vai se firmando cada vez mais o Estado Subsidiário, que reflete um novo relacionamento entre o Estado e a sociedade, no qual a sociedade tem a primazia na solução de seus problemas.

A sociedade deve agir de tal forma transparente que no seu relacionamento com o Estado desapareça a opacidade dos segredos e da conduta abusiva fundada na prevalência da forma sobre o conteúdo dos negócios jurídicos. O Estado, por seu turno, deve revestir a sua atividade financeira da maior clareza e abertura, tanto na legislação instituidora de impostos, taxas, contribuições e empréstimos como na feitura do orçamento e no controle de sua execução (TORRES, 2002a, p.377).

3.2. O CONTEXTO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Em Direito Positivo, o grande desenvolvimento do Direito Tributário deu-se depois da Constituição de 1946, que consagrou, em seu artigo 202, o princípio da capacidade contributiva.

Obras clássicas como “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, de Baleeiro (1998), e “Compêndio de Legislação Tributária”, de Sousa (1975), trouxeram novo impulso aos estudos sobre o tema.

Passados 20 anos, em 1966, com fundamento na Emenda Constitucional nº 18 de 1º/12/65, foi sancionada a Lei nº 5172 de 25/10/66, que estabeleceu as normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, estados, Distrito Federal e municípios. Por meio do Código Tributário Nacional, consagrou-se a concepção objetiva de ciência sob a perspectiva de uma visão sistêmica da realidade, ainda que tradicional.

O debate que se travou entre 1965 até a Constituição de 1988 era o de que o Direito Tributário tinha como referência a forma e a técnica da incidência, reforçada por trabalhos doutrinários de diversos autores (ATALIBA, 1994; BECKER, 1972, *apud* GRECO, 2004; BORGES, 2002, dentre outros).

O CTN foi recepcionado pela Constituição de 1988, mas se mostra, ainda hoje, insuficiente, pois não regula alguns aspectos relevantes previstos no atual texto constitucional. Se se lembrar do contexto político existente à época de seu surgimento, vê-se que a defesa da solidariedade e da fraternidade não encontraria ambiente muito receptivo. Ainda que a Constituição tenha consagrado uma visão mais abrangente de valores, nosso ordenamento jurídico contempla o CTN como um conjunto de regras válidas, posto que regula, muito bem, os elementos estruturais da tributação, embora aquém da pluralidade de novas situações.

O objeto da presente pesquisa concentrou-se em um tema recentemente introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio do parágrafo único do art. 116 do CTN, via Lei Complementar nº 104/2001, que para uns, prestigia a legalidade e a tipicidade e para outros não.

Evidenciado o Estado pluriclasse, onde as mesmas pessoas se investem de várias condições, conforme as circunstâncias, e onde há uma interseção muito grande de interesses, não há dúvida de que impasses surgem a todo momento e valores são confrontados e defendidos. Importa encontrar uma solução, um ponto de equilíbrio, onde seja possível proteger legítimos interesses ligados à propriedade, sem perder de vista o princípio fundamental da ordem econômica da função social da propriedade: assegurar o

atendimento satisfatório da variável social e, ao mesmo tempo, viabilizar as atividades da fiscalização e arrecadação de tributos, sem perder o foco de uma tributação mais justa.

Compreende-se, então, porque é tão forte e acalorado o debate sobre certeza e segurança no Direito Tributário e sobre os efeitos práticos da norma antielisiva frente a tais princípios.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

4.1. EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS

Mister fazer referência à lição de Bandeira de Mello (2002, p.28) sobre o conceito de princípio:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p.28).

Sendo a relação de tributação uma relação jurídica e não simplesmente de poder, inegável e essencial é a existência de princípios pelos quais se rege. Pode-se listá-los como sendo: da legalidade (art. 150, I), da igualdade (art. 150, II), da irretroatividade (art. 150, III, “a”), da anterioridade (art. 150, III, “b”), da vedação do confisco (art. 150, IV) e da liberdade de tráfego (art. 150, V).

Tais princípios existem para promover os valores supremos da sociedade e são indispensáveis para se obter a segurança jurídica. A nossa Constituição alberga, assim, princípios jurídicos que são, por excelência, instrumentos que o cidadão tem para se proteger de arbítrio por parte do Estado. O conjunto de princípios e normas que disciplinam os balizamentos fixados pela própria Constituição para resguardar os valores por ela reputados como relevantes corresponde às chamadas limitações do poder de tributar.

Há, também, a previsão das imunidades e outras limitações, que se encontram sedimentadas nos artigos 150, VI, 151 e 152 da Constituição Federal (CF).

O princípio da capacidade contributiva, contido no art. 145, §1º da CF/88, está intrinsecamente ligado ao aspecto material do tributo, pois impede que o dever tributário imposto seja maior do que o conteúdo econômico materializado no fato gerador. É parâmetro para permitir a aferição da conexão razoável entre o fato gerador e o montante do dever tributário.

É limite máximo, pois ninguém pode, legitimamente, ser obrigado a recolher um tributo superior à sua capacidade econômica.

O princípio da igualdade encerra a idéia de que todos são iguais perante a lei e está dirigido ao aplicador da lei, na medida em que este não pode diferenciar as pessoas para submetê-las ou não ao mandamento legal. Por outro lado, isenções e reduções de base de cálculo decorrem do princípio da capacidade contributiva, que se entrelaça com o princípio da isonomia ou igualdade, exatamente para dispensar tratamento diferenciado ajustado àqueles que possuem menor expressão econômica.

Segundo Amaro (2004, p.110), há princípios como o da anterioridade e o da irretroatividade

que são como regras de precisão matemática; outros, como o da igualdade, o da capacidade contributiva e o da vedação do confisco não permitem que se identifique a sua exata dimensão. Torres (2002a) lembrou que há, ainda, princípios implícitos, como o da proteção da boa-fé. Registrou também que o princípio da certeza do direito de que decorre o da segurança jurídica desdobra-se em diversos enunciados e se enlaça com outros lineamentos do nosso sistema jurídico.

Pode haver conflito de princípios, que informam o nosso ordenamento jurídico, mas não pode prevalecer o conflito de normas. As normas, assim, se subordinam aos princípios e valores, criando direitos e obrigações de forma concreta. No tocante aos princípios, as tensões porventura existentes serão resolvidas pela ponderação dos valores que encerram e tutelam, pois agem no campo das idéias, no abstrato.

4.2. O TRIBUTO E OS CRITÉRIOS DE JUSTIÇA

Spagnol (2004, p.101-106), discorrendo sobre a justiça e os direitos, afirmou, citando Dworkin (1984); Lima (1983) e Rawls (1997), que a discussão sobre justiça e igualdade em Direito Tributário assume especial relevo em face das normas inerentes à tributação moderna consignadas constitucionalmente. Ainda segundo Spagnol (2004), Dworkin (1984) considerou que a justiça e a equidade descansam sobre a suposição de um direito natural de todos os homens e mulheres à igualdade de consideração e respeito como seres humanos. Para Lima (1983), o Direito deve corresponder a duas exigências fundamentais: justiça e segurança nas relações entre os homens. Acrescentou que Rawls (1997) trabalhou o ideal de justiça sob dois enfoques: o Direito deve garantir a igualdade entre os cidadãos em vista dos direitos políticos fundamentais e a distribuição de renda e bens, com o fito de viabilizar a igualdade de oportunidades entre os indivíduos.

Assim Spagnol (2004, p.101-106) expressou seu entendimento:

Em Direito, são os tributos o melhor caminho para instrumentalizar uma efetiva distribuição de riqueza, fundamental para garantia de uma igualdade de oportunidades de fato entre as pessoas (segundo princípio de justiça de Rawls). Para tanto, as distintas espécies tributárias deverão ser sistematizadas de acordo com critérios cumulativos e distributivos, a fim de que a atividade tributante, em geral, corresponda aos ideais de uma justiça una e absoluta (SPAGNOL, 2004, p.101-106).

O autor asseverou que o objetivo da tributação é o mero ressarcimento, pelo contribuinte, de serviços por ele utilizados ou postos à sua disposição ou resultantes de valorização do seu patrimônio. Fez alusão a Godói (1999, p.30) que, ao se debruçar sobre o tema, comentou a visão kelsiana sobre justiça e igualdade: “Kelsen reconhece que a justiça é a ‘eterna questão da humanidade’ e propõe que tal questão seja tratada de forma diferente daquela sugerida pelos jusnaturalistas.” Em sua obra, Godói (1999, p.30) afirmou que Kelsen derrubou diversas noções mistificadoras de justiça que procuram elevar determinados valores relativos como a propriedade privada, a liberdade individual e a segurança econômica à categoria de valores universais gravados na própria natureza humana, entretanto, ele não forneceu solução satisfatória em substituição às concepções tradicionais sobre justiça e igualdade.

Intenso é o debate. Constata-se que à luz dos valores e princípios constitucionais, basilares e norteadores de uma vida em sociedade num Estado Democrático de Direito, é imperioso refletir sobre a tributação, fiscalização e elisão num contexto ético e transparente para que a sociedade brasileira possa

avançar nessa discussão com o fito de ver no tributo sua qualidade principal, qual seja, o de ser o instrumento financeiro indispensável à realização da justiça tributária e, por conseguinte, da justiça social.

4.3. PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

O exame dos princípios constitucionais inicia-se por este – o da legalidade, porque diz respeito ao instrumento jurídico utilizado para criação ou aumento de tributos, que deverá ser sempre a lei. Esse elemento é, portanto, indispensável no campo tributário

Esse princípio encontra-se no art. 150, I da Constituição Federal de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (BRASIL, 1988).

É informado pelos ideais de justiça e de segurança jurídica e vai além de uma autorização legal para que o Estado possa instituir ou aumentar tributo, pois deverão ser conhecidos todos os aspectos relevantes a ele atinentes (fato gerador, sujeito passivo, base de cálculo, alíquota, etc.).

O CTN exprime o princípio da legalidade em seu artigo 97 e incisos. Esse princípio alcança todos os tributos: imposto, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, impostos extraordinários e contribuições para-fiscais e também aquelas a que alude o artigo 149 da Constituição Federal.

Carrazza (2003, p. 224) ensinou objetivamente que somente a lei no Direito Tributário Brasileiro pode disciplinar questões que giram em torno da criação, alteração e extinção de tributos e que ela é fonte de produção primária por excelência de norma tributária, abaixo apenas da Constituição Federal.

Xavier (2001, p. 17-19), ao tratar sobre o princípio da legalidade, afirmou que o mesmo não se limita à exigência de uma lei formal como fundamento da tributação. Para ele, é necessária uma “lei qualificada”. Essa qualificação pode ser designada como “reserva de lei”. Esse autor considerou a reserva absoluta de lei como a exigência constitucional de que a lei deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério de decisão do órgão de aplicação do direito no caso concreto. Afirmou, ainda, que o princípio da legalidade tem como corolário o princípio da tipicidade fechada, que exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação concreta .

Essa visão sobre o tema enfatiza o princípio da segurança jurídica e ressalta a proteção aos direitos de propriedade e de liberdade econômica que embasam o entendimento de que o contribuinte é livre para optar pelas condutas fiscalmente menos onerosas.

Coelho (2003, p.199-202) afirmou que o princípio da tipicidade é tema normativo, pois diz respeito ao conteúdo da lei. Ele defendeu que a tipicidade deve ser fechada exatamente para evitar que o administrador ou juiz interfira em sua modelação por via interpretativa. Se a lei for omissa ou obscura, não cabe ao administrador ou ao juiz integrá-la suprindo lacuna por analogia.

4.4. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva está previsto no art. 145, §1º da Constituição de 1988:

Art. 145. A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, 1988).

Atualmente, as normas constitucionais assumem o papel de instrumentos de viabilização da solidariedade no custeio do próprio Estado. Daí a capacidade contributiva ser guindada à condição de princípio geral do sistema tributário e conceber o dever de todos participarem do custeio das necessidades coletivas, na medida da revelação das suas respectivas riquezas. Para Greco (2004, p. 289), a capacidade contributiva não é exclusivamente fundamento da tributação; corresponde a um critério a ser seguido pela tributação para assegurar a participação do cidadão no custeio do Estado.

Na Constituição Federal, o princípio da capacidade contributiva, contido no art. 145, não está atrelado à idéia de despesa, mas assume relevância no contexto do art. 3º quando se refere à solidariedade social como contraponto da liberdade pura e de caráter individualista. É, portanto, elemento necessário para se conseguir uma sociedade justa.

O ICMS não se coaduna, necessariamente, a esse princípio, por ser um imposto indireto. Seu custo é repassado ao preço da mercadoria e quem o suporta é o adquirente da mercadoria ou usuário do serviço de transporte ou de telecomunicação e não o contribuinte (industrial, comerciante, transportador, gerador, etc.). Há, porém, situações na legislação tributária referentes a isenções, reduções de base de cálculo, crédito presumido, alíquotas diferenciadas e outras técnicas de tributação que se configuram instrumentos utilizados pelo legislador para reduzir a carga tributária de determinados produtos ou serviços de forma a onerar menos aqueles que terão que suportá-la.

Em face disso, torna-se relevante o atendimento ao princípio da seletividade, que tem por escopo favorecer os consumidores finais, que são os que, de fato, suportam a carga econômica (CARRAZZA, 2003, p. 85-87). Produtos de cesta básica e prestações de serviços essenciais devem ser desonerados ou tributados de forma reduzida a fim de se cumprir a diretriz constitucional que emana do §1º do artigo 145, combinado com o disposto no inciso III, do §2º do artigo 155, ambos da Carta Magna.

4.5. PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA, IGUALDADE E SOLIDARIEDADE

A igualdade de todos perante a lei encontra-se prevista no art. 5º da Constituição Federal, ecoa no art. 19, III e, no campo dos tributos, está inserida na disposição contida no inciso II do art. 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (BRASIL, 1988).

Esse princípio implica que, diante de uma determinada lei, toda e qualquer pessoa que se enquadra na hipótese descrita fica sujeita ao mandamento legal e encerra um entendimento clássico de que a igualdade consiste em tratar igualmente os desiguais.

Trata-se de uma garantia do indivíduo e não do Estado, pois aqueles que apresentam a mesma condição de participar do rateio das despesas públicas diante da existência da obrigação tributária devem contribuir com parcela igual da riqueza de cada um e exercitando a solidariedade social.

A atual Constituição apresenta, como já abordado, nítida preocupação com os princípios e objetivos da sociedade e não apenas com a estruturação do exercício do poder por parte do Estado. Assim, o princípio da igualdade, bem como o da capacidade contributiva, por exemplo, estão informados pelo princípio da solidariedade social. Daí concluir-se que as liberdades individuais não são absolutas.

4.6. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (HARMONIA ENTRE LIBERDADE FISCAL E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA)

O princípio da proporcionalidade tributária é o princípio harmonizador dos objetivos constitucionais previstos nos princípios da liberdade fiscal e da capacidade contributiva.

Tem em Pontes (2000, p. 34-43) um de seus defensores e estudiosos, que referenciou que o termo proporcionalidade contém uma noção de proporção, adequação e medida justa prudente e apropriada à necessidade exigida pelo caso presente. A noção de “justa medida” é nota marcante à construção do conteúdo material do princípio da proporcionalidade pela doutrina e jurisprudência ocidentais.

Esse princípio é de suma importância na medida em que em um Estado Democrático de Direito há, notadamente, uma supremacia das normas constitucionais. No entanto, importa estabelecer os parâmetros e os limites do relacionamento Estado-indivíduo ao lado do controle do poder pelos seus legítimos possuidores – o povo.

A proporcionalidade na tributação está na justa medida do tributo a ser exigido, nem tributo com efeito confiscatório, nem aquém da capacidade contributiva, mas como justa medida de um dever fundamental de solidariedade do cidadão.

Para Pontes (2000, p. 34-43), o exercício proporcional do poder político é uma exigência ontológica da forma democrática de Estado e constitui o arcabouço sobre o qual o mesmo se apóia. No

Direito brasileiro, é princípio implícito, haja vista a sua não consagração expressa no texto constitucional, mas é considerado como princípio pleno ou genérico, uma vez que vincula todos os agentes públicos.

Bonavides (1993, p. 396) acentuou que o princípio da proporcionalidade é Direito positivo no nosso ordenamento constitucional, pois:

... embora não haja sido formulado como uma 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (BONAVIDES, 1993, p. 396).

Numa sociedade de riscos, onde múltiplas são as obrigações do Estado diante de um elenco vastíssimo de direitos fundamentais e escassos os recursos públicos, e mais, onde é constante a busca da superação das ambivalências, o princípio da proporcionalidade surge como princípio regulador e harmonizador dos conflitos, na aplicação e na proteção dos direitos do homem e da dignidade humana.

5. ELISÃO E EVASÃO – ASPECTOS JURÍDICOS

5.1. DELIMITAÇÃO DAS FIGURAS

Nas discussões sobre evasão e elisão fiscal, a maioria dos doutrinadores cita os estudos relevantes de Dória (1977, p.21-45), destinados a distinguir as figuras. Para ele, evasão fiscal é toda ação ou omissão tendente a elidir, reduzir ou retardar o cumprimento de uma obrigação e elisão é toda ação tendente a minimizar ou adiar a ocorrência do fato gerador.

Derzi (2001, p. 212), defendendo o entendimento dominante sobre o tema, afirmou que:

A doutrina e a jurisprudência, de longa data, admitem, não obstante, a elisão fiscal, nome que designa todas as formas e meios lícitos, empregados pelo contribuinte para evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, reduzindo ou impedindo o surgimento do dever ou da obrigação tributária e diferenciando-se, radicalmente, da evasão ilícita (DERZI, 2001, p. 212).

Expôs a digna tributarista que a fraude, a simulação e a dissimulação, no campo do Direito Tributário, são formas ilícitas de evasão ou de sonegação fiscal, no entanto, a elisão fiscal deve ser tratada como instrumento inerente ao sistema capitalista de produção, extremamente competitivo e concentracionista, podendo ser configurada como um dever, do ponto de vista da empresa.

Batista Júnior (2002a, p. 29-31, 219), fazendo distinção entre elisão e evasão (simulação fiscal), referenciou:

No ordenamento jurídico brasileiro, na elisão, os meios são sempre lícitos, e a forma adotada pressupõe uma não verificação do fato gerador. Na simulação, por outro lado, esconde-se a ilicitude dos meios e o fato gerador ocorre efetivamente, mas vem desnaturado em sua exteriorização formal, através do artifício utilizado (BATISTA JÚNIOR, 2002a, p. 29-31, 219).

Esse autor abordou a elisão, onde encontrou que os negócios são fiscalmente menos onerosos, mas reais e verdadeiros. Mas, se por um lado, a elisão é lícita, por outro, ela pode ser antijurídica se os negócios jurídicos forem atentatórios, ou seja, atentarem contra as finalidades e o espírito do ordenamento jurídico tributário, se forem negócios praticados em fraude à lei. Assim expôs seu entendimento:

Dentro da diversificada gama de comportamentos empregados para minimizar o encargo tributário (negócios fiscalmente menos onerosos), podemos destacar, em primeiro lugar, negócios celebrados com o fim de enganosamente promover a “fuga de tributos”. Nesse caso, estaremos diante da figura da simulação fiscal. Em segundo lugar, por vezes, o contribuinte emprega negócios reais ou verdadeiros, não apresentando ao Fisco uma aparência enganosa que não corresponda à realidade. Nesses casos, um ato ou um conjunto de atos não simulados, correspondentes à vontade real, são praticados, obtendo-se um resultado econômico equivalente ao de outro ato ou conjunto de atos para os quais a lei tributária previu um regime fiscal mais oneroso. Estamos, aqui, na seara dos “negócios fiscalmente menos onerosos”, em elisão fiscal. [...] a Constituição traça e expressa o Princípio da Legalidade, como o da Capacidade Econômica, motivo pelo qual “negócios elisivos atentatórios”, mesmo legais, podem ser “antijurídicos”, por ofensa patente ao cerne de outros princípios reitores da tributação. Isto pode ser dito porque a Constituição ultrapassou o quadro estreito do mero positivismo legalista e vinculou a tributação brasileira a uma normatividade mais ampla e superior. Essa área de “tensão dialética” se dá exatamente em um zona griz – a faixa da elisão fiscal por lacunas -, onde, ou estamos perante a lícita e jurídica economia de opção (planejamento fiscal), ou estamos perante os negócios elisivos atentatórios (BATISTA JÚNIOR, 2002, P. 29-31, 219).

Muitos são os doutrinadores que distinguem os termos elisão e evasão em função da licitude ou ilicitude das práticas realizadas e, também, pela cronologia, isto é, em função do momento em que estas ocorrem: se antes ou depois de consumado o fato gerador. Se ocorrido o fato gerador, surge indubitavelmente o dever tributário.

O entendimento de Amaro (2004, p. 16, 110), fulcrado em estudos de Dória (1977, p. 21-45) e Martins (2002), é que o divisor de águas entre evasão e elisão parte realmente da consideração de que, no primeiro caso, o indivíduo utiliza meios ilícitos para fugir ao pagamento de tributo e, no segundo, meios lícitos. A diferença resulta tão somente da licitude ou ilicitude dos procedimentos adotados pelo contribuinte. O autor afirmou que não vê ilicitude na escolha de um caminho fiscalmente menos oneroso, ainda que a menor onerosidade seja o único motivo, e que é legítima a adoção propositada de forma jurídica lícita para esse fim

5.2. SIMULAÇÃO E DISSIMULAÇÃO

Para Xavier (2001, p. 52-53), a simulação é um caso de divergência entre a vontade (vontade real) e a declaração (vontade declarada), procedente de acordo entre o declarante e o declaratário e determinada pelo intuito de enganar terceiros.

A simulação fiscal seria, então, aquela que ocorre quando a finalidade consiste em prejudicar o Fisco, terceiro na operação. E pode-se dar quanto ao fato gerador, base de cálculo, ou qualquer outro elemento da obrigação tributária.

Amaro (2004, p. 226) esclareceu que diversas abordagens exegéticas procuram estabelecer critérios que possam segregar os comportamentos lícitos e os ilícitos adotados pelo contribuinte na busca da economia dos impostos. Se forem trilhas lícitas, procedeu-se à evasão lícita ou elisão. Ao contrário, se forem trilhas ilícitas, o indivíduo adotou roteiro ilegal. Diz-se, então, que praticou evasão ilegal.

O Ministro Alves (2002, p. 64), em palestra proferida no Seminário sobre Elisão Fiscal realizado em Brasília, em 2001, assim esclareceu:

O negócio jurídico simulado é aquele que cria uma aparência querida pelas partes. ... Na simulação absoluta, cria-se apenas uma aparência que não se destina a ocultar o negócio que realmente se deseja. ... Na simulação relativa, não. Nela tem-se um negócio jurídico simulado, que é aquele que cria a aparência, e tem-se um negócio jurídico dissimulado, que é aquele ocultado por essa aparência (ALVES, 2002, p. 64).

Explicando, tem-se que na simulação absoluta há simples aparência. Na simulação relativa, há um negócio jurídico que aparenta ser aquilo que não é, que é o negócio simulado; e há negócio jurídico dissimulado, aquele desejado (o real), mas oculto pelo negócio jurídico simulado.

Os requisitos para a simulação, no entendimento do Ministro, são três:

- 1- existir divergência entre a vontade interna e a vontade manifestada;
- 2- existir acordo simulatório entre as partes;
- 3- ter por objetivo enganar terceiros estranhos ao ato simulado.

Greco (2004, p. 242) lembrou que a simulação vem disciplinada no artigo 167 do Código Civil de 2002 como uma das hipóteses de invalidade do negócio jurídico. Segundo ele, na simulação, há um negócio aparente realizado entre as partes ao mesmo tempo em que há um negócio jurídico, este real e querido pelas partes, mas que não resulta visível. A intenção entre as partes é esconder o negócio fiscalmente menos oneroso. Nesses casos, o Fisco pode recusar-se a aceitar os efeitos tributários pretendidos pelo contribuinte, eis que o negócio é nulo por ser simulado, inexistente.

Por outro lado, quando ocorre a dissimulação, com a conseqüente possibilidade de também ser desconsiderado o ato pelo Fisco, há o pressuposto de que o fato gerador ocorreu, mas a forma aparente dada à operação não condiz com o fato efetivamente ocorrido, real, desejado pelas partes.

Em síntese apertada: na simulação, a realidade aparente mostra o que não é real e, na dissimulação, a realidade aparente oculta o real.

5.3. FIGURAS CORRELATAS: ABUSO DE FORMA, ABUSO DE DIREITO, FRAUDE À LEI, NEGÓCIO INDIRETO, NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

Os autores, de modo geral, aceitam que o indivíduo possa escolher, entre dois caminhos lícitos, aquele que fiscalmente seja o menos oneroso. Essa zona de atuação legítima baseia-se no pressuposto de que ninguém é obrigado, na condução de seus negócios, particulares ou da empresa, a escolher os caminhos que resultem em maior ônus. O problema é saber e definir se os meios são lícitos ou não sob a ótica fiscal.

O **abuso de forma** consiste, segundo Amaro (2004, p. 226), na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico onde, se fosse adotada a forma “normal”, teria tratamento tributário mais oneroso.

A invocação do abuso de direito leva à mesma reflexão. Se o direito for utilizado apenas e exclusivamente para pagar menos imposto, está-se diante de um abuso de direito, não oponível ao Fisco.

O **abuso de direito** caracteriza-se pelo exercício egoístico ou anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos voluntários ou intencionais, dolosos ou culposos, nocivos a outrem e contrário ao critério econômico e social do direito em geral, neste incluídas as normas éticas que coexistem em todo o sistema jurídico.

Como será visto, o Código Civil trata o abuso de direito em seu art. 187, enquadrando-o como ato ilícito e fraude à lei, prevista no art. 166, IV, que está entre as causas de nulidade dos atos jurídicos.

Uma questão relevante a se considerar no campo do Direito Tributário é que a admissão da figura do abuso de direito não desprestigia e nem reduz o alcance do princípio da legalidade, apenas impõe limites ao direito individual de organização dos próprios negócios.

Para Greco (2004, p. 166), importa ressaltar que, na questão do abuso de direito, não se nega a existência do direito, mas questiona-se o modo de seu exercício, posto que este pode exceder o perfil objetivo do direito a que se refere e implicar distorção não aceita pelo ordenamento positivo.

Neste ponto, enfatiza-se o entendimento de que o direito do indivíduo de auto-organizar-se não é absoluto, seu exercício comporta exame para aferir a configuração ou não do abuso, pois, considerado como ato ilícito, está instalada a violação de ordem jurídica e, em decorrência, ajuste perante a mesma.

Consoante ensinamentos de Batista Júnior (2002a, p. 52-60), pode-se ver que **fraude à lei** consiste na prática de se utilizar um tipo de negócio com o intuito de evitar as normas ditadas para regular outro negócio (aquele cuja regulação é a que corresponde ao resultado que se pretende conseguir fugir com a atividade posta em prática).

Assim preconizou o autor:

Enquanto no abuso de direito o particular se vale de um direito subjetivo e o utiliza causando um dano ou prejuízo a terceiro, na fraude lei, o que se verifica é um ataque ao direito objetivo, no qual não é indispensável o dano ou a sua prova (o dano que se verifica na fraude à lei fiscal, em última análise, é um dano indireto à sociedade, através de um ataque ao ordenamento jurídico tributário)- (BATISTA JÚNIOR, 2002, p. 254).

Para ele, ao se buscar a natureza jurídica dos “negócios jurídicos atentatórios” (elisão fiscal por lacunas), que devem ser combatidos pelo Fisco, estes podem ser tratados como atos ou negócios em fraude à lei fiscal. E, se ultrapassado o limite legal, não há que se falar em negócio jurídico em *fraudem legis*, mas em negócio jurídico *contra legem*.

Fraude à lei é desrespeitar o espírito da lei (*mens legis*), não necessariamente a sua letra ou palavra (*verba legis*). A letra da lei pode até ser respeitada, mas os fins desejados são contrários ao seu espírito. Na fraude à lei, busca-se contornar uma determinada norma imperativa mediante a utilização de outra norma. Nesse caso, o ordenamento reage aplicando a norma contornada.

No **negócio indireto**, as partes celebram-no para obterem um efeito prático equivalente àquele próprio de outro negócio, o qual não se quer celebrar. É mais uma figura admitida por grande parte da doutrina como forma lícita de elisão, desde que não se configure o abuso de direito.

Ao abordar o tema do negócio indireto como forma de elisão lícita, Greco (2004, p. 254) fez três observações:

- no negócio jurídico indireto há apenas um negócio, afastando-se, portanto, a hipótese de simulação;
- só há negócio indireto quando for utilizado negócio jurídico típico;
- a obtenção de um fim distinto só encontra espaço se não fraudar a lei.

O **negócio fiduciário** caracteriza-se pela transcendência do meio sobre o fim. Entre o fim visado pelas partes e o meio utilizado para alcançá-lo, não há congruência (GOMES, 1970, p. 382). Há uma desproporção entre o meio utilizado e o fim obtido e sua causa típica é a confiança do fiduciante no fiduciário. Em razão de um determinado fim, atribuem-se poderes mais amplos do que os aparentemente necessários para alcançá-lo.

No Brasil, a principal hipótese de utilização do negócio fiduciário diz respeito à alienação fiduciária em garantia, que pode abranger bens móveis ou imóveis. O Código Civil trata do tema em seus artigos 1361 a 1368.

Desde que não configure simulação, o negócio fiduciário encontra espaço para a sua utilização no campo tributário.

Alves (2002, p. 66) comentou:

O negócio jurídico fiduciário se apresenta no terreno da teoria do direito sob duas modalidades: uma é a do negócio jurídico fiduciário romano; a outra é a do negócio jurídico fiduciário germânico. No direito romano, havia a chamada fidúcia cum amico e a cum creditore. A fidúcia cum creditore era um meio de garantia que, ao que tudo indica, foi o mais primitivo desses meios. Hoje temos um instituto que não é propriamente a fidúcia romana, mas que de certa forma se inspirou nela e que é a alienação fiduciária em garantia, justamente para afastar o privilégio do fisco e dos créditos trabalhistas, tendo em vista a circunstância de que, transferindo-se a propriedade da coisa para o credor, todos os percalços que venha a sofrer o devedor com relação a débitos trabalhistas ou fiscais não poderão alcançar aquela coisa que está na propriedade do credor. Era preciso confiança, porque, sendo o credor proprietário pleno da coisa, poderia vendê-la a terceiro, e o devedor não poderia reaver deste a coisa, mas apenas perdas e danos. Portanto, o negócio jurídico fiduciário do tipo romano é aquele em que realmente há a fidúcia.

Já na chamada fidúcia germânica, não. Na fidúcia germânica, o que há é a transferência de propriedade sob condição resolutiva. No caso, por exemplo, de ser usada a título de garantia, a resolução resulta do pagamento da dívida. Conseqüentemente, não há fidúcia alguma, porque no momento em

que se verifica a condição resolutiva, que é o pagamento do débito, automaticamente o credor deixa de ser proprietário e o devedor volta a sê-lo. No negócio jurídico fiduciário, o que se tem não é uma divergência entre a causa, ou seja, a finalidade econômico-prática do negócio e o seu motivo, mas, sim, um descompasso entre o meio jurídico de que se usa (que foi criado para alcançar um fim muito mais amplo) e o fim a que se visa e que é muito menor do que aquele que é o do negócio jurídico utilizado. Transfere-se a propriedade para constituir-se uma garantia. É um negócio sério e realmente querido (ALVES, 2002, p. 66).

As figuras ora tratadas dizem respeito às formas (meios aparentes) como podem ser celebrados os negócios jurídicos que visem a ocultar aquilo que realmente desejam as partes, ou apenas o próprio indivíduo, na prática de seus atos administrativos de gestão. São vias indiretas para alcançar os fins intentados. O que verdadeiramente importa no exame dos casos concretos é verificarem-se a causa e o motivo do negócio jurídico.

A causa é a finalidade econômico-prática a que visa a lei instituidora do tributo. A causa é, portanto, objetiva e traduz o esquema que a lei adota para determinada figura típica, como a compra e venda, a locação. Já o motivo é de ordem subjetiva das partes que utilizam um determinado negócio jurídico. Sendo a causa diversa do motivo, sempre haverá espaço para o Fisco verificar a verdadeira intenção e a efetiva subsunção do fato à norma.

A questão fundamental consiste em saber se os efeitos jurídicos pretendidos pelo contribuinte são ou não oponíveis ao Fisco, ou seja, se são ou não aceitáveis seus efeitos, pois, ainda que elisivos, podem vir a propiciar ao contribuinte uma vantagem indevida se praticados com o propósito claro de evitar a aplicação da norma tributária.

As normas antielisivas configuram-se como um efetivo instrumento do Fisco para: conter possíveis manobras por parte de contribuintes que desejam burlar o espírito da lei; sujeitar as formas negociais por eles escolhidas à requalificação devida, buscando, com isto, garantir os recursos financeiros legítimos e necessários ao atendimento dos gastos públicos; contribuir para a efetivação da justiça tributária.

6. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

Retratam-se, aqui, algumas experiências internacionais sobre normas antielisivas, noções utilizadas em alguns países e que têm sido objeto de análise e estudo no Brasil como forma de buscar conceitos úteis ao exame e ao constante debate sobre o tema em questão.

Itália: o art. 7º do Decreto Legislativo nº 358 de 8 de outubro de 1997 inseriu no Decreto do Presidente da República (DPR) nº 600, de 1973, um art. 37-bis, que assim estabeleceu:

Art. 37-bis (disposições antielisivas)

1. São inoponíveis à administração financeira os atos, fatos e negócios, mesmo reunidos, desprovidos de válidas razões econômicas, que visem a contornar obrigações ou proibições previstas no ordenamento tributário e a obter reduções de impostos ou reembolsos, de outro modo indevidos.

2. A administração financeira desconhece as vantagens tributárias obtidas

mediante os atos, fatos e negócios previstos no n. 1, aplicando os impostos cabíveis de acordo com as disposições eludidas, líquido dos impostos devidos por força do comportamento inoponível à administração. (GRECO, 2004, p.330-332)

Verifica-se que a lei italiana não qualifica os atos como ilícitos, mas, sim, inoponíveis ao Fisco, ou seja, não está a autoridade fiscal vinculada a aceitar os efeitos tributários que deles decorrem. Existe naquele país um comitê consultivo para pronunciar-se previamente sobre o enquadramento de operações que lhe forem submetidas pelos contribuintes (“Comitato Consultivo per l’applicazione delle norme antielusive”) - (GRECO, 2004, p. 332).

Estados Unidos: um dos pontos de debate sobre elisão naquele País apóia-se na idéia do “business purpose”, ou seja, propósito comercial.

Segundo Rolim (2001, p. 157-166), a doutrina da substância sobre a forma foi introduzida nos Estados Unidos da América (EUA) através do caso “Gregory v. Helvering”, argüido em dezembro de 1934 e decidido em janeiro de 1935. Nele, a Suprema Corte dos EUA reconheceu o direito do contribuinte de planejar seus negócios de forma que os tributos pudessem ser os menores possíveis e que não houvesse qualquer obrigação (nenhum dever patriótico) de escolher o modelo que melhor pagasse o Tesouro. Considerou-se a transação como um mero artifício formal para mascarar uma “reorganização”. Após esse “leading case”, o Judiciário passou a ter um instrumento amplo para recusar a validade para fins fiscais de transações sem substância econômica real, embora amparada nos termos formais da legislação, ora extraíndo dele uma regra explícita contra transações simuladas, aparentes ou artificiais (“sham transactions”), ora como fonte da doutrina da intenção comercial (“business porpouse”).

A experiência recente dos Estados Unidos revelou que os assessores e/ou consultores tributários devem fornecer ao Fisco o rol de modelos de planejamento que sugeriram aos seus clientes, bem como o rol dos clientes que os adotaram, privilegiando a informação quanto à existência e à dimensão das práticas elisivas.

Inglaterra: apresenta algumas “idéias-chave: a primeira é a da “fairness“, onde o contribuinte tem de agir com lisura de comportamento, ou seja, o contribuinte, assim como o administrador, tem um comportamento de eticidade na conduta que não se compadece com a idéia de esperteza. A segunda idéia importante é a de “step transaction”, ou seja, quando houver um plano prévio para a realização de um conjunto de operações encadeadas que visam a obter um determinado resultado em que cada uma delas só tem sentido como decorrência da anterior e como produtora do pressuposto da subsequente, estas devem ser interpretadas no seu conjunto e pelos efeitos que acarretam no seu todo, e não isoladamente (GRECO, 2004, p. 334).

Alemanha: na Alemanha existe a previsão do abuso de formas jurídicas, no §42 da Lei Tributária, que assim prevê: “§42. A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada.”(GRECO, 2004, p. 35-336).

Espanha: a experiência espanhola passa por duas fases. Na primeira, sua Lei Geral Tributária (LGT) de 1963 continha a definição das figuras da fraude à lei, simulação e abuso de formas em matéria tributária. Muito debate se instaurou, especialmente sobre o tema da fraude à lei, o que levou à alteração da Lei Geral Tributária (pela Lei n/ 58, de 17 de dezembro de 2003) e ao redesenho de vários conceitos, inclusive a substituição do conceito de fraude à lei pelo conceito de “conflito na aplicação da norma tributária” (GRECO, 2004, p. 337).

A redação atual do art. 14 da LGT espanhola proíbe o uso da analogia e a simulação está retratada no art. 15, no qual está prevista a declaração do conflito de aplicação de norma pela Administração Tributária mediante a atuação prévia de uma Comissão formada por três agentes públicos (art. 159 da lei).

França: na França, o art. 1741 do “Code Général des Impôts” criou sanções para quem voluntariamente dissimule uma parte das somas sujeitas ao imposto (“volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l’impôt”). O art. 64 do Livro dos Procedimentos Fiscais (“Livre des Procédures Fiscales”) cuida da repressão ao abuso de direito (“répression des abus de droit”) ao prever que não podem ser opostos à administração dos impostos os atos que dissimulam o alcance verdadeiro de um contrato ou uma convenção (“qui dissimulent la portée véritable d’un contrat ou d’une convention”); a Administração tem direito de restituir o seu verdadeiro caráter à operação litigiosa (“l’Administration est en droit de restituer son véritable caractère à l’opération litigieuse”) – (TORRES, 2002a, p. 392).

Dois fatos merecem destaque na lei francesa: a utilização do conceito de abuso de direito e a existência de um comitê consultivo para examinar o tema, formado por representante da jurisdição administrativa, um da jurisdição judicial, um professor de Faculdade de Direito e um Diretor Geral de Impostos (GRECO, 2004, p. 340).

Portugal: o art. 38, n.º 2, da Lei Geral Tributária portuguesa, introduzido pela Lei 100 de 26/7/99, anteriormente estabelecia:

2. São ineficazes os atos ou negócios jurídicos quando se demonstre que foram realizados com o único ou principal objetivo de redução ou eliminação dos impostos que seriam devidos em virtude de atos ou negócios jurídicos de resultado equivalente, caso em que a tributação recai sobre estes últimos (GRECO, 2004, p. 340-341).

Para alguns estudiosos, a cláusula geral antiabuso que se apóia na noção de resultado econômico pode ser vista como uma consagração da interpretação econômica. Hoje, após a alteração do dispositivo citado pelo Decreto n.º 50/VIII de 21 de dezembro de 2000, o texto se apresenta com a seguinte redação:

3. São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não produzindo as vantagens fiscais referidas (GRECO, 2004, p. 341).

Nota-se que o texto contém conceitos de relevância no debate sobre elisão.

Argentina: naquele País, a norma antielisiva consagra a interpretação econômica no Direito Tributário, da época de Enno Becker, jurista alemão. O artigo 12 da Lei Nacional n.º 11.683 assim estabeleceu:

Em la interpretación de las disposiciones de esta ley e o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su

significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.

Jarach (1969), citado por Greco (2004), transcreveu o texto dessa lei em sua obra sobre Direito Tributário. Esse festejado tributarista argentino sempre defendeu a teoria do significado econômico:

Somente a intentio facti, ou seja, a relação econômica, da qual resulta a capacidade contributiva, é relevante para o nascimento da obrigação tributária. O próprio problema autônomo do Direito Tributário está incidivelmente ligado à teoria do significado econômico, pois o Direito Tributário não elege como pressuposto da obrigação um negócio jurídico, mas a relação econômica que dele resulta e, assim sendo, “relevante para o direito tributário não é a intentio júris, mas somente a intentio facti” (JARACH, 1969) – (DENARI, 1990, p. 15-18)

Os países, de modo geral, vêm criando suas leis antielisivas como medida de reação ao impacto da globalização, da força e influência dos grandes grupos econômicos e da crescente onda de planejamentos tributários, que conta com a falta de condições de infra-estrutura do Poder Público para responder à rápida evolução tecnológica e à diversificação de formas adotadas para a realização dos negócios jurídicos.

Todo esse contexto desafiador exige a criação, adaptação e aperfeiçoamento de normas antielisivas tributárias, bem como o seu estudo e interpretação pela doutrina e a aplicação pelo Poder Judiciário dentro da melhor visão que o Direito possa conter, a fim de que este venha a cumprir sua função social, influenciando nessa realidade ambivalente como instrumento a serviço dos interesses da coletividade.

7. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DIREITO TRIBUTÁRIO

7.1. MEIOS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Interpretar a norma jurídica consiste em identificar seu sentido e alcance. Trata-se de uma ciência chamada hermenêutica.

Para que uma lei possa ser aplicada, necessariamente ela precisa ser interpretada para decidir-se sobre sua utilização no caso concreto. Tal procedimento pode ser fácil diante da clareza do termo ou do conhecimento anterior sobre as figuras e institutos envolvidos ou não, seja pela obscuridade, amplitude ou dúvida quanto aos termos nela contidos, pesando, nesses casos, a sua reduzida aplicação, seja por introduzir inovações no ordenamento jurídico posto.

No Direito Tributário, a rigor, devem ser seguidas as disposições do CTN em seu artigo 107 e seguintes e a sua submissão ao conjunto de métodos interpretativos fornecidos pela teoria da interpretação jurídica.

Não se deve esquecer que o artigo 98 do CTN encerra, também, critério para interpretação de normas tributárias no que tange à eficácia e à influência dos tratados e convenções internacionais.

O intérprete deve partir do exame do texto legal, perquirindo o sentido das palavras utilizadas pelo legislador (interpretação literal ou gramatical); deve procurar dar à norma um sentido lógico (interpretação lógica); deve buscar a sua harmonia com o sistema normativo no qual está inserida (interpretação sistêmica), sem perder de vista a análise do momento histórico em que foi criada (interpretação

histórica) e sem descurar das finalidades a que a lei visa alcançar (interpretação finalística ou teleológica). – (AMARO, 2004, p. 204).

7.2. MEIOS DE INTEGRAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional brasileiro editou preceito sobre a **integração** da legislação tributária ao dispor, em seu artigo 108, que na ausência de legislação expressa (teoria das lacunas), a autoridade competente utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: a analogia, os princípios gerais de direito tributário, os princípios gerais de direito público e a equidade.

7.3. AS CORRENTES TEÓRICAS BÁSICAS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

A interpretação do Direito Tributário se faz a partir das posições firmadas no campo da teoria geral da interpretação:

- a jurisprudência dos conceitos – que projetou para o campo fiscal a interpretação formalista e conceptualista;
- a jurisprudência dos interesses, que se transformou na chamada interpretação econômica do fato gerador;
- a jurisprudência dos valores, que nas últimas décadas passou a prevalecer em todas as nações cultas, privilegiando os princípios éticos e jurídicos vinculados à liberdade, segurança e justiça (TORRES, 2002^a, p. 373-375).

Comentando sucintamente cada uma delas, Torres (2002^a) afirmou que a jurisprudência dos conceitos defende as teses do primado do Direito Civil sobre o Direito Tributário, da legalidade estrita, da ajuridicidade da capacidade contributiva, da superioridade do papel do legislador, da autonomia da vontade e do caráter absoluto da propriedade. Historicamente, teve a sua prevalência no Estado Liberal.

Grandes nomes brasileiros sobre ela escreveram, como Dória (1977) e Canto (1979).

A jurisprudência dos interesses (interpretação econômica) apóia-se na “consideração econômica do fato gerador” prevista no Código Tributário Alemão de 1919 e tem como teses principais: a autonomia do Direito Tributário frente ao Direito Privado; a possibilidade de aplicação da analogia; a preeminência da capacidade contributiva; a função criadora do juiz; a intervenção sobre a propriedade; e a regulamentação da vontade. Corresponde, em termos históricos, ao período do Estado Social.

Seus grandes representantes: Becker (1924 *apud* GRECO, 2004), na Alemanha; Jarach (1969), na Argentina; e Falcão (1994), no Brasil.

A jurisprudência dos valores (interpretação valorativa) tornou-se influente a partir da década de 70, pela enorme contribuição das obras de Larenz (1985) – “Methodenlehre der Rechtswissenschaft” (Berlim) e Rawls (1997) – “Theory of Justice” (Cambridge), que trouxeram um novo paradigma na Teoria Geral do Direito, na teoria da justiça e na teoria dos direitos humanos. Encontrou campo fértil no momento de afirmação do Estado Democrático de Direito. Tem tido dificuldades, contudo, para penetrar no Direito brasileiro, posto que este se mostra fulcrado num positivismo formalista diverso do pensamento dominante do mundo ocidental.

7.4. Aspectos relevantes no tocante à elisão fiscal

Grandes são os desafios à interpretação das normas tributárias antielisivas. O maior deles é encontrar uma fórmula teórica que satisfatoriamente indique seu perfil, seja para detectar as condutas do contribuinte que nelas devem ser enquadradas ou as conseqüências que advêm de seu enquadramento.

Alguns pontos são relevantes nessa análise:

- a elisão fiscal extrapola as fronteiras dos países em razão da globalização (multinacionais com agências, filiais e sucursais espalhadas em todo o globo), formação de grandes grupos econômicos por meio de fusões, cisões e incorporações;
- as práticas adotadas na celebração dos negócios jurídicos, ainda que lícitas na visão do contribuinte, podem vir a não ser aceitas pelo Fisco, ou seja, operações elisivas podem ser consideradas como práticas de evasão;
- a não previsibilidade quanto às possíveis interpretações, tanto pelo Fisco quanto pelos Juízes, dos conceitos e princípios constitucionais de legalidade, tipicidade e capacidade contributiva no exame dos casos concretos gera instabilidade e insegurança na relação Estado e indivíduo;
- a aceitação da elisão por lacunas poderia dar maior segurança ao contribuinte, mas desconhece-se até que ponto a autoridade administrativa ou judicial convive com elas e as admite;
- o abuso de direito enseja análise subjetiva, na medida em que o intérprete pode sopesar a situação fática dando maior ou menor importância a elementos como: o volume do negócio, a habitualidade de sua prática, valores éticos e de justiça e até mesmo o momento histórico;
- encontrar o limite razoável e aceitável entre o interesse específico do contribuinte, expresso por meio de práticas elisivas, na busca do menor ônus tributário possível, e o interesse do Estado, consistente no direito de arrecadar o que é devido, observando os princípios da isonomia e capacidade contributiva.

8. A LEI ANTIELISIVA BRASILEIRA – LEI COMPLEMENTAR n° 104/2001

Como comentado, a Lei Complementar (LC) n° 104 de 10 de dezembro de 2001 introduziu o parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional e, com tal alteração, provocou amplo debate entre representantes do Fisco, doutrinadores e juristas sobre o tema elisão fiscal.

Muitas obras e artigos vêm sendo escritos desde então, ecoando entre a maioria dos doutrinadores as concepções há muito defendidas por Dória (1977, p. 21-45); Malerbi (1984, p. 81); Xavier (1982, p. 16-17), que distinguiram evasão e elisão em razão das formas utilizadas para a celebração dos negócios jurídicos menos onerosos serem ilícitas ou lícitas, respectivamente, e também em razão do aspecto temporal, ou seja, se foi evitado o fato gerador da obrigação tributária. Essa corrente privilegia os princípios da legalidade (tipicidade fechada) e da liberdade individual para justificar a sua interpretação.

Esses autores entendem que a esfera da liberdade individual de procurar economia tributária decorre de um espaço de livre tributação e ressaltaram o caráter constitucional de tal liberdade.

Xavier (2001) e Martins (*apud* ROCHA, 2002, p. 123) afirmaram, respectivamente, que o parágrafo único do artigo 116 do CTN, introduzido pela Lei Complementar 104/01, é incompatível com o Estado de Direito, pois legitima o abuso do poder de tributar, além de ser incompatível a lógica entre

tipicidade e analogia e de ferir frontalmente o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, que é cláusula pétrea.

Uma visão mais moderna sobre o tema vem se firmando por meio dos ensinamentos de Greco (2004) e Torres (2002a), que entendem ser necessário encontrar um equilíbrio entre a aplicação dos princípios constitucionais – legalidade, igualdade e solidariedade - em razão da diversidade de negócios e formas de celebração na presente economia globalizada e do atual contexto de uma sociedade de riscos, onde não há espaço para certeza e estabilidades absolutas e onde valores como confiança, boa-fé e transparência são essenciais para o equilíbrio de interesses opostos.

A norma antielisiva brasileira deve ser vista como um instrumento a ser utilizado pelo Fisco no exercício da Administração Tributária para aferir os limites da liberdade negocial dos indivíduos, que podem celebrar livremente seus negócios, desde que não haja abuso de direito e fraude à lei imperativa, ou melhor, desde que não haja a prevalência da forma sobre o conteúdo.

8.1. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 116 DO CTN

8.1.1. ASPECTOS SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE

Deve-se analisar o dispositivo sob os aspectos formal e material:

Art. 116 – Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos na lei ordinária (FRANCO e CARRAZZA, 2004).

A Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alíneas *a* e *b*, outorgou poderes à União para editar lei complementar sobre matéria tributária, que versa sobre normas gerais, definição de tributos e suas espécies, fatos geradores, bases de cálculo, contribuintes, obrigações, crédito, prescrição e decadência. Assim, sob o aspecto formal não cabem arguições de inconstitucionalidade.

Mais debates sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo surgem no tocante ao seu aspecto material. Porém, a despeito do entendimento dos dignos doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da norma considerada antielisiva, acredita-se não lhes assistir razão, pelos motivos que se seguem.

Encontra-se em Martins (*apud* ROCHA, 2002, p. 119-128) uma crítica feroz ao dispositivo:

O artigo 116, portanto, vem ferir frontalmente o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que é cláusula pétrea [...] o dispositivo despoja o Congresso Nacional do poder de produzir a lei tributária e transforma o

agente fiscal em verdadeiro legislador. Afeta, o artigo 116, uma outra cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso II), que é a separação dos poderes, pois autoriza o representante do Fisco a deixar de aplicar a lei ao fato a que se destina e a escolher, no arsenal de dispositivos legais, aquele que resulte mais oneroso, a partir de presunção de que o contribuinte pretendeu utilizar-se da “lei” para pagar menos tributos (MARTINS apud ROCHA, 2002, p. 119-128).

No mesmo sentido, Machado (*apud* ROCHA, 2002, p. 105-116) asseverou que a norma albergada pelo parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104 de 10.01.2001, parece um simples alargamento dos poderes da administração em matéria tributária e, sendo assim, é flagrante a sua inconstitucionalidade.

Também Xavier (2001, p. 111-149) entende que a norma é inconstitucional por várias razões, entre elas: a cláusula geral antielisiva é permissiva quanto à aplicação da analogia e é, medularmente, incompatível com os princípios da legalidade e da tipicidade de tributação.

O Professor Borges (2002, p. 219), em palestra proferida no Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal (Brasília/2001), tratando especificamente sobre as normas de direito positivo constitucional e infraconstitucional pertinentes à questão da elisão fiscal, tal como disciplinada no art. 116 do CTN, afirmou que o mesmo nada tem de inconstitucional em razão do que dispõe o art. 146 III da Constituição. Avançando em suas considerações, disse que a faculdade dada ao agente do Fisco, desde que observadas as cautelas ligadas ao sistema arquetípico constitucional, já estaria implicitamente prevista no sistema.

Batista Júnior (2002b), Procurador da Secretaria de Fazenda/MG, comentando as palavras do Professor Borges (2002, p. 219) no citado evento, afirmou que a LC nº 104/01 é norma antielisão que consagra uma tendência universal de busca de justiça fiscal e de submissão da destreza maliciosa à justiça e à igualdade. E que, por certo,

a interpretação do dispositivo antielisão só poderia conduzir a um entendimento que contemplasse esse desiderato da norma e da constituição e não uma compreensão aprisionada por vírgulas do texto frio. O dispositivo possibilita o afastamento, em suma, da antijuridicidade traduzida pela ofensa ao cerne do princípio da capacidade contributiva e da função social da empresa. A lei não é um fim em si mesmo, mas ela é um instrumento fundamental (BATISTA JÚNIOR, 2002b).

Igualmente, Greco (2004, p. 406) posicionou-se pela inexistência de inconstitucionalidade material do dispositivo. Para ele, o dispositivo não agride, antes privilegia a legalidade e a tipicidade e não consagra a interpretação econômica.

Discorrendo sobre a constitucionalidade da norma antielisiva brasileira e o contexto da globalização, onde as empresas multinacionais se aglutinam, se unem e trabalham numa perspectiva mundial, provocando o fortalecimento do capital frente ao enfraquecimento da Fazenda Pública, Torres (2002b, p. 199-202) alertou para a necessidade de se adotarem alguns princípios jurídicos novos nas relações entre o Estado e o contribuinte e nas relações jurídicas entre os homens, a fim de que haja mais transparência, ausência de subterfúgios, de fingimentos e de ocultações de intenções verdadeiras e, pelo lado do Estado, responsabilidade fiscal e regras de combate à corrupção.

O princípio da transparência, segundo ele, na atual situação de sociedade de riscos, pode minimizar os efeitos negativos da autonomia incontrolável da vontade e da manipulação da legislação tributária e potencializar o surgimento de normas importantes como as antielisas e anti-sigilo bancário.

8.1.2. A NORMA ANTELISÃO – OBJETO, ALCANCE E LIMITES

Para verificar-se o alcance do comando da norma, considerem-se seus elementos estruturantes, uma vez já abordados os outros aspectos iniciais. Importa ressaltar que suas disposições não se confundem com as hipóteses previstas no artigo 149 do CTN, que trata da revisão do lançamento de ofício:

a) Autoridade administrativa: poderá desconsiderar os atos ou negócios jurídicos praticados. Cabe à autoridade da Administração Fazendária, incumbida do lançamento e sobre quem recai o ônus da prova, praticar esse ato de desconsideração. Entretanto, esse entendimento não encontra aprovação por parte de alguns doutrinadores, sob o argumento de que, por estarem envolvidos princípios constitucionais opostos, de um lado o da capacidade contributiva e de outro o de liberdade contratual, deveria haver a atuação de um terceiro, independente e neutro, para verificar o cumprimento da lei pelo contribuinte (GRECO, 2004, p. 438-440).

A discussão adentra para questões como se ter uma entidade ou um órgão colegiado, sendo esta última forma mais defendida, desde que sua composição seja feita por representantes da sociedade civil, de entidades de classes, representantes de universidades, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), etc.

Como bem esclareceu Batista Júnior (2002b), a norma é um instrumento fundamental para o Fisco e em nenhum momento ofende o princípio da legalidade (tipicidade), pois este não abriga intuítos fraudulentos. Ela oferece o critério de decisão frente a lacunas legais e em situações de desarrazoada injustiça e desigualdade ou ofensa aos princípios constitucionais tributários, pois entende que tanto a capacidade econômica não pode ser invocada para, como critério autônomo, desvalorizar a garantia dos particulares, como o legalismo estéril, essa absolutização da tipicidade, esse garantismo isolado, não pode proteger a malícia em descaso para o bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2002, p. 227).

Interessante registrar o inconformismo de Xavier (2001, p. 155-156) com a possibilidade do Fisco brasileiro que, segundo ele, já é legislador diante da constante edição de medidas provisórias, as quais têm se dado de forma desproporcional e desarrazoável, com poderes “extravagantes” para alargar as situações não previstas nos tipos tributários com o fundamento de pretensão abuso de direito baseado em “psíquicas motivações individuais”.

b) Poder de desconsiderar: essa desconsideração operada significa requalificação do ato ou negócio jurídico dentro da forma jurídica diferente da praticada pelo contribuinte, que deverá ter sido abusiva (negócios atentatórios em fraude à lei ou com abuso de direito).

Nesse ponto, ousa-se divergir dos ilustres doutrinadores Greco (2004) e Derzi (2001), quando afirmaram que a norma não coíbe a elisão ou o planejamento tributário, mas tão somente a evasão ilícita.

Trata-se de uma norma antielisiviva para coibir os negócios elisivos atentatórios, que devem ser analisados além do quadro estreito do positivismo legalista, porque, segundo Batista Júnior (2002b), cujo pronunciamento entende-se correto:

a Lei Complementar 104 buscou criar uma cláusula geral antielisão e firmou esse propósito expressamente na exposição de motivos. Afinal, norma antielisão coloca no ordenamento jurídico um dispositivo que visa a combater a fraude à lei latu sensu, porque a fraude à lei stricto sensu não exigiria nenhuma cláusula antielisão. Da mesma forma, o dispositivo não se destina a afastar nenhum ato contra legem, em especial porque na evasão já tem no CTN e no ordenamento civil todos os mecanismos para o seu afastamento. De mais a mais, esse dispositivo consagra uma tendência universal de busca de justiça fiscal e de submissão da destreza maliciosa à justiça e à igualdade (BATISTA JÚNIOR, 2002b, p. 226).

O questionado dispositivo não revoga o princípio da reserva legal, não autoriza a consideração econômica no lugar da consideração jurídica, mas permite à autoridade fiscal, ao identificar a desconformidade entre os atos ou negócios efetivamente praticados e os atos ou negócios retratados formalmente, desconsiderar a aparência em prol da realidade (AMARO, 2004).

c) Atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária: Torres (2002^a, p. 392), ao tratar sobre dissimulação, disse que a mesma deve ser tomada em dois sentidos: como mecanismo da simulação, como sempre fizeram os juristas de índole formalista, ou como ingrediente da elisão, que é a linha do modelo francês (já abordado), de não aceitação do abuso de direito, ou seja, de não poderem ser opostos à administração os atos que dissimulem a verdadeira compreensão de um contrato e de se facultar àquela o poder de requalificar os atos.

O presente trabalho está de acordo com o seu entendimento de que a cláusula antielisiva em comento opera no plano abstrato da definição de fato gerador e dos elementos constitutivos da obrigação tributária, visando impedir a sua dissimulação. Na realidade, o fato gerador ocorrido é que deve ser desconsiderado, ou seja, o negócio real materializado ocorreu e a dissimulação não é com relação a esse fato gerador, mas com o outro que está previsto na norma, na definição clara da hipótese de incidência.

O contribuinte não pode manipular, ou seja, praticar um ato lícito que não atenda a finalidade da lei, ainda que lícito, porque estaria indo contra o espírito da lei. Se a *mens legis* ou *sententia legis* aponta para outra finalidade, outro sentido, ela deverá ser observada pelo contribuinte e não desvirtuada.

Dissimular pode ser sinônimo de simular; mas, também pode significar, segundo Ferreira (1986), não dar a perceber, calar; não revelar seus sentimentos, ter reserva; ocultar ou encobrir; afetar com artifício; fingir; esconder-se, ocultar-se.

O CTN contempla a figura da simulação nos artigos 149, VII, 150, §4º, parágrafo único e 155, I., o que indica que, ao prever, no parágrafo único do artigo 116 a hipótese de dissimulação, está fazendo em sentido diverso daquele (GRECO, 2004, p. 414-415).

Não se pode olvidar o sentido ético que permeia a aplicação de medidas que visam a neutralizar as figuras do abuso de direito e da fraude à lei. A moralidade, a ética, a transparência, a confiança e a boa-fé são valores imprescindíveis nas relações entre seres humanos e não menos importantes nas relações entre Estado e contribuinte.

d) Observados os procedimentos a serem previstos em lei ordinária: pela leitura desse trecho do dispositivo, depreende-se que se trata de norma de eficácia contida a depender de normas federais, estaduais e municipais, de caráter procedimental, para que possa ser aplicado, cabendo aquelas operarem no âmbito do processo administrativo fiscal respectivo de cada esfera de governo.

Ver-se-á, a seguir, como a legislação tributária do estado de Minas Gerais incorporou as disposições da Lei Complementar.

8.2. JURISPRUDÊNCIA

Alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal acolheram as figuras de abuso de direito e fraude à lei. Tais decisões surgiram em vários campos do direito: Cível, Comercial, Trabalhista e até Tributário.

A base comum é a inexistência de um direito absoluto e a incompatibilidade do abuso de direito e da fraude com valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Ressalta-se que o tema – abuso de direito – vem atrelado a um princípio ético-jurídico subjacente que trata da probidade de conduta, eis que, no caso a seguir, a matéria tratada foi referente ao direito de recorrer (*sic*):

RE 244893 AgR – ED/PR – Paraná

BEM. DECL./AG. REG. No RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.

Julgamento: 09/11/1999.

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Ementa: RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.756/98) – PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE NOVOS RECURSOS – VALOR DA MULTA NÃO DEPOSITADO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. **MULTA E ABUSO DO DIREITO DE RECORRER.** – A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do improbus litigator. O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. – O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o **abuso de direito**, pois essa é uma idéia que se

revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. (parte)¹

Outro caso concreto em que se verifica o repúdio ao abuso de direito fica retratado por meio da seguinte decisão (*sic*):

RE 81902 / RJ – RIO DE JANEIRO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU

Julgamento: 18/11/1977

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Ementa: ABUSO DE DIREITO. LOCAÇÃO DE PREDIO NÃO RESIDENCIAL. 1) Locador que e, ao mesmo tempo, sócio da sociedade locatária. Autonomia subjetiva da sociedade em relação aos sócios. Não quebra esse princípio decisão que considerou o substrato da sociedade, para definir a posição de um dos sócios – o locador -, para verificar se este incorria em violação da norma do artigo 1.363 do código civil, segundo o qual celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns. 2) Não contravém ao artigo 4., III, combinado com o artigo 3., do Decreto-lei n. 4, decisão que, sem negar que o locador pode retomar o imóvel, por não lhe convir continuar a locação, reputa, no caso, eivada de abuso de direito a ação de despejo, em que o autor e sócio da locatária, uma vez que, segundo o exame dos fatos, o despejo tinha por fim destruir a sociedade ou empobrece-la, – esmora-la, afligi-la economicamente. 3) Recurso extraordinário não conhecido.

Outras decisões (*sic*):

- **MS 19948/DF** – DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

Relator(a): Min. THOMPSON FLORES.

- Julgamento: 24/08/1972. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

- **RE 80798/GB** – GUANABARA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

- Julgamento: 07/03/1975. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA.

Decisão quanto à fraude à lei envolvendo simulação relativa como instrumento de fraude a dispositivo do Código Civil e da Constituição Federal (*sic*):

¹ As referências obtidas se deram por meio do *site* do Supremo Tribunal Federal na Internet.

Disponível em: < <http://www.gemini.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO> > Acesso em 12.02.2005.

RE 88442 / RJ – RIO DE JANEIRO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 13/12/1977. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Ementa: PROMESSAS DE COMPRA E VENDA E DE CESSÃO COM CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO A TERMO. SIMULAÇÃO RELATIVA COMO INSTRUMENTO DE FRAUDE AO ARTIGO 765 DO CÓDIGO CIVIL. –Se ocorreu simulação e o negócio jurídico dissimulado e o mutuo com garantia real com pacto comissório, não há que se pretender negativa de vigência dos artigos 1.140, 102 e 765 do código civil. – e pelo menos razoável – e isso porque se estriba em forte corrente doutrinária – a tese de que, quando a simulação e utilizada como instrumento para **fraudar lei imperativa**, prepondera a fraude a lei, não só no que diz respeito a sanção (nulidade), mas também no que concerne ao prazo de prescrição, que deixa de ser o aludido no artigo 178, par. 4., v, b, do código civil. – dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 100670 / PB – PARAIBA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ALFREDO BUZAID

Julgamento: 25/04/1984. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Ementa: O reconhecimento de **fraude a lei** utilizada pela recorrente para afastar a incidência do art-151, par-1., “d” da constituição da republica e insusceptível de reexame em recurso extraordinário, por ser matéria de fato. Recurso extraordinário não conhecido.

Relativas a outros campos do Direito – Trabalhista e Tributário (*sic*):

RE 99781 / RJ – RIO DE JANEIRO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. DECIO MIRANDA

Julgamento: 10/05/1983.

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Ementa: TRABALHISTA. ESTABILIDADE NO EMPREGO. Súmula 20 do Tribunal Superior do Trabalho, que defende o princípio da estabilidade no emprego contra a fraude das rescisões simuladas. Caso em que as circunstâncias de fato propiciaram a justiça do trabalho a conclusão de inexistência de **fraude a lei**, assim afastada a consideração de contrariedade ao art-165, XIV, da Constituição. Recurso Extraordinário não conhecido.

Pet 1890 AgR-AgR / CE – CEARÁ

AG.REG.NO AG.REG.NA PETIÇÃO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão

Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 01/08/2002.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CAUTELAR: SUSPENSÃO. LEI 9.613/98: “LAVAGEM DE DINHEIRO”. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. I. – Cautelar deferida pelo Juiz de 1º grau, mantida pelo TRF/5ª Região. Pedido de suspensão da cautelar formulado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal. Indícios da ocorrência de “lavagem de dinheiro”, praticando a empresa **fraude à Lei 9.613/98**, que ordena a identificação das compras de moedas em quantia superior a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). II. – A manutenção da liminar pode acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas, dado que causa ela impacto negativo sobre as reservas internacionais. III. – Lesão à ordem pública, considerada esta em termos de ordem administrativa, ordem legal, porque proporciona válvula de escape à Lei 9.613/98, que visa a coibir a “lavagem de dinheiro”. IV. – Agravo provido, restabelecendo-se a decisão do Presidente do STF que suspendeu a execução da cautelar.

Até o presente momento não há decisões sobre o tema tratado dentro dos ditames da Lei Complementar nº 104/01, mas vê-se que as decisões já existentes coroam o entendimento de que o Direito é um instrumento para disciplinar o convívio em sociedade e se alguém age abusivamente em relação a um direito individual, estará atribuindo uso anormal ou impróprio a este. Com certeza, estará indo contra o direito de terceiro, devendo, portanto, ser aquele limitado por seu próprio fim.

9. A LEI ANTELISIVA MINEIRA

As disposições da Lei Complementar nº 104/2001 foram introduzidas na legislação tributária mineira pela Lei nº 14.669 de 06 de agosto de 2003, com o objetivo de tornar explícitos os instrumentos e as prerrogativas do Fisco, decorrentes da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional.

Trata-se, portanto, do regramento por lei ordinária, quanto aos procedimentos a serem observados pela autoridade fiscal quando do lançamento do crédito tributário relativo à desconsideração de ato ou negócio jurídico.

9.1. O ARTIGO 205 DA LEI Nº 6763/75

A Lei nº 6763 de 26 de dezembro de 1975 (com as alterações introduzidas pela lei nº 14.669/03), que consolida a legislação tributária do estado de Minas Gerais, contempla a desconsideração dos atos e negócios jurídicos em seu artigo 205.

Eis, *in verbis*, o texto normativo:

Art. 205 – A autoridade fiscal poderá desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, assegurado o direito de defesa do sujeito passivo.

§ 1º - A defesa do sujeito passivo contra a desconsideração do ato ou negócio jurídico previsto no caput deste artigo deverá ser feita juntamente com a impugnação ao lançamento do crédito tributário, na forma e no prazo previstos na legislação que regula o contencioso administrativo fiscal.

§ 2º - O órgão julgador administrativo julgará em preliminar a questão da desconsideração do ato ou negócio jurídico (MANUAL DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SEF – VOL. II).

(Efeitos a partir de 07/08/2003 – Redação dada pelo art. 29 e vigência estabelecida pelo art. 42, ambos da Lei 14.699/2003).

9.2. ANÁLISE DE SEUS ELEMENTOS E ALCANCE

O *caput* do artigo 205 da Lei nº 6763/75, com redação dada pela Lei nº 14.699/03, reproduz o texto da Lei Complementar, à exceção de que o legislador mineiro substituiu o termo “dissimular” por outro de significado semelhante, que é “descaracterizar”.

Segundo Ferreira (1986), descaracterizar é tirar o caráter a; fazer perder o característico a; desfazer ou tirar a caracterização a; perder os característicos. Por outro lado, caracterizar tem como significado pôr em evidência o caráter de, assinalar, distinguir. O termo caracterização é sinônimo de ato ou efeito de caracterizar. Caráter, por sua vez, é a qualidade inerente a uma pessoa, animal ou coisa. Característico(a) é aquilo que caracteriza ou distingue; distintivo, particularidade.

Analisando os dois termos, dissimular e descaracterizar, entende-se que ambos traduzem a idéia de que a norma antielisiva alcança todo o ato ou negócio jurídico que for praticado com a finalidade de desfazer as características reais, próprias ou particulares do fato gerador do tributo. Ou seja, o Fisco pode não considerar os atos ou negócios jurídicos praticados/celebrados com a finalidade de retirar (esconder, retirar ou desfazer) as reais características da obrigação tributária ensejadora do pagamento do tributo devido.

O artigo 205 da Lei nº 6763/75 faz, ainda, menção expressa ao contraditório e ampla defesa – direitos constitucionais assegurados aos litigantes em processos judiciais e administrativos (art. 5º, inciso XXXIV, alínea da CF de 1988) - (BRASIL, 1988).

Os parágrafos 1º e 2º referem-se, respectivamente, à forma e ao prazo de defesa por parte contribuinte e à forma de apreciação da matéria quando do julgamento do procedimento administrativo tributário pelo Conselho de Contribuintes.

A impugnação ao lançamento será feita nos termos previstos na legislação tributária, sendo que, no momento do julgamento do procedimento administrativo fiscal pelo Conselho de Contribuintes, a questão sobre a desconsideração do ato ou negócio jurídico pelo Fisco é analisada na fase preliminar, antes, portanto, do exame do mérito.

9.3. O ARTIGO 55-A DA CONSOLIDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA E ADMINISTRATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - DECRETO Nº 23.780/84

A Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto nº 23.780 de 10 de agosto de 1984, prevê a desconsideração dos atos e negócios jurídicos em seu artigo 55-A, cuja redação foi introduzida por meio do Decreto nº 43.784 de 15 de abril de 2004.

A norma encontra-se assim estruturada:

Art. 55-A - A desconsideração do ato ou negócio jurídico será efetuada após o início da ação fiscal, devendo o servidor fiscal:

I - intimar o sujeito passivo a prestar esclarecimentos, no prazo de 10 dias, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação;

II - após a análise dos esclarecimentos prestados, caso conclua pela desconsideração, discriminar os elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária;

III - descrever os atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos; e

IV - demonstrar o resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes referidos no inciso anterior, com especificação, por imposto, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos acréscimos legais.

§ 1º - A desconsideração do ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do imposto ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária ensejará o lançamento do respectivo crédito tributário mediante lavratura de Auto de Infração, com aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º - A impugnação relativamente à desconsideração dos atos ou negócios jurídicos e ao respectivo lançamento do crédito tributário será efetuada em conformidade com o disposto no art. 98 (MANUAL DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SEF – VOL. II).

(Efeitos a partir de 16/04/2004 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 8º, ambos do Dec. nº 43.784, de 15/04/2004).

9.4. DESCONSIDERAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS – PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS PARA O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O artigo 55-A e seus incisos da CLTA/MG tratam sobre os procedimentos a serem seguidos pelo Fisco quando da desconsideração dos atos e negócios jurídicos praticados com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Seus parágrafos 1º e 2º tratam, respectivamente, da lavratura do Auto de Infração e quando e como deverá ser apresentada a defesa por parte do contribuinte.

Determinados pontos da norma merecem alguns comentários.

A desconsideração do ato ou negócio jurídico é efetuada após o início da ação fiscal, ou seja, o servidor responsável pelos trabalhos deve lavrar o respectivo Termo de Início de Ação Fiscal, com indicação do período e do objeto da fiscalização a ser efetuada, para documentar o início do procedimento fiscal e solicitar a documentação fiscal e contábil necessária.

O fiscal, após análise da documentação, deve intimar, por escrito, o sujeito passivo a prestar esclarecimentos no prazo de 10 dias contados do recebimento da intimação, sobre os fatos, causas, motivos e circunstâncias que levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação ou descaracterização.

Procedidas novas análises, caso o Fisco conclua pela desconconsideração, deve discriminar os elementos ou fatos caracterizadores de que os atos ou negócios jurídicos foram praticados com a finalidade de dissimular ou descaracterizar a ocorrência do fato gerador de tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

O fiscal deverá, ainda, descrever os atos ou negócios equivalentes aos praticados, com as respectivas normas de incidência dos tributos e demonstrar o resultado tributário produzido pela adoção dos atos ou negócios equivalentes com especificação, por imposto, da base de cálculo, da alíquota incidente e dos acréscimos legais.

Seguindo o disposto no artigo 142 do CTN, o fiscal deve promover o lançamento do crédito tributário, atendendo a todos os requisitos ali previstos, inclusive propondo a aplicação das penalidades cabíveis ao caso concreto.

Contra esse lançamento, pode insurgir-se o contribuinte mediante apresentação de impugnação, nos termos previstos no artigo 98 da citada CLTA/MG, que será apreciada pelo Conselho de Contribuintes.

Assim preceitua o artigo 98 da CLTA/MG:

Art. 98- Na impugnação será alegada, de uma só vez, a matéria relacionada com a situação fiscal de que decorreu o lançamento, inclusive a desconconsideração de ato ou negócio jurídico, se for o caso, ou o pedido de restituição, com a indicação precisa:

I - do nome, profissão ou atividade, endereço atualizado, número de inscrição estadual do impugnante e o número do Auto de Infração;

II - da matéria objeto da discordância, inclusive quantidades e valores;

III - dos quesitos, quando requerida a prova pericial, sob pena desta não ser apreciada quanto ao mérito;

IV - de assistente técnico, caso queira, ficando vedada a indicação em etapa posterior.

Parágrafo único - Os documentos que constituam prova serão anexados à impugnação, sob pena de preclusão (MANUAL DE LESGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SEF – VOL. II).

Também se observou que, no caso de procedimento administrativo tributário relativo à desconconsideração de ato ou negócio jurídico, a matéria é examinada, em preliminar, pela Câmara de Julgamento do Conselho de Contribuintes quando da realização da sessão de julgamento.

Ao contrário do que entendem alguns doutrinadores sobre a necessidade da constituição de um comitê especial do Poder Executivo, mas não ligado a órgão fazendário, para exame e decisão quanto à desconconsideração, o legislador mineiro optou pela forma descrita e inserta no artigo 123 da CLTA/MG, visando maior celeridade na tramitação do procedimento no âmbito administrativo, em observância aos princípios constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal/88 relativos à administração pública, em especial o da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19 de 04 de junho de 1998.

À vista disto, o texto do artigo 123 da CLTA/MG encontra-se assim redigido:

Art. 123 - A matéria principal somente será posta em discussão e julgamento quando vencida a questão preliminar ou não houver incompatibilidade entre ambas.

§ 2º - Por ocasião do julgamento do mérito do lançamento do crédito tributário, será preliminarmente apreciada, quando for o caso, a desconsideração do ato ou negócio jurídico (MANUAL DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SEF – VOL. II).

Ainda, de forma coerente com o princípio constitucional de ampla defesa, preconizado no artigo 5º inciso LV da Carta Magna, o legislador não se descuidou da forma por meio da qual deve ser consubstanciada a decisão: sempre por meio de acórdão, a fim de se garantir a interposição dos competentes recursos para revisão da decisão contrária aos interesses do contribuinte.

Da leitura dos artigos 127 e 129 da CLTA/MG, pode-se confirmar esse entendimento:

Art. 127 - As decisões das Câmaras serão proferidas por meio de acórdãos, salvo nas hipóteses previstas no Regimento Interno do Conselho de Contribuintes (CC/MG).

Parágrafo único - Em se tratando de decisão relativa à desconsideração de ato ou negócio jurídico, a mesma deverá ser consubstanciada em acórdão, cabendo contra ela os recursos previstos no art. 129.

Art. 129 - Das decisões da Câmara de Julgamento cabem os seguintes recursos:

I - Pedido de Reconsideração (PR);

II- Recurso de Revisão (RR);

III- Recurso de Revista (RT);

IV- Recurso de Ofício (RO).

Parágrafo único - O prazo para interposição dos recursos previstos nos incisos I a III é de 10 (dez) dias, contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no Diário Oficial do Estado (MANUAL DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SEF – VOL. II).

À vista das considerações feitas acerca da legislação mineira que trata sobre a desconsideração de ato ou negócio jurídico praticado com o fim de dissimular a ocorrência do fato gerador do imposto ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, pode-se sintetizar os seguintes pontos relevantes:

- a autoridade para praticar o ato de desconsideração é o agente do FISCO, em obediência ao disposto no artigo 142 do CTN;
- no texto legal, o termo descaracterizar tem o mesmo sentido de dissimular para efeitos tributários;
- originalmente, deve ser lavrado o Termo de Início de Ação Fiscal, a fim de que o contribuinte tome conhecimento da verificação fiscal pretendida;

- mediante intimação dirigida ao contribuinte, o Fisco solicita que o mesmo esclareça os fatos, causas, motivos e circunstâncias que o levaram à prática do ato ou do negócio jurídico com indício de dissimulação;
- a desconsideração pelo Fisco enseja o lançamento do respectivo crédito tributário, mediante lavratura de Auto de Infração, com aplicação das penalidades cabíveis;
- não ocorre somente a desconsideração do ato ou negócio jurídico pelo Fisco, mas, também, a requalificação do mesmo à forma e substância daquele que se pretendeu esconder ou dissimular, para se exigir a diferença de imposto devido, acrescido das multas pertinentes ao caso;
- a impugnação contra esse lançamento pode ser feita nos mesmos moldes previstos na CLTA/MG para os demais casos de crédito tributário de natureza contenciosa;
- quando do julgamento pelo CC/MG, é apreciado, em preliminar, o ato de desconsideração praticado pelo Fisco antes da análise e julgamento do mérito;
- a decisão dessa preliminar é consubstanciada em acórdão para que seja possível a apresentação de recurso pelo interessado.

9.5. DECISÕES DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observou-se que, devido à alteração recente da Lei nº 6763/75 pela Lei nº 14.699 de 06 de agosto de 2003, não foram encontradas decisões no âmbito administrativo e também no judicial fundamentadas nos dispositivos ora retratados e examinados.

Em breve pesquisa, verificou-se que o CC vem se utilizando, na redação de seus acórdãos, da expressão “descaracterização” para diversas autuações concernentes a irregularidades relativas ao uso indevido ou irregular da não-incidência, da isenção, do diferimento ou da suspensão do imposto em operações com diversas mercadorias.

Por meio das decisões cujas transcrições se seguem, constatou-se que essa descaracterização decorre, na maioria das situações, do não atendimento, pelo contribuinte, a determinados requisitos previstos na legislação para que tais operações ocorram ao abrigo de tais institutos (*sic*):

- Acórdão: 16.626/04/1ª - NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – REMESSA PARA ARMAZÉM SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Constatado que o contribuinte promoveu saídas de mercadorias (milho) ao abrigo indevido da não incidência, tendo em vista tratar-se de operações de remessa para depósito em armazém localizado em outro Estado da Federação.

- Acórdão: 16.457/04/3ª - SUSPENSÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – DEMONSTRAÇÃO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Descaracterização da suspensão do ICMS, em operação interestadual de remessa de mercadoria para demonstração.

- Acórdão: 16.087/04/2ª - DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO – Acusação fiscal de encerramento do diferimento do

ICMS relativo a aquisição de energia elétrica junto ao Mercado Atacadista de Energia (MAE), face a saída da mercadoria retro referida para outra unidade da Federação ao abrigo da não incidência do ICMS.

- Acórdão: 15.920/04/2^a - ISENÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – Constatou-se que o Autuado emitiu notas fiscais para acobertar saídas de “composto de cogumelo”, ao abrigo indevido da isenção prevista no item 13, alínea “c”, do Anexo I, do RICMS/96, visto que restou demonstrado nos autos que o produto descrito nas NF autuadas não se tratava de “cogumelos”.

- Acórdão: 16.597/04/3^a - EXPORTAÇÃO – DESCARACTERIZAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – CAFÉ. Constatada a não comprovação da efetiva exportação de café, beneficiado bebida dura, remetido à empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação. Alegações de defesa insuficientes para elidir o feito fiscal Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

- Acórdão: 15.292/02/3^a - NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO - Constatou-se que a Autuada emitiu notas fiscais a título de remessa para armazenagem, utilizando-se da não incidência prevista no artigo 5º, inciso X, do RICMS/96, tendo por destinatários empresas que não se enquadram na definição de armazém geral.²

Em inúmeras situações, o Fisco promove a desclassificação da Nota Fiscal relativa à operação, por constatar fato comprovador de seu uso irregular. Além dos casos de inidoneidade do documento fiscal, pode-se citar como exemplo as seguintes referências: reutilização para acobertamento de nova operação³; divergência quanto às mercadorias descritas na nota fiscal⁴; divergência ou incompatibilidade do itinerário⁵; divergência quanto a transportador, destinatário⁶ ou local de entrega; conter informações não condizentes com a real operação que se realizava no momento da ação fiscal.⁷

A desclassificação de documento fiscal por parte do Fisco configura procedimento consoante com o ditame consagrado na norma antielisão. O acórdão da Câmara Especial do CC/MG, de 11.05.2004, a seguir transcrito, ilustra a afirmativa do presente trabalho, pois os documentos fiscais apresentados no momento da ação fiscal, relativos a uma operação de comodato, não foram aceitos por não se referirem à operação que se realizava. As notas fiscais eram de devolução dos “chassis” e de venda das carrocerias (montadas), emitidas por empresa estabelecida em Duque de Caxias/RJ e destinadas à empresa de turismo localizada em Sorocaba/SP.

² Referências obtidas por meio do *site* da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais: <http://www.fazenda.mg.gov.br/ccmg/acordaos/>

³ Acórdão nº 2.986/04/CE, de 23.07.04.

⁴ Acórdão nº 16.398/04/3^a, de 22.04.04.

⁵ Acórdão nº 16.514/04/3^a, de 21.07.04.

⁶ Acórdão nº 16.574/04/3^a, de 24.08.04.

⁷ Acórdão nº 16.533/04/3^a, de 03.08.04.

Acórdão: 2.954/04/CE Rito: Ordinário

Recurso de Revista: 40.050110622-51

Ementa

NOTA FISCAL - DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA - Constatado o trânsito de 4(quatro) ônibus novos, sem placa, destinados a empresa mineira, sem cobertura de documentação fiscal hábil. No momento da abordagem fiscal, foram apresentadas notas fiscais de emissão de empresa estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, destinando-os à Autuada, localizada em Sorocaba, SP. Alegação de remessa em comodato não provada. Situação em que se considera mineira a mercadoria e Minas Gerais o local da operação, para cobrança do imposto e multas e definição do estabelecimento responsável, nos termos do art. 33, § 1º, 1, “b”, da Lei 6.763/75. Infração caracterizada. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Revista conhecido por unanimidade e não provido por maioria de votos.

Há casos de desclassificação de documentos fiscais devido a informações comprovadamente incorretas constantes dos mesmos. Na decisão que se segue, as vendas de bebidas foram efetuadas para pessoas físicas, porém em quantidades que exprimem fim comercial, além do fato de que os reais destinatários apurados através de diligência ao local ou de consultas ao sistema de informações da Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) – Sistema de Informação e Controle da Arrecadação e Fiscalização (SICAF) - possuíam estabelecimentos comerciais, regulares ou não, perante o Fisco.

Acórdão: 16.623/04/3ª Rito: Sumário

Impugnações: 40.010112065-94, 40.010112053-51, 40.010112058-49

Ementa

NOTA FISCAL – DESCLASSIFICAÇÃO – DIVERGÊNCIA – As notas fiscais que acobertavam as mercadorias não correspondiam às reais operações praticadas, pois estavam endereçadas a pessoas físicas quando na verdade se destinavam a contribuintes mineiros. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI. Lançamentos procedentes. Decisões unânimes.

Concluiu-se que a descaracterização da operação ou a desclassificação do documento fiscal apresentado pelo contribuinte é procedimento idôneo adotado pelo Fisco no exercício de sua atividade, com vistas à tributação da efetiva operação realizada e à exigência do imposto devido, segundo a correta observância da norma tributária, cujo conteúdo ou não foi atendido pelo contribuinte ou foi usado de forma desvirtuada visando a obtenção de alguma vantagem ou economia de imposto.

10. REFLEXOS DO CÓDIGO CIVIL NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

10.1. LIMITES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE CONTRATAR

Do ponto de vista do Direito Civil, não é absoluta a liberdade de contratar, pois se encontra limitado em benefício do interesse coletivo, em defesa dos que são economicamente mais fracos, em observância ao princípio da isonomia.

Em termos de Direito das Obrigações, é necessário o respeito às esferas jurídicas alheias e o reconhecimento sobre a função social do contrato. A proteção à liberdade de contratar submete os contratantes aos princípios de probidade e boa-fé a fim de que toda base negocial repouse em princípios de moral e ética.

Comentou-se, ao longo deste trabalho, sobre a convivência harmoniosa e não prevalência dos princípios constitucionais que não só informam o Direito Tributário, mas também fundamentam a convivência humana de forma digna e solidária, na sociedade.

A Constituição Federal de 1988 assegurou os fundamentos básicos do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, parametrizou o limite à liberdade pelas disposições contidas no artigo 3º ao prever que um dos objetivos básicos ou fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao tratar sobre os direitos e garantias individuais em seu artigo 5º, gravou em seus incisos XXII e XXIII o direito à propriedade e a sua função social, respectivamente.

Harada (1991, p. 210-212), comentando sobre o conceito de função social da propriedade à luz das disposições do texto constitucional de 1988, afirmou que a propriedade privada só se justifica enquanto cumpre a sua função social. A sua inclusão nas disposições do artigo 170, além do previsto no artigo 5º, XXIII, importou em conferir à propriedade um alto grau de relativismo porque os princípios de ordem econômica estão pré-ordenados com vistas a conferir dignidade ao indivíduo, assegurando-lhe uma existência digna.

O autor entende que, de fato, se a propriedade privada e a sua função social passaram a integrar o elenco dos princípios da ordem econômica (art. 170, II e III, da CF), não se pode deixar de vincular essa propriedade à finalidade perseguida por aqueles princípios, isto é, assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da ordem social.

O Código Civil de 2002 colocou a função social do contrato como razão do exercício de liberdade de contratar e depois colocou novamente a função social do contrato como seu limite, donde se concluiu que não existe liberdade individual absoluta e ilimitada.

O artigo 421 do Código Civil assim preceitua: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Diniz (2004, p. 353-354), considerando esse artigo, comentou que a liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

Se é assim no Direito Civil (Direito Privado), não pode ser diferente no Direito Tributário (Direito Público), já que os princípios limitadores da autonomia da vontade são balizadores das atividades econômicas dos particulares, a fim de que o comportamento em sociedade seja parametrizado pela ética, bons costumes e boa-fé. Pode o contribuinte usar de tal liberdade e obter os efeitos pretendidos, não lhe é possível, contudo, escolher o efeito tributário, pois o que de fato importa no campo do Direito Tributário é que a norma, que descreve uma situação tributável, seja cumprida e o imposto devido recolhido.

10.2. FRAUDE À LEI IMPERATIVA – HIPÓTESE DE NULIDADE

Outro dispositivo importante nessa análise acerca do negócio jurídico está inserido no artigo 166, inciso VI do Código Civil:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa (DINIZ, 2004).

A norma imperativa é figura que se opõe às normas dispositivas, cuja incidência depende da vontade das partes. As normas tributárias revestem-se do caráter de imperatividade, pois, ocorrida a hipótese de incidência no mundo fenomênico, nasce a obrigação tributária para aquele que praticou o fato gerador.

Pela disposição em comento, entende-se que é nulo, ou seja, como se nunca houvesse existido desde a sua formação, o negócio jurídico que fraudar lei imperativa. E a sua declaração de nulidade tem efeito *ex tunc*.

A partir do Código de 2002, a fraude à lei tributária tem aplicação no Direito Brasileiro não apenas como regra de calibração do sistema que visa a assegurar a imperatividade do ordenamento jurídico, mas como causa autônoma de nulidade do negócio jurídico (GRECO, 2004, p. 464).

10.3. NEGÓCIO QUE SE DISSIMULOU – SUBSISTE SE VÁLIDO FOR

O artigo 167 do Código Civil prevê a nulidade do negócio jurídico simulado e a manutenção, se válido for na substância e na forma, do negócio que se dissimulou.

Assim se encontra estruturado tal artigo:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado (DINIZ, 2004).

10.4. CONVERSÃO DO NEGÓCIO NULO EM OUTRO NEGÓCIO JURÍDICO

Os artigos 168 e 169 do Código Civil tratam a nulidade dos negócios jurídicos no tocante a dois aspectos: pode ser alegada por qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público; e sua declaração tem eficácia *ex tunc*, ou seja, fulmina inteiramente os efeitos do negócio.

As regras desses dois artigos alcançam a simulação, a fraude à lei e as outras figuras correlatas que se caracterizam pela ilicitude.

O artigo 170 assegura que se o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este outro quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Eis o artigo em sua inteireza:

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade (DINIZ, 2004).

Se os elementos que envolvem o negócio jurídico forem idôneos para caracterizar outro, poderá ser transformado em outro de natureza diversa, desde que isto não seja vedado por norma específica. Além disto, observa-se a importância de se examinar não apenas a vontade manifestada, mas também os elementos que a cercam, como as suas razões e objetivos. Não se considera apenas a vontade das partes para se verificar a essência do negócio jurídico, mas o contexto em que é realizado.

Entretanto, como já mencionado, o Direito Tributário rege os efeitos dos atos praticados pelo contribuinte, independentemente da forma utilizada para a sua realização, não se afigura relevante a substância do ato civil, pois o Direito Tributário é direito de superposição ao Direito Civil.

10.5. ABUSO DE DIREITO É ATO ILÍCITO

O Código Civil de 2002, ao tratar sobre os atos ilícitos, incluiu um dispositivo acerca do abuso de direito como hipótese de ilicitude.

Considerando o já visto quanto a essa figura, verifica-se que não se trata mais de um procedimento elisivo, mas, certamente, de ato ilícito praticado com o fim de violar o sistema normativo.

Os artigos 186 e 187 assim prescrevem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (DINIZ, 2004).

O ato abusivo de direito considerado ato ilícito pressupõe violação da ordem jurídica e, portanto, o exercício irregular de um direito.

O ato abusivamente praticado denota uma capacidade contributiva que a lei quis alcançar por meio da tributação. O ato assim abusivamente praticado pelo particular é qualificado perante a legislação tributária, pela autoridade administrativa e sua requalificação é feita por ela de acordo com a mesma legislação, sem prejuízo, é claro, da aplicação das sanções previstas naquela legislação especificamente para o ilícito tributário de modo geral, como multas e juros de mora (MENDONÇA, s.d., p. 150).

11. CENÁRIO ATUAL E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma antielisiva no Brasil apresenta-se, conforme em outros países da União Européia, América do Norte e do Mercosul, como instrumento de aperfeiçoamento do Direito, dentro de uma visão pós-positivista.

A consagração de normas antielisivas configura uma crise mundial afeta ao controle fiscal das grandes organizações, que se estruturam de forma a obter ganhos financeiros mediante procedimentos considerados lícitos ou por meio da manipulação de formas jurídicas, tentando uma anulação ou redução de carga tributária.

Por outro lado, o contexto mundial relativo às finanças públicas espelha uma preocupação com a justiça fiscal, bem como com a inclusão social. Os estados necessitam de um volume cada vez maior de recursos financeiros para suprir a demanda crescente de serviços públicos, especialmente dirigidos à classe dos menos favorecidos.

Aliados a essa realidade, têm-se o avanço tecnológico e o poder econômico de grandes grupos econômicos a exigirem postura fiscal mais firme e atuante do Poder Estatal para coibir as formas mais variadas e inusitadas de planejamento fiscal de determinadas empresas, notadamente aquelas que atuam em diversos países.

A transparência fiscal e o comportamento ético são questões que não podem mais ser tratadas apenas na teoria. Hoje em dia, torna-se irrefletida a defesa extremada do princípio da legalidade e da liberdade contratual, sem levar em conta outros princípios constitucionais relevantes para toda a sociedade, como o da capacidade contributiva, igualdade e solidariedade.

Embora a maioria dos doutrinadores no Brasil ainda seja contrária à norma antielisiva, pelos diversos motivos estudados, é entendimento do presente estudo, ao lado da minoria, que o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional encontra-se perfeitamente em harmonia com o nosso ordenamento jurídico e nada tem de inconstitucional. Não há ofensa ao princípio da legalidade (tipicidade).

Também, este trabalho não entendeu que a Fazenda Pública estende o âmbito de incidência da norma a fatos não alcançados por esta. Não abandona as disposições legais que regem a relação Fisco e contribuinte. O que se pretende com a norma antielisiva, sempre mediante a prova do cometimento de alguma ilicitude, é a exigência do imposto que não foi recolhido por ter sido dissimulado o ato ou o negócio real por meio de outro negócio jurídico.

Somente uma visão mais formalista do Direito, afastada da autopoiesis requerida por um sistema aberto, negaria a importância de uma norma de controle, como, por exemplo, a do “transfer pricing” para a Fazenda Pública. É evidente que o Estado precisa controlar os preços de transferência adotados nas transações entre empresas de mesmo grupo econômico, a despeito de se saber que existem liberdade e autonomia da vontade, porque o que importa mais na atualidade, nessa sociedade extremamente complexa e pluralista, é saber que a liberdade individual não é absoluta, mas limitada pelo interesse coletivo e pela finalidade essencial da tributação.

Embora pareça mundial o problema da complexidade do sistema tributário, em razão até mesmo da globalização da economia, não é razoável que o particular trate seus negócios de forma egoística, visando meramente seus fins econômicos ou a sua economia tributária. Os princípios constitucionais da isonomia e da solidariedade social devem balizar os atos do contribuinte de modo que ele não possa fraudar a lei imperativa, praticar abuso de direito ou se furtar à incidência tributária.

É preciso, pois, ter uma visão do Direito Tributário no Brasil dentro da moldura da Constituição Federal e, portanto, fazer uma interpretação consoante com a proposta da criação de uma sociedade livre, justa e solidária num Estado Democrático de Direito.

O parágrafo único do artigo 116 do CTN se mostra como um instrumento técnico para coibir a

ilicitude, na medida em que prevê a desconsideração do ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo. Sem dúvida, trata de matéria de lançamento oficial de tributo, acrescido de penalidade pecuniária, que é um ato formal privativo de autoridade administrativa, além de assegurar o princípio do contraditório.

Em Minas Gerais, a Lei nº 6763/75, com redação dada pela Lei nº 14.699/03, incorporou as disposições do mencionado artigo, determinando à autoridade fiscal a competência para constituir o crédito tributário decorrente dessa desconsideração.

A legislação tributária mineira prevê a defesa do sujeito passivo contra a autuação fiscal para cobrança do imposto considerado devido, acrescido das penalidades cabíveis. Estas devem ser feitas à semelhança dos demais casos de crédito tributário de natureza contenciosa. Porém, a questão da desconsideração será apreciada, em preliminar, quando do julgamento do procedimento administrativo tributário, cuja decisão será consubstanciada em acórdão.

Todos os passos a serem seguidos pelo representante do Fisco mineiro, para identificação, verificação e autuação relacionadas à desconsideração de ato ou negócio jurídico, com conseqüente cobrança do imposto não recolhido ou recolhido a menor, estão relacionados no artigo 55-A da CLTA/MG.

No tocante ao tema tratado, verificou-se que a legislação mineira, sem se descuidar do detalhamento dos procedimentos fiscais a serem seguidos nos casos de desconsideração de ato ou negócio jurídico, deixou evidenciado o respeito aos princípios constitucionais relativos ao direito de ampla defesa e ao de eficiência administrativa.

As autuações decorrentes de desclassificação de documentos fiscais por constatação inequívoca de destinatário diverso, de divergência de mercadoria, de itinerário e outras situações anormais ilustram os exemplos sobre evasão fiscal, posto que, tipificadas as irregularidades, constituídos os créditos tributários, exige-se o tributo devido com as multas e acréscimos legais cabíveis.

Por outro lado, há situações em que o Fisco pode estar diante de fatos caracterizadores de elisão tributária, como: contribuinte do ICMS, que remete mercadorias vendidas, para outra empresa de sua propriedade, prestadora de serviços sujeitos ao ISSQN, com o fim de submetê-las a algum processo industrial antes de entregá-las ao cliente (serviço de estamparia em tecido, por exemplo). Em se tratando de etapa intermediária do ciclo de comercialização ou industrialização das mercadorias, não incide o ISSQN, como poderia pretender o contribuinte. No caso, o valor da industrialização é pago pelo encomendante e integra a base de cálculo do ICMS devido, uma vez que não restou configurada a prestação de serviço a usuário final.

Não há ilicitude em constituir empresas diferentes para atividades distintas, ainda que correlacionadas. Entretanto, pode o Fisco exigir o ICMS sobre a base de cálculo formada pelo preço da mercadoria, acrescido dos valores cobrados a título de industrialização, fazendo a perfeita correlação dos dados constantes dos documentos fiscais emitidos e aplicando a **multa de revalidação**, em razão da ação fiscal.

Não seria aplicável a **multa isolada**, neste caso, posto que nenhuma ilicitude há no ato de constituir duas empresas de atividades distintas. No campo do Direito Privado, não houve abuso de direito, igualmente, no campo do Direito Tributário, não houve cometimento de ilícito, mas o efeito tributário escolhido pelo contribuinte não pode prevalecer, daí a exigência do ICMS e da multa de revalidação.

Não havendo ilícito, não há tipificação, nem penalidade. Há falta de tributo no montante corretamente devido, cabendo ao Fisco desconsiderar os atos praticados e fazer incidir a norma sobre os fatos geradores concretos e reais, diferentemente da evasão, que sempre se reveste de ilicitude, de violação da regra jurídica, em suma, de fraude tributária.

Não se pode esquecer de que o moderno Direito Tributário não busca limitar a liberdade de eleição de tipos negociais, mas atribuir efeitos tributários adequados a cada um dos tipos negociais privados adotados (BATISTA JÚNIOR, 2002a, p. 227) e se o contribuinte, como exemplificado neste trabalho, usou norma de contorno menos onerosa, admitida pela liberdade do Direito Civil, fica caracterizado o negócio em fraude à lei fiscal *latu sensu (in fraudem legis)*, cujos efeitos tributários são dados de conformidade com a norma elidida. Cabe à Administração Fiscal tirar o véu que esconde esse manejo de formas e trazer à luz, mediante a constituição do crédito tributário, o ato ou negócio jurídico que corresponda, realmente, ao fato gerador descrito na norma.

REFERÊNCIAS

ALVES, Carlos Moreira Alves. *Aspectos jurídicos. Figuras correlatas: abuso de forma, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio indireto e dissimulação*. Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Minist. Fazenda, Secr. Receita Federal, 2002.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n.º 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos do direito constitucional*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O planejamento fiscal e a interpretação no direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*, 2001, Brasília. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, 2002b. p. 227.

BECKER, Enno. Zur Auslegung der Steuergesetze. *Stever und Wirtschaft* 2:145-180, 1924.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BORGES, José Souto Maior. *A lei brasileira. A norma antielisão, seu alcance, e as peculiaridades do sistema tributário nacional*. Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, 2002. p 219.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988. 292p. Código Comercial, código tributário nacional, Constituição Federal. In: FRANCO, Vera Helena de Mello; CARRAZZA, Roque Antônio. 6ed. (atualizada até 09/01/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CANTO, Gilberto de Ulhôa. Legislação tributária, sua vigência, sua eficácia, sua aplicação, interpretação e integração. *Revista Forense*. V.267; p.25-30, 1979.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

DENARI, Zelmo. Anotação ao estudo do Prof. Franco Gallo. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 52, p.15-18, abr-jun. 1990.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A desconsideração dos atos e negócios jurídicos dissimulatórios, segundo a Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). *O planejamento tributário e a lei complementar nº 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 212.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 353-354.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. 2.ed. São Paulo, Bushatsky, 1977. p. 21-45

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed.rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRANÇA, Júnia Lessa *et al*. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 7.ed. Rev. Belo Horizonte: UFMG, 2001. 242p.

FRANCO, Vera Helena de Mello (org); CARRAZZA, Roque Antônio (org). Código comercial, código tributário nacional, constituição federal. São Paulo: *Revista dos Trinunais*. 6ed. (atualizado até 09/01/2004), 2004.

GODÓI, Marciano Seabra. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999. p.30.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p.382.

GRECO, Marco Aurélio. *Esboço da história do tratamento da elisão fiscal*. Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, 2002. p.18-20

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2004. p.242-289, 438-440.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, 238p.

HARADA, Kiyoshi. *Sistema tributário na constituição de 1988: tributação progressiva*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 210-212

JARACH, Dino. *Curso Superior de derecho tributário*. Buenos Aires: Liceo Lima, 1969.

LARENZ, Karl. *Derecho justo fundamentos da ética jurídica*. Tradução Luis Dies-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 27ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. A norma antielisão e o princípio da legalidade – análise crítica do parágrafo único do art. 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). *O planejamento tributário e a Lei Complementar nº 104*. SP: Dialética, 2002. p. 105-116.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p.43.

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. *Elisão tributária*. São Paulo: TR, 1984, p.81

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Norma antielisão é incompatível com o sistema constitucional brasileiro. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). *O planejamento tributário e a lei complementar*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 123.

MENDONÇA, Maria Luíza Vianna Pessoa de Mendonça. O abuso do direito no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, nº 63, p..133-153, s.d.

PONTES, Helenilson Cunha Pontes. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 34-43.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Peseta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Traduzido por PATERNOT, Irene A. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O Planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2002.

ROLIM, João Dácio. *Normas antielisivas tributárias*. São Paulo: Dialética, 2001.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio da Legislação Tributária*. São Paulo: *Resenha Tributária*, 1975.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Malheiros, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Normas gerais antielisivas*. Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, 2002a. p.377

TORRES, Ricardo Lobo. *A lei Brasileira. A norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do sistema tributário nacional*. Anais do Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal, 2001, Brasília. Escola de Administração Fazendária – ESAF, Brasília: Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal, 2002b. p.199-202.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário empresarial – pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 16-17

XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001. p.17-19, 52-53.

<http://www.fazenda.mg.gov.br/ccmg/acordaos> site da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais: Acórdão nº 2.986/04/CE de 23.07.04; Acórdão nº 16.398/04/3ª de 22.04.04; Acórdão nº 16.514/04/3ª de 21.07.04; Acórdão nº 16.574/04/3ª de 24.08.04; Acórdão nº 16.533/04/3ª, de 03.08.04.

<http://www.gemini.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp?tip=ACO> > Acesso em 12.02.2005. site do Supremo Tribunal Federal.

A LEI NATURAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO POSITIVO

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA*

São do estudo da formação histórica do direito a verificação e o reconhecimento de que o direito positivo encontra seu fundamento e sua justificação em certas exigências básicas e elementares da natureza humana. Esta questão, desde a antiguidade ocupou o tempo de filósofos, pensadores e governantes que estiveram às voltas com especulações filosóficas e jurídicas.

2. Se cada um de nós pudesse decidir individualmente o que é bom ou ruim, conforme o nosso gosto ou capricho, nada seria bom nem mau, qualquer um poderia fazer impunemente o que bem entendesse. Se isto ocorresse, a vida social resultaria impossível, não poderia existir a solidariedade, o companheirismo, a amizade e o amor. O homem seria um tiranete para o outro homem, que ditaria a sua lei para o mais fraco. Justiça e força seriam sinônimos, o homem seria o seu próprio lobo. Mas sabemos e temos a experiência e o conhecimento empírico e histórico de que as coisas não são desta forma.

3. Em tempos remotos alguns povos faziam sacrifícios humanos ou praticavam a antropofagia, e consideravam estes atos bons e virtuosos. Ora, mesmo que estes atos fossem considerados bons pelos que os praticavam, de fato não o eram. Pelo mesmo procedimento, se com uma propaganda habilidosa algum governo legítimo, como já ocorreu, pusesse em prática uma política de eliminação de minorias e deficientes físicos, não seria a aceitação de um número razoável ou significativo de adeptos que a tornaria esta política justa.

4. O relativismo não considera que há ações que sempre e em todos os tempos foram consideradas más pela maior parte das pessoas de todos os povos como, por exemplo, matar o próprio pai ou mãe, roubar, etc. São aplicações dos princípios primeiros e gerais: *faz o bem e evita o mal, não faças a outrem o que não quer que te façam*.

5. Esta regra de ouro encontra-se formulada com independência por vários pensadores em todas as épocas, desde CONFÚCIO, PLATÃO e até os nossos dias. É da natureza humana, está gravada no mais íntimo da natureza humana e é por todos aceita e de fácil compreensão.

6. A origem dessa norma não pode ser somente cultural, porque as normas éticas fundamentais se registram em todas as culturas em todos os tempos, ao longo da história.

7. Também não pode ser fruto apenas da evolução histórica, porque neste caso teríamos que admitir que a escravidão no tempo em que admitida teria sido algo bom, um fato moral positivo, e que no futuro poderia de alguma forma voltar a sê-lo. Entretanto sabemos pelo testemunho de muitos escritores dessas épocas que havia pessoas que a consideravam imoral, e estas não tinham outro remédio se não apelar para os princípios que regem a natureza humana, já que naquele momento a situação histórica não lhes amparava o ponto de vista.

* Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.

8. Por outro lado, os condicionamentos sociais, sozinhos, também não são suficientes para fundamentar a regra jurídica fundamental, pois na eventualidade de a regra ser odiosa e má, estes condicionamentos impossibilitariam que alguém se levantasse contra ela com base em algo que não se submete a condicionamentos: a justiça.

9. Conhecendo a sua própria natureza o homem, fazendo uso da razão, pode chegar ao conhecimento de si próprio, analisando, como diz RAFAEL GOMES PEREZ, em Problemas Morais da Existência Humana:

“precisamente o que é ser homem. A lei oral natural só pode ser descoberta pelo homem analisando o homem, vendo que está dotado de inteligência e de vontade livre. Pela lei moral sabe-se que nem tudo o que se pode fazer fisicamente se deve fazer”.

10. Ao menos por dois meios se pode chegar ao conhecimento do direito natural, um pelo reto uso da razão e outro pela experiência histórica. Com efeito, neste campo, o do direito natural, como tampouco no do direito positivo a experiência histórica não pode ser de forma alguma desprezada. Afirma MOREIRA ALVES em seu Direito Romano:

“Nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas físicas, o estudioso não pode provocar fenômenos para estudar as suas conseqüências. É óbvio que não se pratica um crime nem se celebra um contrato apenas para se lhe examinarem os efeitos. Portanto, quem se dedica às ciências sociais tem o seu campo de observação restrito aos fenômenos espontâneos, e o estudo deste, na atualidade, se completa com o dos ocorridos no passado. É por isso que, se o químico, para bem exercer sua profissão, não necessita de conhecer a história da química, o mesmo não sucede com o jurista”.

11. IVES GANDRA MARTINS FILHO, em A legitimidade do Direito Positivo, afirma:

“Assim, se, no entender de Augusto Comte, são as idéias que forjam os comportamentos dos homens, teremos que uma doutrina filosófica desarraigada da realidade fática implicará um comportamento humano não condizente com o que é próprio do homem.

Vemos, com efeito, como só a história e o passar dos anos podem mostrar-nos os acertos e erros veiculados na legislação positiva quando em descompasso com a lei natural. É que não se contraria impunemente a natureza. No concernente aos direitos fundamentais do homem, no campo familiar, social e econômico, sua negação ou deturpação produz amargos frutos para o convívio social. Na base da decadência das grandes civilizações está sempre a decadência moral, dos costumes, uma vez que a norma posta não mais condiz com a natureza humana tal qual captada pela razão, mas deturpada pela elevação, à categoria de preceito, daquilo que não passa de desvio moral ou exceção negativa de agir concorde coma natureza.

Os exemplos abundam no transcorrer da história humana, dados pela queda dos governos ou pela volta obrigatória aos trilhos naturais do comportamento propriamente humano.”

12. Uma das mais antigas manifestações de reconhecimento de que o direito estabelecido pelo Estado, o direito posto, o jus positum in civitate, o direito próprio das sociedades políticas, inclusive daquelas que precederam o próprio Estado Moderno, desde a tribo primitiva, volto a dizer, uma das mais antigas manifestações de que estas regras sempre estiveram de alguma forma submetidas a um, digamos, direito superior, é a que consta da peça teatral grega, a famosa tragédia de SÓFOCLES, denominada Antígona.

13. Naquele episódio o rei Creonte, proíbe o sepultamento de Polínice, irmão de Antígona. Mas esta desrespeita a ordem recebida e sepulta o irmão assim mesmo, alegando que acima da ordem positiva do Rei, que acima do direito ou da regra estabelecida pelo Estado, existia uma outra à qual ela devia obedecer primeiro, certas leis não escritas. Argüida do crime de desobediência à lei real responde:

“Porque não era Zeus quem a tinha ordenado; nem a justiça, que se senta ao lado dos deuses;

E não penso que as tuas proibições sejam tais que permitam a um mortal transgredir outras eis, não escritas, inquebrantáveis, dos deuses;

Que não são nem de hoje, nem de ontem;

Têm existência eterna – ninguém lhes assinala o nascimento;

Nem poderia eu desafía-las e enfrentar a vingança divina;

Por temer a cólera de qualquer homem.”

14. HESÍODO em Os trabalhos e os dias, citado por RAFAEL GOMES PEREZ, diz:

“Escuta a justiça; esquece sempre a violência. Esta é a lei que Cronida prescreveu aos homens: que os peixes, as feras, as aves se devorem, porque não há entre eles justiça; mas aos homens Zeus deu o dom da justiça, que é, de longe, o primeiro bem”.

15. ARISTÓTELES tratou amplamente do assunto da justiça como fundamento do direito. Seu pensamento está principalmente exposto na Política e na Ética a Nicômaco. Em oposição a Arquelau, para quem o direito não existe por natureza, mas só em virtude da lei, Aristóteles afirma na Ética:

“o bem e o justo, objetos de que trata a ciência política, dão lugar a opiniões de tal forma divergentes e às vezes de tal forma degradada, que se chegou até a sustentar que o justo e o bem existem apenas em virtude da lei e não têm nenhum fundamento na natureza”.

16. Em Arte Retórica ARISTÓTELES ao discorrer sobre as ações justas e injustas afirma com segurança a existência de um direito que é por todos conhecido e aceito em qualquer tempo e cultura e que independe, para o seu conhecimento de uma lei estatal escrita ou estabelecida por um autoridade constituída legítima, e mais, que esta lei a todos obriga, inclusive ao próprio legislador:

“Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca”.

17. E invoca o episódio já citado de Antígona de SÓFOCLES, quando a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver precedido justamente, enterrando Polínice, afirmando ser esse seu direito natural e continua ARISTÓTELES, citando os versos de Sófocles:

*“Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos
Que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas.”*

18. Invoca, ainda, o sábio ateniense a EMPÉDOCLES que proclama esta lei natural por entender não ser possível que haja uma maneira de agir que seja justa para uns povos e injusta para outros afirmando: Mas a lei, que tudo rege, reina em toda a parte onde se estende o vasto éter de luz infinita.

19. PLATÃO, de sua vez, no diálogo com Eutífron, opõe-se à afirmação deste de que o justo é a vontade caprichosa dos deuses, para sustentar que: as coisas não são justas porque os deuses querem, mas, que os deuses as querem porque são justas.

20. SÓCRATES, no Livro IV das Memoráveis de Xenofonte, também, a par de em muitos outros pontos de sua obra dizer o mesmo, sustenta a existência deste direito que diz não só estar acima da lei positiva, mas afirma que esta lei positiva não pode se colocar em desacordo com este outro direito não escrito e que os homens já o encontram pronto e pré-estabelecido, eis o seu diálogo com Hípias:

- “- Conheces Hípias, leis não-escritas?
- Sim, aquelas que em toda parte vogam e têm o mesmo objeto.
- Di-las-ás estabelecidas pelos homens?
- Como se nem todos os povos vizinham nem falam a mesma língua?
- Quem imaginas, então, formulou tais leis?
- Acho que foram os deuses que as inspiraram aos homens. Porque entre todos os povos a primeira lei é respeitar os deuses.
- O respeito aos pais não é também lei universal?
- Sem dúvida.”*

21. E mais adiante termina o diálogo:

- “- Crês, pois Hípias, que os deuses estatuem leis justas ou que possam instituí-las contrárias à justiça?
- Não estabelecessem os deuses leis justas e ninguém as estabeleceria.
- Logo, Hípias, os próprios deuses querem que o justo seja o mesmo a que o legal.”*

22. Também os Romanos reconheceram a existência de um direito natural na mesma linha dos outros povos da antiguidade. CÍCERO em De República traduz o mesmo pensamento:

“Há uma lei verdadeira, norma racional, conforme a natureza, inscrita em todos os corações, constante e eterna, a mesma em Roma e em Atenas; tem Deus por autor; não pode, por isso, ser revogada nem pelo senado nem pelo povo; e o homem não a pode violar sem negar a si mesmo e à sua natureza, e receber o maior castigo.”

23. Ainda, o mesmo CÍCERO em De Legibus, afirma:

“Porque, existindo uma inteligência comum a todos nós, que nos dá a conhecer as coisas, formulando-as em nosso espírito, as ações honrosas nós as atribuímos à virtude, e as desonrosas ao vício; e só um louco concluiria que esses julgamentos são simples questões de opinião, e não impostos pela natureza.”

24. Na sua Epístola aos Romanos, fala SÃO PAULO, com toda a clareza, da Lei Natural:

“Efetivamente, quando os gentios, que não tem Lei praticam, naturalmente, o que manda a Lei, são para si mesmos lei e mostram que a realidade da Lei está escrita no seu coração, testemunhando a sua consciência com os juízos que os acusam ou os defendem.”

25. Também S. AGOSTINHO afirmou: “só se fosse possível ao homem deixar de ser homem, poderia ele viver sem estar sujeito à lei natural.” E ISIDORO DE SEVILHA diz que a lei da natureza nada mais é do que a lei áurea, contida no direito e no Evangelho, que nos compele a fazer aos outros o que faríamos a nós mesmos, proibindo-nos do contrário e afirma ser a liberdade universal de todas as criaturas humanas um mandamento da justiça natural.

26. Pela experiência das injustiças que sofremos também podemos captar como deve ser o comportamento justo. PEDRO-JUAN VILADRICH, na sua obra Aborto e Sociedade Permissiva, nos diz:

“A experiência mais elementar nos ensina que o homem sente com muito maior antecedência e intensidade o que os demais homens não devem fazer com ele do que aquilo que ele está obrigado a reconhecer e dar ao próximo. Se o nosso homem, por uma razão de elementar coerência, compreende depois que ele também não deve fazer com que o seu próximo aquilo que não quer que façam com ele, o nosso homem - e nós mesmos - teremos captado o sentido da sugestão de Upiano: o conhecimento ou experiência da injustiça também pode ser um caminho para a justiça, pois aquele que descobriu porque uma coisa é profundamente injusta, com não menos profundidade descobriu o que deve ser justo.”

27. O princípio eterno, imutável, universal, indispensável e evidente da lei natural expresso no preceito de faze o bem e evita o mal, ao qual se subsumem alguns outros como: “pratica a justiça, não faças aos outros, o que não queres que te façam, dá a cada um o bem devido, digas a verdade, vive honestamente, filho respeita os teus pais”, etc. exprime a tendência e inclinações naturais humanas, estes são hábitos, como diz S. Tomás, que contêm os preceitos da lei natural, o que é concreta historicamente observável ao longo dos séculos.

28. ULPIANO, já mencionado, célebre jurisconsulto romano, definia a Justiça como: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* - a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu. O Direito se ocupa de definir o seu de cada um. Há, basicamente, duas fontes das quais brotam os direitos de cada um:

29. A primeira, a natureza - são os direitos que decorrem da própria natureza humana, da dignidade própria da pessoa, tais como o direito à vida, à liberdade e à igualdade: são os denominados direitos humanos fundamentais.

30. É comum as constituições dos Estados buscarem uma forma de legitimação moral invocando esses princípios universais nos seus preâmbulos, com expressões como, por exemplo: “pretendendo constituir uma sociedade justa, na qual sejam respeitados os princípios da liberdade e igualdade, fundados nos valores supremos de uma sociedade fraterna”, etc. em geral são expressões que pretendem nos manter na memória um certo norte, e que querem dizer que fazem aquilo para poder atingir uma felicidade ou que querem fazer o bem e evitar o erro e o mal. É o que dispõe a Constituição brasileira e muitas outras.

31. A esse propósito, é emblemática, por exemplo, a Constituição da Espanha de 1978, cujo art. 1º, §1º, dispõe:

“Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político”.

32. Da mesma forma a Constituição norte-americana:

“(...) in order to form a more perfect union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity(...)”

33. Igualmente a Constituição Francesa :

“En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples. la République offre aux territoires d’Outre-Mer qui manifestent la volonté d’y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l’idéal commun de liberté, d’égalité et de fraternité et conçues em vue de leur évolution démocratique.”

34. E também a Constituição do Egito:

“We, the Egyptian people, in the name of God and by His assistance, pledge, indefinitely and unconditionally to exert every effort to realise: First: Peace to our world: being determined that peace should be based on justice, and that the political and social progress of all peoples can only be realized through the freedom of these peoples and their independent will, and that any civilization is not worthy of its name unless it is free from exploitation whatever its form. (...) fourth: Freedom for the humanity of the Egyptian man: Realising that man’s humanity and dignity are the lights which guide and direct the course of the great development of mankind for the realization of its supreme ideal.”

35. Não é sem mais que o ideal de justiça e liberdade está contido nos textos das Constituições. Nem mesmo o mais tirânico dos regimes arriscaria começar sua constituição ou sua carta de princípios afrontando esta regra do direito natural. Penso que geraria protestos internacionais veementes o país que iniciasse a sua constituição afirmando a tirania, a desigualdade, o mal e a violência como valores supremos ou aceitáveis, ao gosto de cada um, e que concluísse que aqui vale a lei do mais forte e do mais rico.

36. Digo isto para reforçar a idéia de que até aquele que violenta estes princípios, quando o faz, o faz sabendo que está a violentá-los, o que mais uma vez demonstra que estes princípios são conhecidos e inatos ao homem.

37. Com efeito, não se deve buscar no direito natural o regramento de toda a vida da sociedade, que isto seria também tolher a liberdade do homem, o que seria na verdade um totalitarismo iluminista. Na verdade, o que se deve buscar no direito natural é aquele núcleo mínimo de direitos imutáveis, aquelas regras básicas essenciais ao convívio social, que se encontram em todas as sociedades de todos os tempos, dada a natureza universal do homem. Esta é a também visão de S. TOMÁS DE AQUINO do direito natural.

38. A segunda fonte do direito são os contratos ou convenções, no seu sentido político mais amplo, - direitos que decorrem do acordo entre os homens, quer diretamente (contratos), quer através de suas representantes congressuais (leis): a obrigatoriedade das regras que impõem se fundamenta no princípio universalmente aceito de que “os pactos devem ser cumpridos” (“pacta sunt servanda”).

39. Em uma democracia, em especial nas sociedades complexas e multifacetadas dos tempos contemporâneos, não há consenso social relativamente às normas mais comezinhas do convívio humano: onde deve ser construída uma escola, uma ponte, o quantum de tributo ou regras de trânsito.

40. Inexoravelmente, tais definições são tomadas por maioria. Definido o caminho a seguir - segundo decisão majoritária - a decisão é tida como se fosse de todos. Quando elegemos os membros do Congresso Nacional, ficamos vinculados às leis que esses votam, ainda que não tenham sido eleitos os parlamentares em quem votamos e ainda que as leis não correspondam àquelas que teríamos aprovado se estivéssemos no Congresso. O que importa é que participamos do processo democrático-representativo ou que podemos dele participar. Reconheça-se, é ela, a democracia, que tem se mostrado o regime mais apto a permitir a elaboração de normas legítimas na sociedade.

41. No entanto, há sim um núcleo mínimo de valores que não deve ser olvidado pela sociedade e pelas instituições políticas. Esses valores estão colocados acima das disputas do dia-a-dia. Não comportam votação, seja no Congresso, seja no 0800 de um programa dominical de televisão. O desconhecimento de tais valores por parte da sociedade e das instituições políticas cedo ou tarde leva à corrupção dessas. Por isso é sempre atual a advertência do PAPA JOÃO PAULO II na Encíclica Centesimus Annus: Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado.

42. Respeitado aquele núcleo mínimo de direito natural o homem tem a liberdade para legislar, para dispor sobre e regular as relações humanas, entretanto esta regra de direito que nasce exclusivamente da vontade humana, há de ser legítima, isto é proceder da autoridade legítima, há de ser racional e tender a realizar o bem comum e ser suficientemente promulgada, para que seja conhecida. Com estas características a lei positiva será justa, e converter-se-á num prolongamento da lei natural, na sua aplicação nas circunstâncias concretas de lugar e de tempo.

43. O núcleo básico dos direitos do homem (direitos primários ou direitos fundamentais), portanto, tem como fundamento o Direito Natural em geral plasmado nas declarações de direitos humanos, das quais a mais antiga é o decálogo (Dizia o delegado patronal nas Filipinas na 90ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no mês de junho de 2002, que as milhares de leis que se editam no mundo inteiro são apenas porque os homens não conseguem cumprir o código mínimo estampado no decálogo e precisam de mais especificações). Temos também como exemplos a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” oriunda da Revolução Francesa (1789) e a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” da ONU (1948). Como o próprio nome bem expressa, têm caráter declaratório de direitos pré-existentes. Cabem às constituições reconhecê-los e não outorgá-los.

44. Esta é uma nota importante do direito natural. As constituições e leis magnas ou equivalentes

são compelidas a reconhecer a existência destes direitos, mas de forma alguma são a sua fonte, nem poderia ter o seu fundamento origem na constituição ou nas leis.

45. Penso que não ficaríamos muito confortáveis, hoje, se por acaso nos chegasse a notícia absurda de que o legislador teria mudado a regra do art. 5º caput da Constituição da República de 1988, para estabelecer uma nova condicionante ao direito à vida. Se esta notícia fosse levada a sério provocaria uma revolta geral, e com razão. É que nem de longe nos passa pela cabeça que este nosso direito à vida tenha o seu fundamento e a seu origem na constituição, o que aceitamos e concordamos é que a constituição apenas o declara.

46. A garantia de direito positivo que temos de que se trataria, no caso, de uma cláusula pétrea da constituição, ao lado da gratuidade para a certidão de óbito que seria também outra cláusula pétrea, como se isto fosse um conforto consolador, por exemplo, como consta do art. 5º, LXXVI, b; é para nós, sem dúvida muito fraca para a importância deste direito ou do bem que estaria em risco. Isto nós não aceitaríamos negociar politicamente. Ninguém ficaria tranquilo pensando que ao cabo e ao final a Corte Constitucional decidiria a contento a controvérsia.

47. Não nos deixa muito confortáveis a hipótese de que a tendência jurídica dos eventuais membros de um tribunal possa por em dúvida ou em discussão este nosso direito. Nós não admitiríamos, em nenhuma hipótese, que este direito fosse revogável por qualquer lei ou reinterpretado à luz de novas condicionantes sociais ou por qualquer argumento posto em dúvida. Por uma razão muito simples, para nós ele não nos foi outorgado por qualquer lei ou legislador. Penso que para defendê-lo chegaríamos até as vias de fato, e com muita facilidade. Outros já o fizeram.

48. Existem alguns outros direitos humanos ou naturais que são manifestações da liberdade, liberdade esta que é reconhecidamente um direito natural. Assim diríamos, o direito de constituir uma família, de educar os próprios filhos, à integridade física pessoal, à livre expressão do pensamento, o direito à informação verdadeira, o direito a praticar uma religião de acordo com a consciência, à educação, ao trabalho e à justa retribuição pelo trabalho, à propriedade privada dos frutos deste trabalho, direito ao descanso, a uma moradia digna, a honra e ao bom nome, à proporção entre a pena e gravidade da injustiça cometida, a utilizar o próprio idioma e viver segundo a própria cultura, dentre outros. Estes direitos nós os consideramos acima de qualquer constituição ou regime político e, ao mesmo tempo, servem de critério para julgar a moralidade das instituições jurídicas, sociais, econômicas e política do meio em que se vive.

49. Já os demais direitos (direitos secundários ou direitos convencionais), que são a maior parte dos que nutrem os ordenamentos jurídicos positivos, tiram sua força vinculativa do pacto social que, para o bom convívio social, estabelece as formas de aquisição, manutenção e perda dos direitos e seus limites. Essas normas são estabelecidas quer diretamente pelas partes que as deverão cumprir (contratos no seu sentido mais amplo), quer através da eleição de representantes que, dentro de Estado decidam, através da democracia, quais as regras (leis) que regularão a vida naquela sociedade.

50. Assim, a força vinculativa do direito decorre, quanto a esses direitos, da participação do indivíduo no estabelecimento da norma, que passa a vinculá-lo quanto ao seu cumprimento. É o que ocorre com a democracia republicana ou com a monarquia constitucional parlamentarista, por exemplo: Se participei das eleições que escolheram o atual Congresso Nacional, passo a estar vinculado às leis que editar, ainda que não tenham sido eleitos o deputado ou senador em que votei, e ainda que as leis que foram editadas não correspondam àquelas que eu teria aprovado se estivesse no lugar deles: o que importa é que participei, ou ao menos podia participar, do processo da democracia representativa, que, atualmente, tem se mostrado a que melhor permite elaboração de normas na sociedade.

51. Essa conjugação do jusnaturalismo com o contratualismo para explicar o fundamento da ordem jurídica parece ser, modernamente, a teoria que melhor se amolda ao caráter multifacetado dos direitos que compõem o patrimônio jurídico de qualquer indivíduo. O problema que surge, no entanto, e que desestrutura essa base sólida, é o reducionismo de todos os direitos do homem a exclusivamente um desses fundamentos. É o que temos com as teorias que reduzem tudo ao *fundamento*:

DA NATUREZA

52. Primeiro o Jusnaturalismo Iluminista, uma tentativa dos enciclopedistas franceses (DIDEROT, D'ALEMBERT, VOLTAIRE E MONTESQUIEU) de encontrarem a melhor regra de convívio social para cada umas das relações humanas, positivando essa norma ideal de conduta num dispositivo legal que seria perene: a edição do Código Napoleão constitui a transformação do jusnaturalismo iluminista num Direito Positivo sujeito às vicissitudes de tempo e espaço próprias das regras disciplinadoras dos direitos secundários, para os quais não existe uma solução ideal, já que de caráter contingente.

53. Segundo a **Jurisprudência Sociológica** – corrente encabeçada por LHERING (com o seu livro “A Luta pelo Direito”), da qual se constituem expoentes SAVING (Escola Histórica), GENY (Escola da Livre Investigação), KANTOROWICZ (Escola Livre do Direito), EHRLICH (Direito Vivo), DUGUIT (Pragmatismo Jurídico) e POUND (Adaptação Evolutiva), que reduzem o “**dever ser**” do homem (que seria a norma jurídica) ao “**ser**” tal como encontrado na vida social (análise sociológica): não a natureza humana captada naquilo que otimiza o convívio social (ideal a ser atingido), mas naquilo que se nota como geralmente aceito pela maioria das pessoas, no que se denominou realismo jurídico.

54. Neste caso seria jurídico qualquer comportamento social costumeiro por mais absurdo que fosse desde que aceito pelo grupo ou pela maioria do grupo que o pratica. Assim, a poligamia e o casamento entre mãe e filho, eventualmente seriam jurídicos, como também a antropofagia poderia sê-lo, desde que geralmente aceito pela maioria das pessoas que os praticassem. Segundo esta concepção não se poderia fazer nenhuma das críticas de violação de direitos fundamentais que, eventualmente, se faz a algumas das práticas que ocorrem em países e culturas islâmicas fundamentalistas ou em algumas populações africanas ou asiáticas. Tais práticas estariam sempre amparadas no **realismo jurídico**.

DOS CONTRATOS

55. Já o reducionismo decorrente do **Contratualismo**, partindo do pressuposto apriorístico de que o homem não é social por natureza, mas de que, num determinado momento da história teria firmado o pacto social, quer por ser mau por natureza, visando evitar a luta de todos contra todos (“*O Leviatã*” de HOBBS), quer por ser bom por natureza, visando conjugar os esforços individuais para atingir fins mais complexos (“*O Contrato Social*” de ROUSSEAU), reduz todos os direitos à base convencional, podendo ser mudados ao sabor da vontade da maioria.

56. Neste caso teríamos a exacerbação do democratismo, bastaria a vontade da maioria para que tudo fosse válido e legal. Neste caso a fonte máxima de todo e qualquer direito é a simples vontade da maioria, que poderia desta forma simplesmente desconhecer os direitos das minorias étnicas, raciais e culturais.

57. O reducionismo do **Juspositivismo**, calcado na Teoria Pura do Direito de KELSEN, nega-se peremptoriamente a estudar a questão do direito “justo”, reduz toda a ordem jurídica ao ordenamento legal: não haveria que se perquirir sobre a justiça da norma, mas apenas se ela é válida, ou seja, se foi

editada por quem tem poder para promulgá-la. Remete o fundamento de toda a pirâmide jurídica (na qual as normas inferiores, como portarias e decretos, nutrem a sua força vinculativa das normas superiores, como as leis e a constituição) a uma norma hipotética fundamental, meta-jurídica, que não chega a explicar, mas que permita retirar da própria ordem jurídica o problema de sua justificação: a lei deve ser cumprida porque é lei e foi editada segundo as normas que regem a elaboração legislativa, independentemente do seu conteúdo.

58. Esses reducionismos conduzem ao relativismo ético, fazendo derivar toda a ordem jurídica exclusivamente da vontade humana, quer individual, quer social. A raiz filosófica mais profunda dessa postura se encontra no idealismo de KANT.

59. Na Crítica da Razão Pura, KANT procede a sua revolução copernicana quanto à metafísica:

Até agora se admitia que todo o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos (realismo aristotélico). Não seríamos mais afortunados nos problemas de metafísica formulando a hipótese de que os objetos devem se regular pelo nosso conhecimento.

60. Assim, a verdade não seria o que é realidade, mas aquilo que o homem estabelecesse através de suas elucubrações mentais.

61. Em decorrência, na Crítica da Razão Prática, KANT formula o princípio ético que embasaria toda a ordem moral, expressando o seu imperativo categórico: *Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de legislação universal.* Assim, também o bem seria aquilo que o homem entendesse como tal para si mesmo, universalizando-o para os demais.

62. Percebe-se como, a partir de tais posturas filosóficas, passa a imperar na sociedade, tanto do ponto de vista ético (“eu sei o que é bom para mim!”; “se para você está errado, para mim está certo!”) quando do ponto de vista jurídico (“a lei é a vontade da maioria”; “o que a maioria disser é a verdade”) a volta do princípio enunciado por um dos mais célebres filósofos sofistas, que foi GÓRGIAS, tão combatido por SÓCRATES: *O homem é a medida de todas as coisas.*

63. Esse democratismo como fundamento da ordem jurídica positiva, consubstanciado no positivismo jurídico puro, é contestado por vários fatos históricos que o desmentem. Francisco de Vitória, dominicano e professor da Universidade de Salamanca, ao tempo de Carlos V, aplicou os princípios do direito natural à solução dos problemas relativos aos direitos da população indígena na América, opondo-se aos conquistadores do Novo Mundo em sua pretensão de tratar as populações nativas como animais capturados. LEÃO XIII, em 1891, na sua Encíclica Rerum Novarum condena a exploração do trabalho humano como simples instrumento do lucro.

64. Com que base se há de condenar as bombas em Hiroshima e Nagasaki sobre populações civis inocentes, se não invocando a lei natural? O que dizer dos massacres da Stalin, se a lei lhe dava guarida? Com efeito, nestes casos não houve e nem haverá julgamento formal, a lei e o consenso geral na idéia dos agressores justificaram o fato. A propaganda, aliás, quase nos convence de que isto teria sido justo e bom.

65. O relativismo juspositivista kelsiano, na tentativa de afastar a existência de um direito natural, na tentativa de afastar a questão sobre saber se o legal é justo - que é, em última análise, a tese de KELSEN - recebeu seu golpe de morte como teoria explicativa do fenômeno jurídico com o Julgamento de Nuremberg: a defesa dos líderes nazistas baseou-se em que apenas seguiram as leis de seu país,

editadas por um Congresso democraticamente eleito, o que tornava aquelas normas a vontade do povo alemão. A Corte de Nuremberg lastreou seu julgamento na existência de normas fundamentais de direitos humanos que estariam acima do Direito Positivo, devendo por este ser respeitadas.

66. O princípio do Direito Penal relativo ao “*nullum crimen, nulla pena sine lege*” não foi desrespeitado pela Corte, já que a norma na qual se pautou era o próprio Direito Natural: os líderes nazistas se deveriam ter perguntado se aquelas normas que discriminavam alguns grupos sociais não iam contra os direitos humanos fundamentais.

67. Significativo, ainda, o depoimento de GUSTAV RADBRUCH, citado por GALVÃO DE SOUZA e outros, no seu Dicionário de Política. Onde nos conta que RADBRUCH,

renomado professor da Universidade de Heidelberg, havia escrito uma “Filosofia do Direito” de cunho marcadamente positiva, em edição posterior deste livro, publicada após a Segunda Guerra Mundial, retificou sua posição, para o que contribuiu decisivamente a visão do espetáculo que presenciou na Alemanha nazista. Numa circular dirigida aos estudantes de Heidelberg, em 1945, sob o título Cinco minutos de Filosofia do Direito, declarou o seguinte: “Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”.

68. Por isto, quanto a esses direitos humanos fundamentais, a raiz da sua força vinculativa está na própria natureza humana, captada pela razão em seu modo de agir, buscando-se encontrar as condutas que otimizem o convívio social e atinjam o bem comum da sociedade. ARISTÓTELES, na busca do conteúdo mínimo desse Direito Natural, estudou dezenas de constituições das cidades-estado gregas, perquirindo-se sobre o que havia de comum entre todas elas e que condizia com o modo propriamente humano de se comportar.

69. S. TOMÁS DE AQUINO veio a integrar esse jusnaturalismo aristotélico com a concepção cristã da dignidade da pessoa humana, como criada à imagem e semelhança de Deus, para desenvolver suas bases do Direito Natural, partindo da experiência (não se trata, pois, de uma concepção teológica, baseada na vontade divina): “aquilo que diz respeito à ciência moral se conhece fundamentalmente através da experiência”. Assim, a observação do comportamento propriamente humano é que indica as diretrizes do agir moral (servindo o decálogo apenas como sinalizador de onde pode estar a melhor conduta). Esse é o genuíno jusnaturalismo, na concepção aristotélico-tomista.

70. Finalmente, à guisa de conclusão, não devemos perder de vista, portanto, que o direito natural e o direito positivo não se contrapõem necessariamente. O direito natural é parte essencial das ordens jurídicas históricas. O direito natural é básica parte do direito positivo, integra o direito positivo e lhe sustenta a legitimidade. Como diz JOHANNES MESSNER na sua Ética Social:

Se o direito natural tem uma relação intrínseca com a natureza do homem e com o modo de agir – lei natural – que lhe é próprio por natureza, é evidente que não pode haver nenhuma ordem jurídico-social duradoura que não efetive em proporção significativa o direito natural.

71. E continua MESSNER:

“Mesmo o Estado ditatorial, que em medida considerável estabelece o injusto em suas leis – o que facilmente se intui tanto em formas passadas como presentes da ditadura – vê-se obrigado a realizar uma parte essencial do direito natural, porque, caso contrário, violaria a natureza, e a violação da natureza não lhe permitiria durar muito.”

72. Em conclusão, é de se ver que da natureza humana, da dignidade da pessoa humana decorrem direitos inalienáveis, que denominamos muitas vezes de direitos fundamentais, e que têm como fonte o Direito Natural plasmado nas diversas declarações de direitos humanos, das quais a mais antiga é o Decálogo.

Os direitos secundários ou convencionais, que são a maior parte, tiram a sua força vinculativos pactos sociais e políticos.

A conjugação das regras do direito natural com as do direito positivo decorrente deste contratualismo parece ser, modernamente, a melhor maneira de explicar o patrimônio jurídico de qualquer indivíduo.

O direito positivo encerra ou compreende o direito natural e tem nele o seu norte e balizamento, sob pena de não subsistir.

O reducionismo praticado pelo jusnaturalismo iluminista e da jurisprudência sociológica e o reducionismo contratualista e do juspositivismo kelseniano puro conduzem ao relativismo ético e moral, que faz a ordem jurídica derivar exclusivamente da vontade humana, quer individual, quer social, o que termina por culminar na lei do mais forte, como o demonstra a história antiga e recente da humanidade.

Enfim, a força vinculativa dos direitos humanos fundamentais não está nos pactos e nem nas convenções e nem nos grandes acordos ou consensos políticos das nações e do Estado, a sua força vinculativa está na natureza humana, no direito natural. Estes documentos apenas os declaram ou os reconhecem, mas não lhes são constitutivos e nem são a fonte primeira dos direitos fundamentais. A sua fonte e a sua força estão no direito natural. O direito natural é a rocha, a base, o alicerce seguro do edifício jurídico que o homem constrói sem ele a obra não se sustenta.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*.

JOÃO PAULO II. *Centesimus Anus: Carta Encíclica*

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTR, 1997.

MESSNER, Johannes. *Ética social: o direito natural no mundo moderno*. Trad. Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante/USP, 1970.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREZ, Rafael Gomez. *Problemas morais da existência humana*. Lisboa: Edições Prumo, 1983.

PEREZ, Rafael Gomez. *História básica da filosofia*. São Paulo: Editora Nerman, 1986.

PLATÃO. *Diálogos*. Eutífon, ou da religiosidade. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PLATÃO. *Górgias*: ou a Oratória. [São Paulo]: Difusão Européia do Livro, s.d..

PLATÃO. *Xenofonte*.

SÓFOCLES. *Antígona*.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *Dicionário de política*. São Paulo: T.A. Queiroz Editores, 1998.

VILADRICH, Pedro-Juan. *Aborto e sociedade permissiva*. São Paulo: Quadrante, 1987.

DA CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO FALIMENTAR SEGUNDO A NOVA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Evolução histórica na legislação brasileira. 3. Objetivos da Falência na Nova Lei. 4. Caracterização do Estado Falimentar. 4.1. Da fase pré-falencial. 4.2. Procedimento para decretação. 4.3. Da contestação. 4.4. A recuperação judicial requerida em virtude do pedido de falência. 4.5. Do depósito elisivo. 4.6. Das relevantes razões para se evitar a declaração judicial da falência. 4.7. Legitimidade para requer a falência. 4.7.1. Autofalência. 4.8. Âmbito de incidência da lei. 4.8.1. Falência de sociedade anônima e de espólio. 4.9. Da sentença falimentar. 4.9.1. Dos recursos. 4.9.2. Requerimento de falência com dolo. 5. Caracterização do estado falimentar em algumas legislações estrangeiras. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Após mais de dez anos de tramitação no Congresso Nacional, vem, a lume, a lei que disciplina a recuperação judicial, extrajudicial e falência, do empresário e da sociedade empresária.

Nos novos institutos previstos, há fundada crença no sentido de que a recuperação judicial venha a se consagrar como instrumento hábil a promover o soerguimento da atividade empresarial, mediante a utilização dos diversos meios previstos para tal finalidade. A recuperação judicial, assim, chega cercada da mais auspiciosa expectativa na medida em que, se, de um lado, espera-se que a atividade empresarial não venha a sucumbir diante de dificuldades conjunturais, de outro, animam-se os credores diante da perspectiva da conservação e realização dos seus créditos.

A recuperação judicial, no entanto, não conta entre nós com o benefício da experiência e da comparação com o sistema anterior, pois que a concordata, agora extinta, dispunha de limites bem mais estreitos e modestos que a recuperação, cuja disciplina contempla, aliás, outra modalidade, qual seja, a de natureza extrajudicial.

* Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da UFMG. Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito de Empresa do Centro de Atualização em Direito - CAD/Universidade Gama Filho. Árbitro da Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB). Procurador do Estado de Minas Gerais.

A constatação quanto à inexistência de parâmetro anterior na legislação brasileira não prevalece em relação à falência. Durante quase sessenta anos, o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, cuidou da matéria falimentar em sentido estrito, desde sua caracterização - a chamada fase pré-falencial e os efeitos da sentença que a declarava -, a classificação dos créditos, além dos procedimentos de arrecadação, conservação e alienação dos bens integrantes da massa falida.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Decreto-lei nº 7.661/1945 não foi o primeiro diploma legal a regular a matéria. A rigor, a falência foi disciplinada desde as Ordenações reinóis.¹

O instituto da falência no Brasil, conforme observa VALVERDE, conheceu quatro fases importantes.

A primeira delas identifica-se com a publicação do Código Comercial de 1850 e vai até o advento da República. Caracterizava a chamada quebra, então prevista na Parte III do Código Imperial, a cessação de pagamentos. Os quarenta anos de vigência da legislação falimentar do Código foram entrecortados pela edição de decretos que tinham, por objetivo, o tratamento de questões pontuais em matéria falimentar.²

A segunda fase da evolução do instituto falimentar no Brasil corresponde à edição do Decreto Republicano nº 917, de 24 de outubro de 1890, de autoria de CARLOS DE CARVALHO. Naquele diploma legal, o estado de falência passou a ser caracterizado por atos ou fatos previstos em lei, mormente pela impontualidade, instituindo-se a moratória, a cessão de bens, o acordo extrajudicial e a concordata preventiva como meios inibidores da declaração de falência.³

A Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908, dá início ao terceiro período. O texto de lei em questão, simplificando o mecanismo processual da lei, aperfeiçoou os princípios que informavam o Decreto nº 917 de 1890, corrigindo imperfeições que a prática então revelara.⁴

O registro digno de relevo que identifica a quarta fase histórica da falência corresponde à edição do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, segundo o qual a falência há de ser declarada se o comerciante não paga, no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime a execução, sem relevante razão de direito para não fazê-lo.⁵

O processo falimentar, então, estava voltado ao objetivo de promover o *acertamento* da situação jurídica do devedor falido, sendo mesmo identificável a existência de duas fases distintas, embora não formalmente separadas: a *fase cognitiva*, com ênfase na arrecadação de bens que dessem consistência material à massa falida e a *fase de liquidação* de patrimônio, com a alienação dos bens da massa para pagamento no limite da expressão material da mesma, aos credores classificados de acordo com a prelação do art. 102 do Decreto-lei nº 7.661/1945.

¹ Requião assinala que as Ordenações Afonsinas, revistas por ordem del Rei D. Manuel, em 1521, passando a se denominar Ordenações Manuelinas, regulavam também o concurso de credores, que ocorria quando o patrimônio de devedor não bastava para solver todos os seus débitos. No entanto, segundo o mesmo autor, o alvará editado pelo Marquês de Pombal constituía o ponto de partida para o estudo da instituição falimentar no direito pátrio. (REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 13/15. vol.1.)

² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948. p. 15/16, vol.1.

³ Idem, p. 16

⁴ Idem, p. 17

⁵ Art. 1º, Dec-lei nº 7.661/1945.

A falência caracterizou-se, pois, como instituto tipicamente mercantil em decorrência da sujeição passiva dos comerciantes e das sociedades comerciais ao disposto na lei. Demais disso, a declaração judicial da falência não estava condicionada à pluralidade de credores, nem o pedido submetido a valor mínimo legalmente fixado.

No Brasil, além de restringir-se aos comerciantes e sociedades comerciais, carecia, o direito falimentar, de tratamento legal mais adequado à realidade econômica e social do país, em virtude das profundas modificações implementadas em nossa estrutura e desenvolvimento, sobretudo, a partir da 2ª metade do séc. XX.

3. OBJETIVOS DA FALÊNCIA NA NOVA LEI

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades (instrumento), a falência “*visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa*” (finalidade). É a dicção do caput do art. 75.

A conservação dos ativos e a manutenção dos meios de produção constituem, então, o principal foco do processo falimentar e, ao lado dele, também está presente, de maneira vigorosa, o atendimento aos interesses dos credores.

4. CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO FALIMENTAR

4.1. DA FASE PRÉ-FALENCIAL

A estrutura contida no Decreto-lei nº 7.661/1945, quanto à caracterização do estado falimentar, está preservada na Lei nº 11.101/2005, embora não haja, em seu texto, título ou capítulo com a rubrica de caracterização da falência.

Insta observar, entretanto, que a fase pré-falencial, consubstanciada na iniciativa do credor e na possibilidade de resistência do devedor, e mais, na sentença decretatória que reconhece e constitui o estado falimentar de direito, está presente na nova lei. Funciona a sentença que decreta a falência como verdadeiro *divisor de águas* entre a fase pré-falencial e o processo falimentar propriamente dito, a exemplo do que dispunha o Decreto-lei nº 7.661/1945.

A falência será decretada se o devedor,

“sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;” (art. 94, I)⁶

A primeira razão, juridicamente suficiente para que se possa pedir, em juízo, a falência de um empresário ou sociedade empresária, diz respeito ao não pagamento de obrigação líquida no vencimento. Ao contrário do regime anterior, cujo texto legal não estabelecia valor mínimo necessário à legitimação do pedido, a Lei nº 11.101/2005 prevê limite mínimo para tal, de valor superior a 40 salários-mínimos, na data do pedido da falência. Afasta o preceito, de logo, a hipótese de pedido e conseqüente decretação de falência decorrentes de créditos não pagos de valor ínfimo.

⁶ O Dec-lei n. 7.661/1945 disciplinava a hipótese do caput do art. 1º com a seguinte redação: “Art. 1º - Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva.”

A intenção do legislador de 1945, por certo, não foi a de propiciar que o pedido de falência se transformasse em mera pretensão de cobrança deduzida em juízo; todavia, durante décadas, credores e devedores se lançaram ao jogo frenético do pedido de falência e da possibilidade conferida ao devedor para que, no prazo de defesa, efetuasse o depósito elisivo, correspondente ao valor reclamado e impeditivo da decretação da falência.

Juízes e tribunais acompanharam, ao longo do tempo, verdadeiro desvirtuamento do pedido judicial da falência, testemunhando, ora a iniciativa dos credores em fazer da ação de falência poderoso instrumento de cobrança de crédito, ora a estratégia de alguns devedores de aguardar o momento final - correspondente ao prazo de defesa na falência - para efetuar o depósito, livrando-se dos rigores do processo falimentar, adimplindo, na undécima hora, obrigação líquida impaga.

O título executivo⁷, seja judicial ou extrajudicial⁸, habilita o credor a promover, em juízo, a ação falimentar, desde que mencionado título esteja protestado.

A Lei nº 9.492/97, ao cuidar dos protestos para fins falimentares, dispõe que somente poderão ser protestados para tal desiderato “... os títulos ou documento de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às conseqüências da legislação falimentar.”⁹

Não se pode olvidar que o título resulta de *obrigação líquida* que se exprime por sua *certeza, exata quantificação (obrigação determinada) e exigibilidade*.¹⁰

CALAMANDREI, citado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, afirma:

“... ocorre a certeza em torno de um crédito quando, em face do título, não há controvérsia sobre sua existência (an); a liquidez, quando é determinada a importância da prestação (quantum); e a exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações.”¹¹

Há praticamente um século, FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA ensinava que a dívida, qualquer que seja a sua origem, sempre encerra três elementos fundamentais: a) certeza de

⁷ Ensina Ernane Fidélis dos Santos que, “Não há possibilidade de instauração de processo executório, sem título executivo. Este se informa exclusivamente pela lei e tem validade formal.

Títulos executivos são apenas os que a lei enumera, não sendo permitida a criação de outros pela vontade dos particulares.” (Manual de direito processual civil. 7.ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.)

⁸ Arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil

⁹ A Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, que define competência e regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida, menciona no parág. único do art. 23 os títulos e documentos de dívida que poderão ser protestados para fins falimentares.

Eis o texto:

“Art. 23 – Os termos dos protestos lavrados, inclusive para fins especiais, por falta de pagamento, de aceite ou de devolução serão registrados em um único livro e conterão as anotações do tipo e do motivo do protesto, além dos requisitos previstos no artigo anterior.

Parágrafo único. Somente poderão ser protestados, para fins falimentares, os títulos ou documentos de dívida de responsabilidade das pessoas sujeitas às conseqüências da legislação falimentar.”

¹⁰ O art. 1533 do Código Civil de 1916 estabelecia:

“Art. 1533 – Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.”

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 33. v.2.

sua existência; b) cifra de seu montante; e c) determinação da natureza do objeto com que deva ser paga.¹²

Em face disso, as obrigações ilíquidas não ensejam o manejo do pedido falimentar pelos seus titulares. Nesse sentido, somente os títulos executivos, devidamente protestados, configuradores de obrigação líquida, darão azo à propositura da ação de falência. O título, sem essas características, não será apto a embasar o pedido de falência de devedor empresário ou sociedade empresária.¹³

Para que se tenha a possibilidade da falência decorrente de não-pagamento de obrigação líquida, a lei exige também (art. 94, § 3º) que o pedido de falência seja instruído com os títulos executivos no original ou por cópias autenticadas na hipótese de estarem juntados em outro processo (art. 9º, parágrafo único), além dos respectivos instrumentos de protesto para fins falimentares, de conformidade com a legislação específica.

A indagação a ser formulada, em virtude do disposto no §3º do art. 94, é a de se saber se o protesto suficiente para pedir a falência será aquele tirado especialmente para a falência ou se o protesto cambial, feito anteriormente, serviria para instruir o pedido legitimando a iniciativa judicial do credor.

Protesto, declara o art. 1º da Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997, “... é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”¹⁴

A jurisprudência, sob a égide do Dec-lei n.º 7.661/1945, vem admitindo a utilização do protesto cambial como meio hábil ao requerimento de falência.

4.2. PROCEDIMENTO PARA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA

A lei falimentar prevê a possibilidade de decretação da falência do devedor que não paga, no vencimento e sem relevante razão de direito, obrigação líquida constante de título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 salários-mínimos na data do pedido (art. 94, I).

¹² Complementa o mencionado autor: “líquida é a dívida determinada na sua espécie, qualidade ou quantidade; e certa, a que é provada pelos meios competentes.” (ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, 1916 – apud Jerônimo Roberto F. dos Santos *in* A falsa complexidade da liquidez nos títulos executivos, acessado em 20 de janeiro de 2005.

<http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/jeronimorobertoafalsacomplexidadedaliquidez2>)

¹³ Gladston Mamede afirma que o vocábulo título comporta duas interpretações básicas, sendo que a primeira, em sentido estrito, guarda relações diretas com a expressão física de um texto que adere à coisa ou à pessoa (inscrição gravada numa obra de arte, placa afixada na porta de uma residência, distinção honorária, etc). Na interpretação mais abrangente, corresponderá, por exemplo, a um texto conhecido independentemente de estar materializado, mas, ainda assim, capaz de dar identidade ou adjetivar uma coisa. Assim, aquele que mantém o domínio sobre coisa móvel ou imóvel será o titular de um direito de propriedade, enquanto que, numa relação jurídica entre pessoas identificada como relação obrigacional, a posição ativa conduz ao título de credor, enquanto que a posição passiva conduz ao título de devedor. (Títulos de Crédito: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002, São Paulo: Atlas, 2003. p. 23/24.)

¹⁴ Celso Barbi Filho assinala: “Protestar tem o sentido etimológico de afirmar solenemente ou declarar publicamente um fato. Há em direito pelo menos três tipos de protesto: o cambiário, o falimentar e o judicial.” Os dois primeiros, realizados por serventia de registro público, efetivam-se quanto a títulos de crédito, um contrato ou uma sentença judicial, enquanto que o protesto judicial seria apenas manifestação formal de uma parte a outra, para se prevenir responsabilidades e ressaltar direitos concernentes a determinado fato jurídico (art. 867, CPC). (*A duplicata mercantil em juízo*, atualização por Otávio Vieira Barbi, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65/66.)

Também constituem razões juridicamente aptas à propositura judicial da falência, o disposto nos incs. II e III, alíneas “a” a “g” do art. 94. O inc. II estabelece que será decretada a falência do devedor que “*executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;*”

Repete o legislador, quase integralmente, a mesma redação constante do inc. I do art. 2º do diploma falimentar anterior, inovando, contudo, quanto à nomeação de bens a penhora, ao mencionar bens *suficientes*. Não basta, pois, a indicação de bens a penhora, sendo necessário que sejam suficientes.

Salvo se fizerem parte do plano de recuperação judicial, os atos relacionados no inc. III do art. 94, constituem *atos falimentares*, correspondendo, a maioria deles, aos incs. II a VII, do art. 2º do Dec-lei nº 7.661/1945.

Ressalte-se a ausência na relação de atos falimentares do art. 94 da nova lei, o disposto no inc. III do art. 2º do Dec-lei nº 7.661/1945 que, considerava como ato suficiente ao pedido de falência, a convocação, pelo devedor, dos credores e a proposta de dilação, remissão de créditos ou cessão de bens. Se, à época da edição da lei falimentar de 1945, esse poderia ser considerado um ato falimentar, hoje, nenhum sentido faz a restrição anteriormente imposta até porque a nova lei consagra o Capítulo VI à Recuperação Extrajudicial que, em última análise, significa a composição entre devedor e seus credores.

Estará praticando ato falimentar o devedor que “*procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos (inc. III, “a”)*”¹⁵.

Do mesmo modo, alínea “b” do inc. III do art. 94 considera ato falimentar a iniciativa do credor que “*realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;*”¹⁶

A transferência de estabelecimento a terceiro nas condições previstas na alínea “c” do inc. III do art. 94 também caracteriza ato erigido à condição de ensejador do pedido de falência: “*transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;*”¹⁷

A alínea “d” do inc. III do mesmo artigo apresenta novidade em relação aos atos falimentares integrantes do rol previsto no art. 2º da lei falimentar anterior. É que a simulação de transferência do principal estabelecimento, na forma prevista na alínea indicada, constitui razão juridicamente suficiente para o pedido de falência, desde que seja *realizado com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou, ainda, para prejudicar credor*.¹⁸ Convém assinalar que o principal estabelecimento

¹⁵ Corresponde ao art. 2º, inc. II do Dec-lei nº 7.661/1945:

“II – procede à liquidação precipitada ou lança mão de meios ruinosos ou fraudulentos para realizar pagamentos;”

¹⁶ Corresponde a nova redação àquela constante do inciso IV do art. 2º do Dec-lei nº 7.661/1945, à exceção do vocábulo *fito* empregado na redação anterior no lugar do vocábulo *objetivo*, na seguinte expressão “... com o *fito* de retardar pagamentos...”

¹⁷ Art. 2º, V, do Dec-lei nº 7.661/45:

“V – transfere a terceiro o seu estabelecimento sem consentimento de todos os credores, salvo se ficar com bens suficientes para solver o seu passivo;”

¹⁸ A hipótese prevista não guarda relação com as situações descritas no art. 2º do Dec-lei nº 7.661/1945. É que a transferência do estabelecimento era e continua sendo identificada como ato falimentar. O acréscimo do novel diploma fica por conta da simulação de transferência.

define a competência judicial para decretar a falência, nos exatos termos do art. 3º da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.

Dispõe o art. 94, inc. III, alínea “e”, que constitui ato falimentar a iniciativa do devedor que “*dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;*”¹⁹

A garantia concedida pelo devedor, em razão de dívida contraída anteriormente, integra o rol dos atos qualificados pelo legislador como falimentares, salvo se ficar o devedor com bens livres e desembaraçados para saldar seu passivo. Presume-se que o reforço de garantia ou mesmo sua concessão em negócio já realizado tenha o objetivo de dotar o crédito, anteriormente constituído, de melhor condição de recebimento pelo credor de seu efetivo valor. De lembrar que a classificação dos créditos na falência tem agora nova configuração, sendo certo que os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado preferem, no geral, os créditos tributários, sendo superados, apenas, pelos créditos derivados da legislação do trabalho, com limite legal correspondente a 150 salários-mínimos por credor, e os derivados de acidentes de trabalho, sem limitação legal quanto ao valor (art. 83, incs. I, II e III).

O sexto motivo, legalmente suficiente para que se possa requerer a falência do devedor, está previsto na letra “f” do inc. III do art. 94:

“ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;”

O devedor que se ausenta, que tenta ocultar-se do seu domicílio ou que abandona o estabelecimento nas condições previstas na mencionada alínea, estará praticando ato falimentar. Uma vez mais, o legislador deve ter idealizado a previsão normativa tendo em vista a velha noção de *comerciante* que permeou quase todo texto do Decreto-lei nº 7.661/1945. A hipótese fica restrita às situações que envolvam o empresário individual. Ausentar-se, abandonar, ocultar-se, constituem iniciativas não compatíveis com a organização empresarial societária, mormente naquelas em que a administração se encontra disseminada por diversas instâncias internas de poder. De toda sorte, releva notar a profunda semelhança do dispositivo da atual lei de falência em relação ao diploma legal anterior revogado.²⁰

O último dos atos falimentares da relação contida no art. 94 corresponde à hipótese de obrigação assumida e não adimplida pelo devedor no plano de recuperação judicial. Não existe correspondência com as hipóteses contempladas no art. 2º do revogado Decreto-lei nº 7.661/1945. Havia previsão, na concordata, no sentido de que, a qualquer tempo, o juiz, verificando a presença de óbices legais ao processamento do pedido, declararia, de plano, aberta a falência.²¹ Também estaria o juiz obrigado à decretação da falência se não atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos, ou a inexistência de qualquer dos documentos apresentados pelo devedor com a petição inicial da concordata.²² Finalmente, a

¹⁹ Corresponde a hipótese ao disposto no inc. VI do art. 2º do Dec-lei nº 7.661/1945:

“VI – dá garantia real a algum credor sem ficar com bens livres e desembaraçados equivalentes às suas dívidas, ou tenta esta prática, revelada a intenção por atos inequívocos;”

²⁰ Dec-lei n. 7.661/1945, art. 2º, inc. VII: “ausenta-se sem deixar representante para administrar o negócio, habilitado com recursos suficientes para pagar os credores; abandona o estabelecimento; oculta-se ou tenta ocultar-se, deixando furtivamente o seu domicílio.”

²¹ Neste sentido, art. 161, caput, Dec-lei nº 7.661/1945.

²² Art. 162, I, II e III, Dec-lei n. 7.661/1945.

concordata, uma vez concedida, poderia ser objeto de rescisão por sentença proferida pelo juiz, se verificada qualquer das hipóteses configuradoras da rescisão da mesma.²³

Da forma em que se encontra redigida a alínea “g” do inc. III do art. 94²⁴, qualquer obrigação, assumida no plano de recuperação judicial e que não seja tempestivamente cumprida pelo devedor, dará azo à declaração judicial da falência. Não se pode deixar de considerar defeito grave, de natureza redacional, que compromete o exato alcance da norma o disposto na mencionada alínea. O devedor, no plano de recuperação judicial, assume considerável número de obrigações, sendo que a principal delas reside no cumprimento do plano propriamente dito, com as modificações sugeridas pelos credores, reunidos em assembléia, ou introduzidas durante a fase de cumprimento do plano com a aquiescência deles. Mas há um sem número de obrigações satélites que, isoladamente, pouco ou nada representam. Assim, a obrigação inadimplida, suficiente para caracterizar a falência, deverá ser aquela correspondente à própria execução do plano.

Cabe ressaltar que, uma vez rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência de acordo com o § 4º do art. 56. O mesmo ocorrerá, por decisão do juiz, na chamada convalidação da recuperação judicial em falência, arts. 73 e 74 da nova lei.

4.3. DA CONTESTAÇÃO

Uma vez citado, o devedor poderá contestar o pedido no prazo de 10 dias (art. 98, caput). A alteração do prazo constitui uma das mais importantes inovações da nova lei falimentar na fase pré-falencial. De fato, é agora o prazo razoável, que permite ao devedor reunir provas, juntar documentos, preparando-se, enfim, para enfrentar o pedido de decretação de sua falência - se empresário individual - ou da sociedade da qual faça parte e a represente. O sistema anterior estabelecia um prazo inexplicavelmente curto, de 24 horas apenas, para que o devedor pudesse se defender de um pedido judicial que, uma vez julgado procedente, iria alterar, quem sabe, para sempre, os rumos de sua vida, com intensas conseqüências em todos os aspectos. O compromisso com a celeridade processual jamais constituiu razão juridicamente aceitável para um prazo tão exíguo como o constante no Dec-lei nº 7.661/1945.²⁵

Outro ponto digno de destaque é a fixação de valor superior a 40 salários-mínimos, do título ou títulos executivos protestados, indispensável ao requerimento de falência do devedor que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida.

Não obstante a discricionariedade do legislador em estabelecer limite mínimo para o pedido de falência, com base no inc. I do art. 94, certo é que a lei anterior nada dispôs sobre a questão o que, muitas vezes, deu ensejo a que pedidos de falência fossem ajuizados em função de valores insignificantes.

4.4. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL REQUERIDA EM VIRTUDE DO PEDIDO DE FALÊNCIA

A lei falimentar anterior, ao estabelecer as relevantes razões de direito impeditivas da declaração judicial da falência, apontava o requerimento de concordata preventiva anterior à citação como causa eficiente para impedir a decretação da falência.

O requerimento de concordata devia, pois, ser anterior à citação, não sendo possível, nem válido, o pedido de concordata oferecido no prazo de defesa do devedor demandado na falência. A lei

²³ Art. 150, Dec-lei n. 7.661/1945.

²⁴ “Art. 94, III, g – deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.”

²⁵ Arts. 11 e 12 do Dec-lei nº 7.661/1945.

atual, ao contrário, expressamente admite que, no prazo da contestação ao pedido de falência apresentado, possa o devedor pleitear sua recuperação judicial. Há, neste ponto, expressiva novidade no confronto com o sistema do Dec-lei n. 7.661/1945.

Uma questão se apresenta de forma imediata neste aspecto: o devedor, que usar a possibilidade de apresentar pedido de recuperação judicial no prazo de contestação da falência, terá que contestar o pedido?

Para responder tal indagação, é preciso reafirmar que a falência e a recuperação judicial constituem ações no sentido técnico-processual, isto é, configuram direito subjetivo à tutela jurisdicional. A ação é o direito de pedir tutela jurisdicional.²⁶

Então, como ação autônoma que é, a recuperação judicial não constitui, tecnicamente, matéria de defesa a ser oposta pelo devedor em face de pedido de falência formulado por algum credor seu, a menos que se reconheça que uma ação judicial possa vir a ser contestada por outra ação judicial.²⁷ O que se tem, na verdade, é a prerrogativa chancelada pelo legislador em prol daquele que tenha, contra si, um pedido de declaração judicial de falência. Nesse sentido, a propositura da recuperação judicial evitaria ou retardaria a prolação da sentença falimentar e a produção de todos os efeitos jurídicos de que lhe são próprios.

WALDO FAZZIO JÚNIOR alerta para o risco que a hipótese pode ocasionar:

“A LRE, malgrado seu propósito de proteção da atividade empresarial, abre, aqui, confortável porta de acesso para a protelação do reconhecimento judicial da insolvência. Acolher a defesa fundada no pedido de recuperação pode significar, simplesmente, prorrogar por meses a decretação da quebra do agente econômico, com todos os inconvenientes e despesas causados pela delonga. Nesse sentido, parece-nos que, se o juiz verificar desde logo a improcedência do pedido de recuperação ou se o devedor não complementar a instrução do pedido recuperatório no prazo, a defesa a esse título deve ser rechaçada e a falência decretada.”²⁸

Claro está que os mesmos requisitos exigidos por lei para que o devedor alcance a recuperação judicial pretendida, em pedido originário, se aplicam aos pedidos de recuperação judicial motivados pelo requerimento de falência.

Ora, se o legislador admitiu expressamente a hipótese de que, no prazo da contestação, seja requerida pelo devedor sua recuperação judicial, parece claro que o pedido é autônomo e apenas apresentado no prazo correspondente ao da contestação.

²⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52. v.1.

²⁷ A Câmara Federal, na sessão realizada em 15 de outubro de 2003, aprovou o texto que seria objeto de modificação no âmbito do Senado, com o seguinte teor: “Art. 45 – A recuperação judicial é a *ação judicial* destinada a sanear a situação de crise econômico-financeira do devedor, salvaguardando a manutenção da fonte produtora, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, e viabilizando, desta forma, a realização da função social da empresa.”

A alteração redacional promovida no texto final aperfeiçoou o estilo, em prol de sua clareza sem alterar, por óbvio, a natureza de ação da recuperação judicial.

²⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 232.

Cabe observar, ainda, que a recuperação judicial pleiteada naquele prazo estará limitada às hipóteses de falência com base no art. 94, inc. I da nova lei falimentar, isto é, os pedidos de falência fundados no não pagamento de obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados. Reforça o entendimento o disposto no inc. VII do art. 96, no sentido de que a falência requerida por impontualidade não será decretada no caso da apresentação do pedido de recuperação judicial no prazo de contestação ao pedido de falência.

4.5. DO DEPÓSITO ELISIVO

O parágrafo único do art. 98 estabelece que, nos casos de pedidos de falência em que o devedor não pague, no vencimento, obrigação líquida sem relevante razão de direito para não fazê-lo, ou que, executado por qualquer quantia líquida, não pague, não deposite ou não nomeie bens suficientes a penhora, poderá o mesmo depositar o valor correspondente ao total do crédito, aí incluídos juros e honorários advocatícios, mais correção monetária, impedindo, desta forma, a decretação da falência. É o depósito elisivo²⁹, de previsão legal constante da lei anterior e que se realizava no prazo de defesa, ou seja, nas exíguas 24 horas do art. 11. A norma atual reproduz a mesma obrigatoriedade no sentido de que o depósito seja feito no prazo da contestação, isto é, agora, nos 10 dias posteriores à citação.

4.6. DAS RELEVANTES RAZÕES PARA SE EVITAR A DECLARAÇÃO JUDICIAL DA FALÊNCIA

O art. 96, I, da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, prevê que a falência requerida com base na impontualidade prevista no inc. I do art. 94, não será decretada se aquele em face de quem o pedido foi posto provar:

“I – falsidade de título;”

Comentando disposição semelhante contida no art. 4º, I do Decreto-lei nº 7.661/1945³⁰, de redação mais completa que a atual, assevera VALVERDE:

“O falso jurídico, considerado como delito civil, é sempre um atentado de natureza patrimonial. (...)

A falsificação pode consistir, ou na fabricação de documento com o fim de criar, extinguir, aumentar ou diminuir uma obrigação, ou na alteração física de um documento verdadeiro, para que resulte outro sentido, ou efeito juridicamente diverso.”³¹

Há importante alteração de redação do dispositivo legal na lei nova em relação à lei anterior. No Decreto-lei nº 7.661/1945, a expressão era “falsidade do título da obrigação”, o que compreendia tanto o sentido de documento ou instrumento que contém a obrigação, como o sentido de causa dela.³² Já a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, limita a hipótese à “falsidade de título”, restringindo o alcance da norma apenas aos aspectos formais do próprio título, sem que se adentre na discussão da causa da

²⁹ “Elisivo, do verbo elidir, significa eliminar, suprimir. Com efeito, efetuado o depósito, o processo sofre radical alteração, ficando inteiramente afastada a possibilidade da quebra, ainda que a ação venha a ser julgada procedente.” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 19 ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 92.)

³⁰ “Art. 4º - A falência não será declarada, se a pessoa contra quem for requerida, provar:

I – falsidade do título da obrigação;”

³¹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p. 55. v.1.

³² Idem, p. 55

obrigação. Convém observar que art. 94, I, da lei atual, diz que a falência será decretada se o devedor não pagar no vencimento, sem relevante razão de direito para fazê-lo, obrigação líquida materializada em *título ou títulos executivos* protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 salários-mínimos na data do pedido de falência. Assim, basta a falsidade de um deles, de qualquer deles, independente de seu valor individual, contanto que tenha sido utilizado para atingir o valor correspondente a 40 salários-mínimos.

“II – prescrição;”³³

A prescrição, segundo VALVERDE, “*constitui sempre matéria de exceção, (...), pelo que não se concebe seja alegada em ação direta do devedor contra o credor, mas em defesa, se este procura validar um direito inativo.*”³⁴

Como defesa no procedimento pré-falencial, segundo BESSONE,

“... somente oferece interesse a prescrição extintiva, porque só ela leva à liberação do devedor, cuja falência se pretende.

A prescrição é renunciável. O juiz não a decreta de ofício, pois depende sempre da arguição do devedor.”³⁵

“III – nulidade de obrigação ou de título;”³⁶

Existe pequena, mas expressiva, mudança de redação do disposto no Decreto-lei nº 7.661/1945 para o sistema da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Com efeito, a disposição revogada aludia a “nulidade da obrigação ou do título respectivo”. O atual inc. III do art. 96 aponta, como causa suficiente para a não decretação da falência, a nulidade de obrigação ou de título. Da mesma forma que no inc. I, a nulidade de qualquer dos títulos utilizados pelo credor para legitimar e instruir seu pedido de falência constituirá razão suficientemente impeditiva da decretação da falência, hipótese também aplicável a qualquer das obrigações.

“IV – pagamento da dívida;”

Constitui o pagamento meio extintivo da obrigação por excelência. CAIO MÁRIO observa:

“... que no rigor da técnica jurídica, significa o cumprimento voluntário da obrigação, seja quando o próprio devedor lhe toma a iniciativa, seja quando atende à solicitação do credor, desde que não o faça compelido.”³⁷

No sistema da lei anterior, o pagamento, para que valesse como relevante razão de direito, obstativa da declaração judicial de falência, deveria ser feito antes de requerida a falência, ainda que depois do protesto do título.³⁸

³³ Corresponde ao inciso II do art. 4º do Dec-lei nº 7.661/1945.

³⁴ Idem, p. 57.

³⁵ Darcy Bessone. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69.

³⁶ Art. 4º, inc. III do Dec-lei nº 7.661/1945:

“III - nulidade da obrigação ou do título respectivo”.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 114. v.2.

³⁸ Art. 4º, inc. IV do Dec.-lei nº 7.661/1945:

IV – pagamento da dívida, embora depois do protesto do título, mas antes de requerida a falência;”

A lei atual exigiu apenas o pagamento, não mais limitando sua eficácia à circunstância temporal de o mesmo ser efetuado antes de requerida a falência. Mais uma vez o magistério de VALVERDE:

*“A matéria relevante há-de consistir em ato ou fato ocorrido antes do pedido de falência. Depois de ajuizada, somente o depósito da quantia correspondente ao crédito reclamado (...) poderá afastar a declaração da falência”.*³⁹

O legislador, claramente, optou pela continuação da atividade empresarial, possibilitando que a falência seja obstada pelos meios legalmente eficazes para tanto. Assim, criou-se, no sistema da nova lei, uma outra hipótese muito parecida com a do depósito elisivo, mas que com ele não se confunde, na medida em que o depósito elisivo só se efetua uma vez citado o devedor, ainda que desacompanhado de contestação.

O pagamento, previsto no inc. IV do art. 96, há de ser argüido para o desiderato de se evitar a decretação judicial da falência. Nesse sentido, como não mais prevalece a limitação anteriormente imposta de validar o pagamento desde que realizado antes de requerida a falência, com o sistema da nova lei, tem-se que o mesmo poderá ser feito até antes da citação do devedor. Depois da citação, será feito nos autos, sob forma de depósito elisivo.

*“V – qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título;”*⁴⁰

Não obstante a alteração verificada na redação do dispositivo legal sob comento, em cotejo com a redação anterior que lhe fora dada, o inc. V do art. 96, reitera o caráter meramente exemplificativo da lista das relevantes razões de direito oponíveis ao requerimento de falência. O art. 4º do Dec-lei revogado inseria esta cláusula genérica de liberação do devedor dos rigores da falência, como última das hipóteses contempladas em lei, diferentemente do que se sucede no sistema da lei atual, na qual o inciso liberatório do devedor encontra-se em meio a outras possibilidades autorizadas pelo legislador.

Desnecessária, no entanto, a referência à não legitimação da cobrança de título porquanto a mesma está presente nos outros incisos contidos no art. 96.

De se notar, porém, a ausência de previsão de exclusão do devedor do processo de falência, constante do texto revogado, embora, naturalmente, possa o devedor valer-se de defesa indireta, de conteúdo processual, no sentido de obter o reconhecimento, por exemplo, de ilegitimidade passiva, ou da ausência de legitimidade ativa de seu suposto credor.

“VI – vício em protesto ou em seu instrumento;”

Para CELSO BARBI FILHO, o protesto é o registro formal que tem natureza administrativa e é praticado por oficial de registro público, sem intervenção judicial, e que serve à comprovação da falta da prática de ato a que se obrigava o devedor principal de um título ou outro documento de crédito.⁴¹

³⁹ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v.1, p. 58.

⁴⁰ Art. 4º, inc. VIII do Dec-lei n. 7.661/1945:

“VIII – qualquer motivo que extinga ou suspenda o cumprimento da obrigação, ou exclua o devedor do processo da falência;”

⁴¹ Lembra o consagrado e saudoso autor que há em Direito pelo menos três tipos de protesto: o cambiário, o falimentar e o judicial. Ver nota 14.

O inc. VI se refere a vício em protesto ou em seu instrumento ressaltando duas situações absolutamente distintas. Uma delas de índole meramente formal, diz respeito apenas a imprecisões ou equívocos materiais encontrados no documento que comprova o protesto do título, como, por exemplo, a inexatidão, alteração de dados constantes do título e que não estejam refletidos no instrumento de protesto. A outra hipótese diz com a existência de vício no ato de protestar, no levar o título a protesto, embora o respectivo instrumento possa refletir, extrinsecamente, exata correspondência com o conteúdo do título. O que se pretende aqui inibir é a conduta, a iniciativa do credor ou do suposto credor que venha forjar situação que não guarde correspondência com a realidade, como, por exemplo, o sacador de duplicata sem lastro, vale dizer, aquele que saca o título sem que o mesmo corresponda a uma compra e venda mercantil ou prestação de serviços.

“VII – apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação, observados os requisitos do art. 51;”

O inciso em foco faz alusão somente ao pedido de recuperação judicial, com observância dos requisitos postos no art. 51. O mencionado artigo exige a exposição das chamadas causas concretas que estariam a demandar a iniciativa da recuperação judicial, da situação patrimonial do devedor, além das razões da crise econômico-financeira que o afetam.

O devedor que pretenda a recuperação judicial deverá instruir a petição com todos os documentos previstos na extensa lista do art. 51, bastando para efeito de se obstar a decretação da falência, a *apresentação do pedido* de recuperação judicial no prazo previsto para contestar o pedido de falência.

Não há dúvida sobre o fato de a nova lei falimentar privilegiar a recuperação de empresas em detrimento da decretação judicial da falência e conseqüente liquidação de seus ativos. O pedido de recuperação judicial revela-se, pois, poderoso e eficaz instrumento inibidor da possibilidade de decretação da falência.

Se o devedor instado pela iniciativa judicial de algum de seus credores quiser impedir eficazmente a decretação judicial de sua falência, poderá fazê-lo mediante o depósito elisivo por ele efetuado no prazo da defesa ou pelo pedido de recuperação judicial, manifestado no mesmo prazo. O depósito ou o pedido de recuperação atuam de forma incisiva, impedindo seja a falência decretada.

No entanto, a recuperação judicial, como meio hábil a impedir a decretação da falência, poderá ser invocada nos pedidos de falência que tenham por fundamento o não pagamento de obrigação líquida materializada em títulos executivos protestados, de acordo com o que dispõe o inc. VII do art. 96. Assim, no prazo da contestação, o devedor poderá lançar mão da prerrogativa legal, limitada a hipótese ao pedido de falência por impontualidade.

Adverte FÁBIO ULHOA:

“Claro que não tendo sido impetrada a recuperação judicial com a instrução determinada em lei ou sendo o pedido fundado em execução frustrada ou ato de falência, não há previsão legal de suspensão. Se forem esses os casos, o pedido de falência prossigue a despeito do requerimento da recuperação judicial. Aqui, somente o despacho de processamento da recuperação judicial, se e quando deferido, terá o efeito de sustar a tramitação do pedido de falência.”⁴²

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. 2005. p. 262.

“VIII – cessação das atividades empresariais mais de 2 (dois) anos antes do pedido de falência, comprovada por documento hábil do Registro Público de Empresas, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado.”⁴³

O Código Civil Brasileiro definiu empresário como sendo aquele que exerce atividade econômica, em caráter profissional, organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços⁴⁴, tornando obrigatória a inscrição dele no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.⁴⁵

O termo inicial da contagem de prazo de 2 anos será o da data do documento comprobatório da cessação das atividades empresariais expedido pelo Registro Público de Empresas.⁴⁶

Não se trata, aqui, de preservação da sociedade empresária mesmo que alterada, no todo ou em parte, sua composição societária, nem de preservação da mesma atividade explorada por empresário individual. Cuida-se, na verdade, da efetiva cessação de atividades como medida oponível pelo devedor que tiver encerrado formalmente suas atividades, em lapso temporal superior a 2 anos, que somente não prevalecerá contra prova efetiva do desempenho das atividades em questão, posterior ao ato registrado.

Comentando o dispositivo legal, correspondente no Decreto-lei nº 7.661/1945, ao art. 4º, VII, leciona BESSONE:

“O prazo estabelecido no inciso VII é de decadência, não comportando, portanto, interrupção ou suspensão.

O inciso estabelece a prova pré-constituída da cessação do exercício do comércio por mais de dois anos, consistente em ato constante no registro de comércio. Tal prova não tem, todavia, caráter absoluto, uma vez que o próprio preceito admite prova em contrário, obviamente produzida por qualquer meio admitido em direito.

O inciso aplica-se, notoriamente, tanto ao empresário individual quanto à sociedade mercantil.”⁴⁷

4.7. LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA

A falência provém de três possibilidades legalmente definidas.

Pode decorrer de pedido de recuperação judicial não atendido, por negativa dos credores reunidos em assembleia-geral ou pelo não cumprimento de obrigações assumidas pelo devedor na própria recuperação judicial e por ele não adimplidas.

A falência também poderá ser decretada em virtude de requerimento apresentado pelo próprio devedor que, estando em crise econômico-financeira, expõe ao juiz as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

⁴³ Corresponde ao disposto no inc. VII do art. 4º do Dec-lei n. 7.661/1945, do seguinte teor:

“VII – cessação do exercício do comércio há mais de 2 (dois) anos, por documento hábil do Registro do Comércio, o qual não prevalecerá contra prova de exercício posterior ao ato registrado”.

⁴⁴ Art. 966

⁴⁵ Art. 967

⁴⁶ A Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins.

⁴⁷ BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. 1995. p. 71.

A outra hipótese, por certo a mais comum delas, é a que decorre de pedido deduzido em juízo pelo credor. Daí exsurge a questão da legitimidade ativa para pedir a falência.

O art. 97, IV, da Lei de Recuperação e Falência, indica que *qualquer credor* pode requerer a falência do devedor. Assim, sendo titular de obrigação líquida não paga no vencimento sem que haja relevante razão de direito para não fazê-lo, o credor terá legitimidade processual ativa para requerer a falência do devedor, independente da natureza do seu crédito, na hipótese prevista no inc. I do art. 94. Se a hipótese corresponder à prática de atos falimentares, sobretudo aqueles previstos nas alíneas do inc. III do mesmo artigo, bastará ao credor demonstrar essa condição, independente do vencimento do título e de sua natureza.

Quer dizer então que o legislador conferiu ampla legitimidade ativa, de modo que, em princípio, estarão todos os titulares de créditos legitimados ao pedido de decretação da falência do devedor.

Se, no entanto, for o credor empresário, estará obrigado a apresentar certidão expedida pelo Registro Público de Empresas que comprove a regularidade de suas atividades, valendo dizer, que o Código Civil Brasileiro estabeleceu que todo empresário é sujeito a registro e que tal configuração jurídica (empresário) decorrerá, forçosamente, do exercício regular da atividade.

Muito se discutiu, durante a vigência do Dec-lei n. 7.661/1945, se a Fazenda Pública teria interesse processual para requerer a falência de devedor, isto é, se o crédito fiscal é ou não suficiente para que seu titular esteja legitimado para pedir a falência.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão proferido por sua 2ª Câmara Cível, deixou assentado sob ementa:

“FALÊNCIA – FAZENDA PÚBLICA – CRÉDITO FISCAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º DA LEI N. 6.830/80. O Fisco Estadual, ainda que detentor de título líquido e certo, representado por CDA, não tem interesse processual para pleitear a ‘quebra’ do devedor de tributo.” (Apelação Cível nº 75.754-2, Desemb. ABREU LEITE, 2ª Câmara Cível, julgado em 1.7.97)

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (Resp nº 164.389-MG), decidiu por sua Segunda Seção “... adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.”⁴⁸

Diante da ausência de restrição trazida pela atual lei falimentar, pode-se concluir que, sob a rubrica de *qualquer credor*, estará incluída a Fazenda Pública, legitimada para o pedido de falência de devedor de tributo, em que pese os ponderáveis argumentos restritivos da possibilidade de a Fazenda Pública pleitear falência de devedor.

Muito se tem dito que a Fazenda Pública não teria legitimidade e interesse, do ponto de vista processual, na medida em que dispõe de farta e específica legislação protetiva de seu crédito, e que, sendo a Lei de Execuções Fiscais posterior ao Dec-lei nº 7.661/1945, não haveria sentido, nem razão jurídica, que abrigasse a pretensão estatal de requerer a falência do devedor fiscal.

⁴⁸ A decisão se deu por maioria de votos e o julgamento ocorreu em 13 de agosto de 2003.

Ocorre que a Lei nº 11.101/2005 não restringiu a hipótese, no sentido de que *qualquer credor* possa eleger a via da ação falimentar, de tal modo que não há restrição de ordem legal para que a Fazenda Pública intente o pedido de falência. Eventual renúncia à hipótese atenderá a razões de outra natureza, mormente as de índole econômica ou social, que não aconselhem o ajuizamento do pedido de falência.

4.7.1. AUTOFALÊNCIA

Os arts. 105 a 107 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, disciplinam a falência requerida pelo próprio devedor.⁴⁹

REQUIÃO, ao comentar o tema, ainda sob a égide do diploma legal revogado, assinala que

*“Pode, e deve, o devedor requerer a declaração judicial de sua própria falência, tomando essa iniciativa quando não puder pagar no vencimento obrigação líquida.”*⁵⁰

O art. 105 aponta os documentos que deverão instruir o requerimento de autofalência, estabelecendo o art. 106 que o juiz determinará que seja emendada a inicial se o pedido não estiver regularmente instruído. A sentença a ser proferida, decretando a falência, observará a forma prescrita no art. 99.

Prevê a lei falimentar que a falência poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, por qualquer herdeiro do devedor ou pelo inventariante⁵¹, prevalecendo na hipótese o disposto no § 1º do art. 96, que estabelece a impossibilidade de decretação da falência do espólio, após um ano da morte do devedor.

Importante questão está vinculada ao requerimento de autofalência de pessoa jurídica, no caso, de sociedade empresária.

A Lei nº 6.404/76 dela se ocupa quando, ao dispor sobre competência privativa de assembleia-geral de companhia, prevê no inc. IX do art. 122 que, compete privativamente à assembleia-geral “autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata”.⁵²

O mesmo art. 122 prevê hipótese de confissão de falência em caráter de urgência, nos seguintes termos:

“Art.122 - (...)

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata⁵³ poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia geral, para manifestar-se sobre a matéria.”

⁴⁹ Matéria disciplinada no art. 8º do Dec-lei 7661/45.

⁵⁰ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 1995, p. 88.

⁵¹ Corresponde à hipótese o disposto no art. 9º, inciso I do Dec-lei 7661/45, sendo que no dispositivo revogado, a possibilidade do requerimento de falência, nesse caso, excluía a hipótese do pedido pela prática dos chamados atos falimentares.

⁵² A expressão *concordata*, tendo em vista a extinção do instituto no direito brasileiro, deve ser substituída pela expressão *recuperação judicial*.

⁵³ A expressão *concordata*, tendo em vista a extinção do instituto no direito brasileiro, deve ser substituída pela expressão *recuperação judicial*.

A Lei de Sociedades por Ações, ao fixar competência exclusiva da assembléia-geral, enumera no art. 122 as matérias cuja deliberação seja indelegável a outros órgãos da companhia ou a outras pessoas.⁵⁴

Entende CARVALHOSA que o princípio legal da indelegabilidade não é absoluto, “(...), pois se estabelece na própria norma a delegação aos administradores para confessar a falência (...), ouvidos os controladores.”⁵⁵

O Código Civil Brasileiro, inexplicavelmente, deixou de regular a matéria, quando essencial seria a definição de quem representa a sociedade empresária no caso de requerimento de sua própria falência.

Ao disciplinar as sociedades limitadas, o legislador cuidou apenas do pedido de concordata, instituto cuja extinção encontra-se marcada no tempo, ao estabelecer que depende da deliberação dos sócios, dentre outras matérias, o pedido de concordata, conforme art. 1071, inc. VIII. Ainda sobre o pedido de concordata, os administradores poderão requerê-la, se houver urgência e com autorização de titulares de mais da metade do capital social. É o que prevê o § 4º do art. 1072 do Código Civil.

É bem verdade que o inc. III do art. 97, da lei falimentar, contempla a legitimidade para requerer a falência do devedor ao cotista ou acionista, “... na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;”⁵⁶.

Importante identificar duas situações distintas. A primeira diz respeito à iniciativa do sócio em provocar as instâncias competentes da sociedade ou companhia para que promovam o pedido de falência. Outra hipótese é a que se relaciona com a própria iniciativa do sócio que, por conta própria, requer em juízo a falência da sociedade de que faz parte.

SILVA PACHECO comenta:

“Qualquer sócio ou acionista pode pedir a decretação da falência sociedade de que faz parte. Ao fazê-lo, pode invocar qualquer fato que seria suficiente para a própria sociedade, através de seus órgãos competentes, requerer a falência. (...)

*Se, porém, o sócio ou acionista requerer a falência da sociedade de que faz parte, não in vicem societatis, mas em nome próprio poderá fazê-lo ...”*⁵⁷

A lei exige do credor empresário a comprovação da regularidade de suas atividades, mediante certidão expedida pelo Registro Público de Empresas e caução relativa às custas e ao pagamento de indenização no caso de falência requerida com dolo, do credor que não tiver domicílio no Brasil, para que se possa requerer a falência.

⁵⁴ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 3. ed., rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 615, 901 p.

⁵⁵ idem

⁵⁶ O inc. II do art. 9º do Dec-lei n. 7.661/1945 estabelecia que a falência poderia ser requerida:

“II – pelo sócio, ainda que comanditário, exibindo o contrato social, e pelo acionista da sociedade por ações, apresentando as suas ações;”

⁵⁷ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 191.

4.8. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LEI

Dispõe o art. 1º da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005:

“Art.1º - Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

O legislador elegeu como destinatários dos institutos regulados pela lei o empresário e a sociedade empresária, identificados nos arts. 966 e 982 do Código Civil.

Estão excluídos do âmbito de incidência da lei, todos aqueles relacionados nos inc. I e II do art. 2º da lei falimentar, afastados, destarte, a empresa pública e a sociedade de economia mista, a sociedade seguradora, de capitalização, operadora de plano de assistência à saúde, a cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, instituição financeira pública ou privada, dentre outras.

4.8.1. FALÊNCIA DE SOCIEDADE ANÔNIMA LIQUIDADA E DE ESPÓLIO

O disposto no § 1º do art. 96 contém a mesma regra do § 2º do art. 4º do revogado Dec-lei n. 7.661/1945.

Estão tratadas, sob o mesmo comando, questões relativas à sociedade anônima (pessoa jurídica) e devedor empresário (pessoa física). O dispositivo em análise cuida, em primeiro lugar, da impossibilidade de decretação da falência de sociedade anônima após liquidado e partilhado seu ativo.

O art. 216, da Lei n. 6.404/76, estabelece que o liquidante convocará assembleia-geral para prestação final das contas, depois de pago o passivo e rateado o ativo remanescente. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação e a companhia se extingue (§ 1º).

WALTER ÁLVARES, comentando a hipótese, observa:

“A sociedade, por conservar sua personalidade, pela necessidade de sua liquidação, pode ser declarada falida – diz Ripert –, pois continua a existir mediante ficção legal só encerrada com a distribuição efetiva do ativo.”⁵⁸

Em passagem anterior, o ilustre professor mineiro, examinando o tema, à luz do revogado diploma legal falimentar, afirma que

“..., a partilha já realizada do ativo da sociedade anônima impede em caráter absoluto a decretação da falência. E a razão é óbvia: já não existe.”⁵⁹

Assim, e encerrada a liquidação, o credor impago só terá direito de exigir dos acionistas, individualmente, o pagamento de seu crédito até o limite correspondente à importância recebida pelos mesmos acionistas, além de propor contra o liquidante ação de perdas e danos, se for o caso (art. 218, LSA).

Então, enquanto pendente a liquidação, a falência poderá ser decretada, em virtude da conservação da personalidade jurídica da sociedade anônima nessa fase. Encerrada a liquidação e extinta a companhia, não mais.

⁵⁸ ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*. 8.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1982. p. 106.

⁵⁹ Idem

Lamentavelmente, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, deixou de contemplar outros tipos societários, sobretudo a sociedade limitada, que deveria ter merecido o mesmo tratamento legal deferido à sociedade anônima pelo § 1º do art. 96.

O Código Civil, ao disciplinar no Capítulo IX, do Título II, do Livro II da Parte Especial (Liquidação das Sociedades), repete quase que à exatidão as regras encontradas na Lei de Sociedades por Ações, especialmente os arts. 216 a 218. É que, para as sociedades disciplinadas pelo Código Civil, na liquidação, o liquidante convocará assembleia dos sócios para a prestação final de contas, após pagamento do passivo e partilhado o remanescente⁶⁰. Uma vez aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, com a extinção da sociedade, ao ser averbada no registro próprio, a ata da assembleia.⁶¹ O credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, após o encerramento da liquidação, o pagamento do seu crédito até o limite correspondente aos valores recebidos pelos acionistas em partilha propondo, se for o caso, ação de perdas e danos contra o liquidante.

Não há razão juridicamente relevante que justifique a exclusão das demais sociedades quanto à impossibilidade da falência após liquidado e partilhado seu ativo. Neste passo, o legislador do novel diploma falimentar deixou de observar que as regras sobre o tema, insertas na Lei de Sociedades por Ações, foram fielmente reproduzidas no Código Civil de 2002, pelo que as sociedades que são dissolvidas e liquidadas na forma estabelecida pelo Código Civil deveriam integrar os tipos societários do § 1º do art. 96.

Também não será decretada a falência do espólio após um ano da morte do devedor.

VALVERDE, a respeito do tema, ensina:

“Dentro desse prazo de um ano, pode a falência ser declarada ainda que ela resulte de fatos posteriores à morte do devedor. É que a continuação do negócio ou da empresa do falecido determina, em regra, o surgimento de novos débitos, assumidos pelo administrador do patrimônio, ou, pode o administrador, inventariante, cônjuge ou herdeiro, praticar atos (...), em prejuízo, portanto, dos credores.

Depois de decorrido o prazo de um ano, só é possível a falência do herdeiro ou dos herdeiros que, aberto ou não o inventário dos bens do de cujos, continuaram a explorar o negócio ou a empresa.”⁶²

4.9. DA SENTENÇA FALIMENTAR

Diversamente do que ocorre na estrutura do processo civil, onde a sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa⁶³, a sentença de que trata o art. 99 da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, tem outro significado.

De fato, o juiz ao acolher o pedido de falência apresentado pelo credor ou pelo próprio devedor, extingue a fase pré-falencial, caracterizada pela apresentação do pedido e pela possibilidade de oposição do devedor, inaugurando o processo falimentar propriamente dito.

⁶⁰ Código Civil, art. 1108.

⁶¹ Código Civil, art. 1109.

⁶² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1948. v.1, p. 64.

⁶³ Art. 162, § 1º, CPC.

Segundo REQUIÃO, em virtude da insolvência confessada pelo devedor ou denunciada em requerimento do credor, o estado de fato se transforma em estado de direito por meio da sentença judicial que declara a falência. Uma vez declarada, inicia-se o procedimento falencial propriamente dito. Assim, antes da sentença decretatória, inexistente o estado de falência.⁶⁴

Atua a sentença prevista no art. 99 como verdadeiro *divisor de águas*, na medida em que extingue a fase pré-falencial, de natureza cognitiva, processo de conhecimento que é, dando início efetivo ao processo de falência. Basta, para tanto, que se verifique o conteúdo da sentença falimentar que decreta a falência acolhendo pleito neste sentido. Estabelece o art. 99:

“I – conterà a síntese do pedido, a identificação do falido e os nomes dos que forem a esse tempo seus administradores;

“II – fixará o termo legal da falência, sem poder retrotraí-lo por mais de 90 (noventa) dias contados do pedido de falência, do pedido de recuperação judicial ou do primeiro protesto por falta de pagamento, excluindo-se para esta finalidade, os protestos que tenham sido cancelados;”⁶⁵

O termo legal da falência, para muitos chamado também de período suspeito, significa o lapso de tempo que medeia entre a sentença que decreta a falência e o dia fixado pelo juiz, no passado, sem que se possa retrotraí-lo por mais de 90 dias. Serve para a identificação de atos que, praticados pelo devedor, sejam prejudiciais aos credores com a quebra do princípio da *par condicio creditorum*.

Em seu sentido gramatical, tem o mesmo significado de término, isto é, o fim, o limite, o marco.⁶⁶

Em seu significado processual, o termo assinala os pontos necessários à fixação de condições ou imposições. Nesse sentido, o termo corresponderia ao momento, inicial ou final (“*a quo*” e “*ad quem*”), indicando os limites de um prazo, vale dizer, os instantes em que ele se inicia e se extingue. Em matéria falimentar, entretanto, o termo legal da falência significa não apenas o momento inicial e o momento final (sempre no passado) mas o próprio intervalo de tempo contido entre os dois termos.

Mais uma vez o escólio de REQUIÃO:

“A instituição do termo legal da falência foi criação do direito medieval, e tem por fim permitir determinar a ineficácia de atos praticados pelo falido nesse período, considerados prejudiciais aos credores.

(...)

Com efeito, o termo legal da falência, fixado na sentença pelo juiz, compreende um espaço de tempo imediatamente anterior à declaração da falência no qual os atos do devedor são considerados suspeitos de fraude e, por isso, suscetíveis de investigação, podendo ser declarados ineficazes em relação à massa.”⁶⁷

⁶⁴ Curso de Direito Falimentar, Rubens Requião, 1º vol, 16. ed, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78/79, 353 p.

⁶⁵ O inciso III do art. 14 da lei falimentar revogada estabelecia:

“III – fixará se possível, o termo legal da falência, designando a data em que se tenha caracterizado esse estado, sem poder retrotraí-lo por mais de 60 (sessenta) dias, contados do primeiro protesto por falta de pagamento, ou do despacho ao requerimento inicial da falência (...), ou da distribuição do pedido de concordata preventiva;”

⁶⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Forense.

⁶⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.p. 110.

É como se a sentença que decreta a falência do devedor, em alguns casos, produzisse seus efeitos em período anterior à sua prolação, pois, se é certo que, com a decretação da falência, o devedor perde a administração de seus bens e o direito de deles dispor, a lei considera a hipótese de que, em determinadas circunstâncias, os efeitos impeditivos para que o devedor pratique atos válidos incidam mesmo antes de proferida a sentença falimentar.

Para efeito de melhor compreensão do tema, tome-se como exemplo o disposto no art. 129, incs. I, II e III. Segundo dicção do caput do artigo, são ineficazes em relação à massa falida os atos previstos nos mencionados incisos, independentemente de o contratante ter ou não conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, sendo ou não intenção do devedor fraudar credores. Assim, se houver o pagamento de dívidas não vencidas ou havendo pagamento de dívidas vencidas e exigíveis por qualquer outra forma que não a prevista no contrato, e desde que tais pagamentos tenham sido realizados dentro do termo legal da falência, são os mesmos ineficazes em relação à massa falida.

O termo legal da falência, a ser fixado na sentença que a decreta, constitui, na verdade, o período em que se presumem fraudatórios da par condicio creditorum os atos enumerados em lei.⁶⁸

“III – ordenará ao falido que apresente, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, relação nominal dos credores, indicando endereço, importância, natureza e classificação dos respectivos créditos, se esta não se encontrar nos autos, sob pena de desobediência;”

“IV – explicitará o prazo para as habilitações de crédito, observado o disposto no § 1º do art. 7º;”⁶⁹

Prevê o art. 7º da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que a verificação dos créditos será realizada pelo administrador judicial que poderá contar com o auxílio de profissionais ou empresas especializadas e terá por fundamento os livros contábeis, os documentos comerciais e fiscais do devedor e os documentos apresentados pelos credores. Uma vez publicado o edital a que se refere o parág. único desse artigo, os credores terão prazo de 15 dias para apresentar suas habilitações ao administrador judicial.

“V – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º;”⁷⁰

A suspensão das ações e execuções propostas contra o devedor em razão da falência decretada depende, agora, de ordem judicial, diferentemente do que ocorria no sistema legal anterior no qual a referida suspensão constituía efeito próprio da lei.

Para que se efetive a universalidade do juízo falimentar, é necessário que os credores que tenham iniciado suas ações e execuções individuais dirijam-se ao juízo falimentar para que nele postulem os seus créditos, declarando-os na forma da lei, a fim de que sejam, ao final, admitidos e que participem do acervo patrimonial da massa. Constitui também a suspensão das ações e execuções individuais uma das

⁶⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas: comentários à lei de falências*. São Paulo: LTr, 1991. p. 211.

⁶⁹ No sistema do Dec-lei n. 7.661/1945, o juiz marcava prazo não inferior a 10 nem superior a 20 dias para que os credores apresentassem as declarações e documentos justificativos dos seus créditos.

⁷⁰ A suspensão das ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, estava prevista no art. 24 do Dec-lei n. 7.661/1945, inserido no Título II da lei, que cuidava dos efeitos jurídicos da sentença declaratória da falência e, em especial, no caso, quanto aos direitos dos credores. Constituíam, pois, efeito *ex lege*.

formas de se efetivar, na falência, o princípio da *par condicio creditorum*, isto é, a regra de igualdade relativa entre os credores, titulares de crédito de mesma natureza.

Nem todos os créditos estão sujeitos à universalidade do juízo falimentar. Um dos exemplos mais conhecidos de não submissão à regra de universalidade do juízo é o do crédito tributário que, por expressa disposição legal, não é sujeito a concurso de credores ou habilitação em falência.⁷¹

O próprio inc. V excepciona as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º, de tal modo que, prosseguirá no juízo no qual estiver se processando, a ação em que o autor demandar quantia ilíquida (§ 1º). Da mesma forma serão processadas, perante a Justiça do Trabalho, as ações de natureza trabalhista, de créditos derivados das relações de trabalho, até a apuração do respectivo valor que, de conformidade com o § 2º, será inscrito no quadro-geral de credores pelo montante determinado em sentença.

“VI – proibirá a prática de qualquer ato de disposição ou oneração de bens do falido, submetendo-os preliminarmente à autorização judicial e do Comitê, se houver, ressalvados os bens cuja venda faça parte das atividades normais do devedor se autorizada a continuação provisória nos termos do inciso XI do caput deste artigo;”

A expressão “falido” significa, naturalmente, empresário individual ou sociedade empresária. A decretação da falência impõe a constituição de uma nova realidade patrimonial, com o afastamento do devedor da administração dos bens que, por efeito da arrecadação, irão integrar a massa falida. Nesse sentido, o próprio art. 103 da lei estabelece que o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou, de deles dispor, desde a decretação da falência ou do seqüestro.

“VII- determinará as diligências necessárias para salvaguardar os interesses das partes envolvidas, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou de seus administradores quando requerida com fundamento em provas da prática de crime definido nesta Lei;”⁷²

“VIII- ordenará ao Registro Público de Empresas que proceda à anotação da falência no registro do devedor, para que conste a expressão “Falido”⁷³, a data de decretação da falência e a inabilitação de que trata o art. 102 desta Lei;”

A Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, dispõe sobre Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Destacam-se, entre suas finalidades, a garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos das empresas mercantis que estejam submetidos a registro na forma da lei (art. 1º, I).

⁷¹ Art. 187, Código Tributário Nacional.

⁷² A hipótese corresponde ao inc. VI do parág. único do art. 14 do Dec-lei n. 7.661/1945, cujo o teor era o seguinte:

“Art. 14 - (...)

Parágrafo único. A sentença que declarar a falência:

(...)

VI – providenciará as diligências convenientes ao interesse da massa, podendo ordenar a prisão preventiva do falido ou dos representantes da sociedade falida, quando requerida com fundamento em provas que demonstrem a prática de crime definido nesta Lei;”

⁷³ A lei anterior não continha disposição similar quando tratava da sentença que decretava a falência. No entanto, o art. 15 estabelecia que o escrivão remeteria ao Registro do Comércio o resumo da sentença declaratória da falência (inc. II), além do que o § 3º, do mesmo artigo, previa que o Registro do Comércio faria o lançamento do nome do falido, do lugar de seu domicílio, o juízo e o cartório em que a falência se processava, tudo isso em livro especial.

Razoável, portanto, constar anotação da falência no denominado, pela nova lei falimentar, “registro do devedor”.⁷⁴

A Lei de Sociedades por Ações – Lei nº. 6.404/76 – exige que o liquidante deverá usar a denominação da companhia, em todos os atos ou operações, seguida da expressão “*em liquidação*”, na forma do art. 212.

O falido ficará inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência, situação que perdurará até a sentença que extinguir suas obrigações nos termos do art. 102 da lei falimentar.

“IX – nomeará o administrador judicial, que desempenhará suas funções na forma do inciso III do caput do art. 22 desta Lei sem prejuízo do disposto na alínea a do inciso II do caput do art. 35 desta Lei;”

No sistema do Dec-lei nº 7.661/1945, o administrador judicial, na falência, era denominado *síndico* na falência.

Segundo REQUIÃO⁷⁵, não é fácil determinar a natureza jurídica das funções do síndico, pois, não constituindo a massa falida pessoa jurídica, o síndico não seria seu representante legal. Tampouco será mandatário, nem representante dos credores, muito menos do falido. Não há consenso doutrinário que determine a referida natureza de modo abrangente, variando desde a identificação do síndico como oficial público até a que o denomina síndico-magistrado, passando por correntes que o tratam como representante dos credores ou do próprio falido.

Observa HÉCTOR J. FOIGUEL LÓPEZ que

*“El aire vivificante del estudio meditado, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina vigentes en otras tierras permitió arribar a una conclusión predominante: el síndico es el órgano del proceso concursal.”*⁷⁶

O administrador judicial, segundo a Lei de Recuperação e Falência, exercerá sua atividade sob a fiscalização do juiz e do Comitê, com deveres e atribuições previstos no art. 22, podendo ser substituído por deliberação da assembléia-geral de credores.

“X - determinará a expedição de ofícios aos órgãos e repartições públicas e outras entidades para que informem a existência de bens e direitos do falido;”

“XI - pronunciar-se-á a respeito da continuação provisória das atividades do falido com o administrador judicial ou da lacração dos estabelecimentos, observado o disposto no art.109 desta Lei;”

⁷⁴ Na verdade, o art. 32 da Lei 8.934/94 estabelece que o Registro compreende a matrícula e o respectivo cancelamento dos leiloeiros, tradutores e outros (inc. I), e o *Arquivamento* dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas (inc. II, alínea a).

⁷⁵ REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 213.

⁷⁶ LÓPEZ, Héctor J. Foiguel. *La responsabilidad del síndico concursal*. 1989. p. 20.

O inc. XI prevê a hipótese de continuação do negócio ou das atividades do falido, a exemplo do que ocorria no sistema anterior.⁷⁷ A diferença, aliás de fundamental importância, é que na Lei de Recuperação e Falência, o juiz, por ocasião da sentença decretatória da falência, decidirá a respeito da continuação do negócio ou da lacração do estabelecimento, sempre que houver risco para arrecadação desses mesmos bens da massa ou dos interesses dos credores.

A legitimidade estreita conferida pelo decreto-lei revogado apenas ao falido para requerer a continuação do negócio é agora outorgada ao juiz. No entanto, sua manifestação sobre o tema estará adstrita ao momento da prolação da sentença. Neste ponto, não andou bem o legislador, na medida em que o juiz, ao proferir a sentença que decreta a falência, dificilmente irá dispor de um conjunto satisfatório de informações que lhe permitam decidir com segurança sobre a espécie.

“XII – determinará, quando entender conveniente, a convocação da assembléia-geral de credores para a constituição de Comitê de Credores, podendo ainda autorizar a manutenção do Comitê eventualmente em funcionamento na recuperação judicial quando da decretação da falência;”

A assembléia-geral de credores será convocada para constituição do Comitê de Credores, para deliberar sobre a adoção de outras modalidades de realização do ativo, ou ainda qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores (art. 35, II, “b”, “c” e “d”). A assembléia-geral prevista no texto de 1945 era convocada apenas para deliberar sobre a realização do ativo (arts. 122 e 123).

A previsão legal de existência no processo falimentar do Comitê de Credores não conhece experiência similar no Dec-lei n. 7.661/45. A competência do comitê está regulada no art. 27 da nova lei falimentar, sendo que a lei atribuiu às suas atividades natureza eminentemente fiscalizatória.

“XIII – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, para que tomem conhecimento da falência.”

4.9.1. DOS RECURSOS

“Art. 100 – Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.”

Basicamente, os recursos cabíveis em razão da sentença que decreta ou não a falência são os mesmos previstos no Dec-lei n. 7.661/1945, à exceção dos *embargos* que podiam ser opostos quando a falência tivesse sido decretada com base no não-pagamento de obrigação líquida.⁷⁸

O processo falimentar possui estrutura diferente do de conhecimento regulado pelo CPC. Nele, a sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito.⁷⁹ Constitui, efetivamente, a entrega da prestação jurisdicional, pois que o Estado atua por meio da atividade do juiz para dirimir o conflito estabelecido entre as partes. De tal sorte, o recurso adequado em virtude da

⁷⁷ Art. 74, Dec-lei n. 7.661/1945.

⁷⁸ Requião entendia que esses embargos, previstos no art. 18 do Dec-lei n. 7.661/1945, teriam natureza de *recurso de retratação*. Já Silva Pacheco sustentava a possibilidade de interposição do agravo de instrumento simultaneamente com a oposição dos embargos. Ditos embargos teriam cabimento, segundo algumas decisões proferidas pelos tribunais, quando ocorressem fatos novos que não tivessem sido articulados na fase pré-falencial.

⁷⁹ CPC, Art. 162, § 1º: “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.”

sentença decretatória de falência seria o de apelação. Tal não ocorre, porém, em decorrência da natureza a sentença falimentar, muito mais próxima a de decisão interlocutória do que propriamente de ato que ponha termo ao processo.⁸⁰

O agravo, recurso próprio da sentença decretatória de falência, será interposto diretamente no tribunal, podendo o relator atribuir-lhe efeito suspensivo, de acordo com o que dispõe o art. 527, III, do CPC. O prazo de interposição, os efeitos e todos os outros aspectos relacionados ao recurso são os previstos no Código de Processo Civil.

No caso de sentença denegatória de falência, o recurso cabível será o de apelação, também com prazo de interposição e efeitos previstos no Código de Processo Civil.

4.9.2. REQUERIMENTO DE FALÊNCIA COM DOLO

“Art. 101 – Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.”⁸¹

§ 1º - Havendo mais de um autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2º - Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis.”

O dispositivo em questão tem por finalidade inibir, com eficiência, pedido eivado de má-fé, de deliberada intenção do autor em causar prejuízos.

A falência tem como destinatários, como sujeitos passivos da relação jurídica falimentar, o empresário e a sociedade empresária, aqueles que exercem atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Dependem do crédito, ainda que dele não se utilizem em determinado momento. O pedido de falência, por si só, independente de sua efetiva decretação, constitui causa suficiente para promover abalo de crédito do demandado em pedido de falência.

Nesse particular, a Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 procurou repelir a iniciativa dolosa de quem pede a falência com o objetivo único de enfraquecer ou até mesmo de desmoralizar o suposto devedor.

⁸⁰ Originariamente o Dec-lei n. 7.661/1945 previa o *agravo de instrumento* como recurso próprio da sentença que proclamasse a falência e o *agravo de petição* como recurso próprio da sentença denegatória da falência. Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, revogando quase todas as disposições do CPC de 1939, foi editada a Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que procurou promover a adaptação da legislação processual extravagante às disposições da nova ordem processual civil vigente à época (Código de 1973). O CPC de 1973 não mais admitia a figura recursal do *agravo de petição* previsto no CPC de 1939, substituindo-o por *apelação*, figura recursal própria para as sentenças proferidas. O agravo de instrumento permaneceu no Código de 1973, embora sem as mesmas características do *agravo de instrumento* do CPC de 1939, que admitia sua interposição para algumas sentenças. Talvez o legislador, na Lei 6.014/73, não tenha se dado conta de que o recurso, embora conservando o mesmo nome, tivesse a sua estrutura e o âmbito de sua interposição alterados pelo Código de 1973...

⁸¹ O disposto no art. 101 corresponde ao previsto no art. 20 do Dec-lei n. 7.661/1945.

Lembra SILVA PACHECO que “*dolo é má-fé, intenção de prejudicar, artifício destinado a induzir em erro.*”⁸²

Não se pode, contudo, atribuir à improcedência do pedido, ainda que decorrente da ausência de documento essencial à propositura do pedido, os efeitos previstos no art. 101, no sentido de condenar o autor a indenizar o demandado.⁸³

De fato, para que surja a obrigação de indenizar, são indispensáveis a demonstração efetiva do prejuízo do suposto devedor e o dolo do credor, traduzido na vontade livre do autor do pedido destinada à finalidade que a lei repudia.

O § 1º prevê a solidariedade passiva na condenação que o caput do artigo disciplina, enquanto que o § 2º confere legitimidade ativa ao terceiro prejudicado para reclamar indenização dos responsáveis.

5. CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO FALIMENTAR EM ALGUMAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

No *Direito italiano*, o estado de insolvência se manifesta pelo simples inadimplemento ou por qualquer outro fato exterior que demonstre a impossibilidade de não-cumprimento de obrigação.⁸⁴

FERRARA ensina que

*“Insolvente è, perciò, l'imprenditore che non può soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni o perché non ha nel suo patrimonio i mezzi per effettuare il pagamento o perché non può procurarseli, cioè l'imprenditore che ha perso il credito e non ha attività sufficienti a fronteggiare il passivo.”*⁸⁵

Assim, não é relevante a existência de título ou títulos executivos devidamente protestados para a configuração do descumprimento de obrigação.

⁸² PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 226.

⁸³ A jurisprudência vem rejeitando a hipótese de improcedência do pedido, ainda que resultante de equívoco grave, a incidência da censura prevista no então dispositivo que regulava a matéria, art. 20 do Dec-lei n. 7.661/1945:

“Embora carecedora da ação a requerente da falência, por falta de título, não se aplica a sanção prevista na LF, art. 20, se não caracterizado o dolo no seu requerimento.” (TJMG, Ap. 000167954-7/00).

“Pedido não instruído com a prova efetiva da intimação pessoal do protesto, para caracterizar a impontualidade do devedor – Protesto irregular – Extinção do feito sem apreciação do mérito que afasta a pretensão de perdas e danos - ...” (TJMG, Ap. 000188373-5/00).

Em outro aresto oriundo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (000222606-6/00), sendo o relator do acórdão o Desemb. Orlando Carvalho, ficou assentado o entendimento no sentido de que “... *Para que tenha lugar a condenação a que se refere o artigo ... é indispensável a ocorrência de dois pressupostos, quais sejam: o prejuízo sofrido pelo devedor; prejuízo esse ocasionado pelo requerimento de falência, e o dolo por parte do suposto credor, que compreende a vontade livre e dirigida de promover o pedido de quebra, com o propósito de prejudicar o devedor.*” E, mais: “... *prejuízo não se demonstra por simples alegações de fatos, sem que estes estejam corroborados por provas indicativas da sua ocorrência.*”

Ainda no mesmo sentido: TJSP, Ap. 41.116-1 – RT 587/65.

⁸⁴ “5 STATO D’INSOLVENZA – L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.” (R.D. 16 marzo 1942, n. 267 – Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazioni controllata e della liquidazione coatta amministrativa).

⁸⁵ *Diritto Fallimentare*, Aldo Fiale, XI edizione, volume 9, Serie Manuali Giuridici, Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2002, p. 66, 574 p.

Em *Portugal*, do mesmo modo, a configuração do estado de insolvência se faz meramente com a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas (art. 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Todavia, outros fatos configuradores do estado falimentar são elencados no art. 20.º do mesmo diploma legal.⁸⁶

A exposição de motivos trazida pelo Dec-lei n.º 53/2004⁸⁷, que aprovou o CIRE português, destaca:

“(...) O elenco dos indícios da situação de insolvência é objecto de ampliação, por um lado, passando a incluir-se, nomeadamente, a insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor, e também o incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou de pagamentos, em determinadas condições; e de aperfeiçoamento, por outro, especificando-se certos tipos de obrigações (tributárias, laborais, para com a segurança social, de certo tipo de rendas) cujo incumprimento generalizado mais frequentemente denuncia a insolvência do devedor.”

Na *Espanha*, o estado de insolvência também se verifica com o não-cumprimento regular das obrigações exigíveis. Tratando-se de requerimento do devedor, existe situação peculiar na legislação espanhola, recentemente alterada⁸⁸, posto que o estado de insolvência pode ser atual (existência de obrigações descumpridas) ou iminente (previsão da impossibilidade de cumprir suas obrigações regular e pontualmente).

⁸⁶ Art. 3.º Situação de insolvência

1 - É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas. (...)

Art. 20.º Outros legitimados

1 - A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos:

a) Suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
 b) Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
 c) Fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal actividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo;
 d) Dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruínosa de bens e constituição fictícia de créditos;
 e) Insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
 f) Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos, nas condições previstas na alínea a) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 218.º;
 g) Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de algum dos seguintes tipos:
 i) Tributárias;
 ii) De contribuições e quotizações para a segurança social;
 iii) Dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato;
 iv) Rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência;
 h) Sendo o devedor uma das entidades referidas no n.º 2 do art. 3.º, manifesta superioridade do passivo sobre o activo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.” (CIRE - Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)

⁸⁷ O Decreto-Lei 53/2004, de 18 de março, foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei 200/2004, de 18 de agosto.

⁸⁸ A *Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio* autorizou a Reforma Concursal, modificando a *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, sendo editada a *Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, que passou a vigorar no país a partir de 1.º de setembro de 2004.

Sendo o requerimento de falência feito por qualquer credor, o descumprimento da obrigação exigível deve ser fundada em um título. Todavia, a lei não faz qualquer menção sobre a exigibilidade de ser o título executivo ou não e, ainda, sobre a necessidade de protesto do mesmo.⁸⁹

FERNANDO CERDÁ ALBERO e IGNACIO SANCHO GARGALLO, em estudo anterior à Reforma Concursal Espanhola, apontavam a real necessidade de definição de estado de insolvência:

“Así las cosas, la futura Ley Concursal ha de definir en términos claros la situación de insolvencia que justifica la apertura del procedimiento concursal, y acabar así con la confusión que en este punto caracteriza al Derecho español vigente. (...)

En efecto, insolvente es quien no paga sus deudas. Pero, como se trata de no pagar las deudas, no cualquier impago de alguna de ellas justifica la declaración concursal. Se exige, pues, que este incumplimiento sea generalizado y ostensible. Para ello, y a fin de unificar la práctica judicial, sería conveniente determinar unos parámetros materiales y temporales en los que se produce esta situación de insolvencia. La importancia de las deudas y su número ha de ser ponderada por el juez en cada caso, para llegar al convencimiento de que el impago es generalizado, sin necesidad de que sea total ni completo. (...).”⁹⁰

Na *Alemanha*, também se verifica a utilização de um critério geral, qual seja, a incapacidade de cumprimento pelo devedor de suas obrigações vencidas e, outro critério específico, a incapacidade iminente, verificado somente quando o próprio devedor requer sua declaração de insolvência. A propósito, afirmam os mesmos autores:

“... Y en Derecho alemán, la incapacidad de pago es el presupuesto general de apertura del procedimiento concursal: se entiende que el deudor es incapaz de pagar cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago vencidas; y, como regla general, la incapacidad de pago se supone cuando el deudor ha cesado en los pagos. La norma alemana no va más allá, puesto que para la interpretación de estas nociones su jurisprudencia atesora nutridos y consolidados criterios. Junto a la incapacidad de pago como presupuesto objetivo general, se establecen otros dos específicos: la incapacidad de pago inminente o amenazadora, que sólo cabe en el caso de que sea el propio deudor quien solicite la apertura del procedimiento de insolvencia; y el sobreendeudamiento, que se limita para el caso de las personas jurídicas.”⁹¹

⁸⁹ “Artículo 7. Solicitud del acreedor y de los demás legitimados.

1. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.”

⁹⁰ QUIEBRAS Y SUSPENSIONES DE PAGOS: CLAVES PARA LA REFORMA CONCURSAL, Fernando Cerdá Albero e Ignacio Sancho Gargallo, Colección Estudios Económicos - Núm. 25, Noviembre/2001, Servicio de Estudios – Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, acessado em 15 de março de 2005

http://www.estudios.lacaixa.comunicacions.com/webes/estudis.nsf/wurl/pbei025cos_esp

⁹¹ Idem

Na *Argentina*, a Lei nº 24.522 de 20 de julho de 1995, sucessivamente alterada pelas Leis nº 25.563 de 14 de fevereiro de 2002 e nº 25.589 de 15 de maio de 2002, tem-se de igual maneira, a cessação de pagamentos como caracterizador do estado falimentar.⁹² Todavia, não há previsão sobre a necessidade de materialização da obrigação em títulos, muito menos a utilização do protesto.

6. CONCLUSÃO

I - Em linhas gerais, a caracterização do estado falimentar prevista na Lei n. 11.101/2005 é bastante semelhante à configuração da mesma situação disciplinada pelo Dec-lei nº 7.661/1945.

II - Fundamentalmente, as modificações mais sensíveis foram introduzidas quanto aos objetivos da falência, preconizados pelo art. 75 da nova lei, no sentido de *preservação de ativos e liquidação imediata de patrimônio*.

III - O prazo de contestação do pedido de falência passa a ser de 10 dias, ao contrário das 24 horas previstas no sistema anterior.

IV - O valor mínimo para o pedido de falência corresponde a 40 salários-mínimos, inexistindo tal previsão no regime do Decreto-lei nº 7.661/1945.

V - No prazo de contestação, poderá o devedor, cuja falência tenha sido requerida, pleitear sua *recuperação judicial*.

VI - Em razão da possibilidade de requerimento pelo devedor da recuperação judicial, no prazo de contestação ao pedido de falência ajuizado, o número de falências decretadas deverá sofrer drástica redução, pelo menos nos primeiros anos de vigência da Lei nº 11.101/2005.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e concordata*. 19. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916 *apud* SANTOS, Jerônimo Roberto F. dos. A falsa complexidade da liquidez nos títulos executivos.

Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/erronimo_robertoafalsa_complexidadedaliquidez2> Acesso em 20 Jan. 2005.

ÁLVARES, Walter T. *Curso de direito falimentar*. 8. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1982.

BARBI FILHO, Celso. *A duplicata mercantil em juízo*, atualização por Otávio Vieira Barbi. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBI FILHO, Celso. Protesto de duplicata simulada e procedimentos judiciais do sacado. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, Belo Horizonte, TAMG, n. 69, p.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Silvia Marina Labate. *Falências e concordatas: comentários à lei de falências*. São Paulo: LTr, 1991.

BESSONE, Darcy. *Instituições de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁹² “Artículo 1º- Cesación de pagos. El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecto, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69. (...)” (Lei 24.522, de 20 de julho de 1995).

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Nova lei de recuperação e falências comentada – Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, comentário artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CERDÁ ALBERO, Fernando e SANCHO GARGALLO, Ignacio. *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal. Colección Estudios Económicos*, n.25, nov., 2001. Disponível em <http://www.estudios.lacaixa.comunicacions.com/webes/estudis.nsf/wurl/pbei025cos_esp>. Acesso em: 15 Mar. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova lei de falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Atlas, 2005.

FIALE, Aldo. *Diritto fallimentare*. 11.ed. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2002. v.9.

LÓPEZ, Héctor J. Foiguel. *La responsabilidad del sindico concursal*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1989.

MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002*. São Paulo: Atlas, 2003.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v.2.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. vol.2. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 7.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.1

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.2.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à lei de falências*. vol.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1948.

SANÇÃO TRIBUTÁRIA – NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza jurídica. 3. Funções das multas tributárias. 4. Inadequação, desnecessidade e impertinência das sanções tributárias não-pecuniárias.

1. INTRODUÇÃO

O Estado, no exercício de seu *ius impérii*, com a observância das peias constitucionalmente impostas, imputa aos seus súditos, na qualidade compulsória de membros de uma coletividade titular de uma vontade comprometida e subordinada ao bem estar social, vários deveres imprescindíveis à convivência social e institucionalmente organizada. Nesse sentido, a lei, v. g., institui obrigações de dar dinheiro ao Estado, ou àquelas pessoas que façam as suas vezes no exercício da parafiscalidade, para prover os recursos necessários à manutenção de seu aparato indispensável à consecução de seus fins.

Essa prestação, intitulada *tributo*, é compulsória e, portanto, não prescinde de uma sanção¹. Por isso, os entes tributantes, ao erigirem em uma norma impositiva uma obrigação tributária, não devem olvidar-se da inexorável possibilidade de seu inadimplemento, imputando-lhe, em uma norma secundária, conseqüências indesejáveis consubstanciadas em uma sanção, frise-se, não penal.

As normas impositivas estudadas pelo Direito Tributário, segundo antiga lição de DINO JARACH, subdividem-se em:

(a) *normas de direito material*, de natureza substantiva, assim compreendidas aquelas que instituem o tributo e disciplinam a sua incidência e as relações jurídicas delas decorrentes; e

(b) *normas de direito formal*, de natureza instrumental, que regulam a atividade administrativa tendente a verificar e assegurar o cumprimento das *obrigações tributárias substantivas* e as relações entre os seus sujeitos passivos e a administração pública².

Partindo desse suposto, procede o autor à injustificável segregação das sanções opostas ao ilícito fiscal em *tributárias*, no caso de infrações materiais, e *administrativas*, no caso de infrações formais.

Não chegando ao ponto de viabilizar uma possível identificação da divisão das normas tributárias em normas de *direito tributário propriamente dito* e de *direito administrativo tributário* ou *direito*

* Professor de Direito Tributário da Faculdade Mineira de Direito (PUC-MINAS) e Professor de Direito Financeiro e Tributário da UFMG. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Membro da IFA, ABDT e ABRADT. Advogado.

¹ De notar-se que a sanção, muito embora não se confunda com o tributo, ainda que por vias transversas, é elemento imprescindível ao conceito deste último, porquanto sem ela não há a compulsoriedade que lhe é imprescindível.

² JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1996. p. 366.

*tributário formal*³, no Brasil, o legislador erigiu a classificação das obrigações tributárias em *principais* ou *accessórias* (CTN, art. 113 e parágrafos).

Nesse rumo, considerando que a conduta dos contribuintes ou responsáveis pode violar tanto uma obrigação de pagar tributo (principal) quanto de fazer ou tolerar algo em prol da atividade de arrecadação e fiscalização (accessória), simultânea ou isoladamente, estatui a lei tributária sanções a ambas. Com base nessa realidade, alguns autores fazem alusão a sanções tributárias materiais e a sanções tributárias formais⁴. Malgrado, mais adequada parece a aplicação de tal classificação aos ilícitos que as antecedem – infrações materiais ou formais – e não às suas conseqüências, muitas vezes, similares.

A bem da verdade, as sanções puramente tributárias contêm limites quantitativos e qualitativos específicos, que merecem ser analiticamente versados em estudo específico. Neste ponto, em breve referência, vale destacar que se dividem em duas categorias: *sanções pecuniárias* e *sanções não-pecuniárias*, sendo as primeiras as mais adequadas e difundidas. Como ver-se-á mais adiante, as sanções estritamente fiscais não-pecuniárias, também intituladas *sanções indiretas*, *morais* ou *políticas*, não ultrapassam o crivo do controle imposto pelo princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade).

2. NATUREZA JURÍDICA

Acesa controvérsia marcou a identificação da natureza jurídica das sanções fiscais constantes das leis tributárias. Podem ser identificadas três diferentes correntes a respeito, cada uma delas sustentando, respectivamente, a sua natureza administrativa, penal ou tributária.

A primeira delas, inicialmente lançada por GOLDSCHMIDT, na Alemanha, que considerava as sanções administrativas, das quais a tributária era subespécie, uma forma de *autoproteção* dos interesses da Administração Pública, foi superada na maior parte dos países do Velho Continente, v.g., Alemanha, França, Itália, Espanha e Portugal, onde prevaleceu a tese de terem as sanções tributárias, mesmo não delituosas, natureza penal, consistindo suas normas em um adendo ou sub-ramo do Direito Penal.

Contudo, a tese da unicidade do poder punitivo do Estado, principal fundamento teórico da conclusão de terem as sanções tributárias natureza penal, não foi albergada pelo Direito brasileiro. Os corifeus desta tese – disseminada na Europa – sustentam decorrerem tanto as sanções de natureza penal, quanto aquelas aplicadas no exercício da potestade sancionadora da Administração, do *ius puniendi* do Estado. Ora, em matéria tributária, cumpre frisar, as sanções não delituosas não são derivativas do *ius puniendi*, mas originam-se do *ius tributandi*, sujeitando-se aos limites éticos e materiais que lhe são próprios.

Com efeito, os doutrinadores pátrios não reconhecem a natureza penal de uma sanção desprovida de características próprias de seu peculiar regime jurídico e indesviáveis à sua aplicação, como a reserva jurisdicional, a responsabilidade necessariamente subjetiva, a incomunicabilidade da pena, e a ação penal, além da competência legislativa privativa da União, dentre outros fatores de distinção entre estas e aquelas de natureza estrita ou exclusivamente tributária.

Todavia, se, de um lado, não podem as sanções estritamente tributárias ser consideradas de natureza penal – como tem prevalecido em diversos países da Europa Ocidental – em virtude de seus

³ JARACH, Dino. *Op. cit.*, p. 366.

⁴ DENARI, Zelmo et COSTA JÚNIOR, José Paulo da. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 78.

inegáveis fatores distintivos, de outro lado, há de se reconhecer, também, a presença de fatores de aproximação entre ambas, de relevantes conseqüências, dentre as quais destaca-se a permeabilidade do Direito Tributários sancionador aos princípios e regras gerais da repressão, normalmente oriundas do Direito Penal.⁵

Há de se frisar, com a merecida ênfase, que, em virtude da já conquistada autonomia do Direito Tributário, não convém relegar as suas sanções (não-delituosas) ao universo de estudo do Direito Administrativo sancionador. Com efeito, não obstante serem aplicadas mediante atividade administrativa plenamente vinculada⁶, as normas que erigem as sanções prescritas pelos legisladores tributários, no exercício de suas respectivas competências, merecem ser segregadas e emancipadas como subespécie autônoma das demais sanções administrativas, por várias razões, dentre as quais se colacionam:

- (a) sendo derivativas do poder de tributar, sujeitam-se aos princípios retentores do poder de tributar, a exemplo do princípio que veda seu efeito confiscatório;⁷
- (b) decorrem da prática de ilícitos fiscais, materiais ou formais, de cujo estudo, interpretação e escoreta aplicação jamais poderá prescindir;
- (c) contêm inúmeras peculiaridades, tais como aquelas decorrentes de suas limitações quantitativas e qualitativas;
- (d) o seu subserviente entrelaçamento aos princípios e normas gerais da repressão, em sua maioria oriundas do Direito Penal, algumas delas já incorporadas pelo legislador tributário, como a retroação benéfica da lei que estipule sanção menos severa (art. 106, II, do CTN), a interpretação mais favorável ao acusado (art. 112 do CTN), e outras tantas sem previsão explícita, mas albergadas pelos artigos 108 e 112, ambos do Digesto tributário; e
- (e) a extinção da responsabilidade do infrator por força da denúncia espontânea acompanhada do pagamento do tributo devido, quando for o caso (art. 138, CTN), ou, mesmo, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento dos valores devidos a título de tributos e seus consectários, quando criminalizada a infração tributária.

Por certo, as particularidades das infrações fiscais não delituosas e suas sanções tornam inconveniente a identificação de sua natureza jurídica ou sua inserção em qualquer outro ramo da ciência jurídica. Há de se reconhecer que as sanções sob foco, decorrentes da supressão do pagamento de tributos essenciais à manutenção estatal (obrigação principal) ou violação dos deveres instrumentais de colaboração com a administração fazendária (obrigação acessória), são derivativas do próprio *ius tributandi* do Estado, não pertencendo, portanto, as normas a elas pertinentes a nenhum outro ramo jurídico (Penal, Administrativo ou Econômico). Constituem, sim, um capítulo específico e indissociável do

⁵ Tal conclusão pode ser fundamentada, no direito positivo, com espeque no art. 108, III, do CTN.

⁶ Vide artigos 3º e 142, ambos do CTN.

⁷ As multas fiscais, apesar de, a toda evidência, não serem tributo, sujeitam-se à vedação do efeito de confisco previsto no art. 150, V, da Carta Magna brasileira, porquanto, além de serem uma manifestação decorrente do *ius tributandi*, representam idêntica, se não maior, ameaça à preservação da propriedade, tendo o STF já firmado entendimento nesse sentido, como se pode verificar no acórdão proferido na ADIn 551-1/RJ (julgada, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno da excelsa Corte, em 24/10/2002, cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 14/02/2003).

Direito Tributário, que não deve ser imiscuído ao Direito Administrativo, ainda que qualificado como sancionador.

Nesse sentido já têm apontado alguns autores da doutrina pátria, como ilustra o excerto adiante transcrito:

O que confere especificidade à sanção tributária, diferenciando-a das demais sanções administrativas, é exatamente a sua relação com o tributo, embora constituindo diferentemente deste uma sanção por ato ilícito, fazendo com que possua um regime jurídico próprio mas próximo e em certa medida comum ao direito tributário, administrativo e penal, tendo princípios constitucionais e infraconstitucionais que se entrelaçam e se conciliam nas suas diferenças através de um raciocínio de proporcionalidade e razoabilidade específico⁸.

Por essas e outras razões, sustenta-se a conveniência de se reconhecer o Direito Tributário Sancionador como um sub-ramo específico e importante do Direito Tributário, que atrai a prevalente aplicação de alguns princípios e normas gerais da repressão (normalmente oriundas do Direito Penal, devido à sua maior maturidade teórica na rechaça à ilicitude).

A propósito, FONROUGE, de forma bastante conservadora, mercê do entendimento dominante na Argentina, sustenta que os princípios do Direito Penal comum são aplicáveis às infrações tributárias não-delituosas somente quando a lei assim expressamente determine ou autorize⁹. No Brasil, em idêntico sentido, encontra-se o magistério de ZELMO DENARI¹⁰.

Ora, se a prevalência ou não de alguns princípios e normas gerais comuns da repressão, oriundas do Direito Penal, reconheça-se, pode ensejar acirradas controvérsias doutrinárias, prescindindo ou não de previsão legal expressa nesse sentido, mais remansosa revela-se a sujeição dos ilícitos e sanções tributárias não-penais a alguns limites constitucionais que limitam o *ius tributandi*, a exemplo do princípio da reserva legal, da tipicidade e da vedação de efeito de confisco, esse último em largo espectro.

Muito embora seja perfeitamente sustentável e coerente a natureza tributária das sanções aplicáveis ao ilícito fiscal, ela haverá de ser reconhecida desde que não seja ele delituoso, hipótese na qual terão suas sanções indubitosa natureza penal. Com efeito, coexistem no ordenamento jurídico brasileiro duas diferentes espécies de sanção à infração fiscal: aquelas estritamente tributárias e aquelas penais.

Admitindo-se, na esteira da mais autorizada doutrina¹¹ e da melhor jurisprudência pátrias¹² e alienígenas, que entre elas não sejam identificáveis quaisquer diferenças estruturais e ontológicas, não se pode ignorar que outras dessimetrias as afastam, conduzindo à conclusão da presença de dois tipos distintos da sanção do ilícito tributário, a saber: as sanções tributárias e as sanções penais.

⁸ ROLIM, João Dácio et SOUTO, Daniela Silva de Guimarães. Sanções administrativas tributárias. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 232. No mesmo sentido, Zelmo Denari. In: COSTA JÚNIOR, Paulo José da et DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6, 21 e ss, 78 e ss; ICHIHARA, Yoshiaki. Sanções tributárias – Questões sugeridas. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 481.

⁹ FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Ed. Depalma. 1977, t.2, p. 616 e ss.

¹⁰ COSTA JÚNIOR, Paulo José da et DENARI, Zelmo. *Op. cit.*, p. 27-28.

¹¹ DENARI, Zelmo et COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 474; e *Teoria das Sanções Tributárias*. In: *Sanções administrativas tributárias, sob sua coord.*. São Paulo: Dialética, 2004,

Neste rumo, observa o arguto SACHA CALMON NAVARRO COELHO, antecipando algumas de suas conclusões a respeito do tema: “... algumas infrações tributárias merecem a atenção do legislador e tornam-se delitos penais (sonegação, contrabando, descaminho, etc.)...”

Na vertente em gladiatura, delito tributário é delito como outro qualquer, no essencial...

Não deixando escapar a oportunidade, aproveitando-se o toque deste sino, quanto à questão sobre se as sanções penais-tributárias ou sanções tributárias-penais, ascende a importâncias de frisar, que, à luz do Direito Brasileiro, à semelhança do que ocorre noutros países unitários ou federativos, temos:

a) no Código Penal, nas leis criminais, delitos de fundo fiscal (sonegação, fraude, apropriação indébita de crédito tributário etc.) sancionados pelo direito penal, cuja edição compete a legislativo federal e que sujeita o agente do delito à jurisdição criminal; e

b) infrações fiscais, previstas exclusivamente nas legislações tributárias federal, estaduais e municipais, e cujas penas são aplicadas pelas autoridades administrativas, federais, estaduais e municipais, certo que não só as pessoas físicas, mas também as jurídicas, são imputáveis administrativamente e respondem pela sanção.

Por todo o exposto, ora parcial e de passagem, pode-se inferir logo duas conseqüências:

Primus – A norma de Direito Tributário que no Brasil preveja ou venha a prever pena de prisão por descumprimento de obrigação tributária é nula *ex radice* por ser inconstitucional. Juridicamente será um “*não-ser*”.

Secundus – O estudo das Norma Sancionantes em tema de tributação, ou melhor, das sanções tributárias somente pode ser feito levando-se em conta os princípios jurídicos vigorantes no país¹³.

Não obstante ser pacífica a identificação de sanções penais e não-penais cominadas à prática do ilícito tributário, ainda não se revela pacífica a identificação da natureza das sanções fiscais constantes das leis tributárias (não-penais), havendo autores que a consideram penal, administrativa ou tributária.

p. 164-165; CINTRA, Carlos César Souza. *Reflexões em torno das sanções administrativas tributárias*. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 58; MARTINS FILHO, Luiz Dias. *Infrações e sanções tributárias*. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 287; MACHADO, Schubert de Farias. *Infrações Tributárias*. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 446; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 280; e SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Sanções Administrativas Tributárias*. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004, p. 47.

¹² No Superior Tribunal de Justiça, guardião maior da legislação federal brasileira, quando do julgamento do RESP n. 39.555-0-PE, prevaleceu o entendimento de que “a punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal”; já o Supremo Tribunal Federal, no acórdão resultante do julgamento do RE n. 78.917-SP, asseverou que, por analogia, “aplicam-se às penas disciplinares as normas de prescrição penal” (*Revista de Direito Administrativo*, n. 123, Rio de Janeiro: FGV, 1976, p. 213-215).

¹³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Infração tributária e sanção*. In: *Sanções administrativas tributárias*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2004. p. 423.

Entretanto, não se pode olvidar que a natureza da sanção decorre da natureza do ilícito a ela pressuposto. Assim sendo, a sanção cominada a um ilícito estritamente tributário, não tipificado penalmente, terá, indubitavelmente, natureza tributária.

3. FUNÇÕES DAS MULTAS TRIBUTÁRIAS

Dentre as sanções de natureza estritamente tributária, i. é, não-delituosas, destacam-se duas subespécies pecuniárias com funções peculiares, a saber: a multa, com função preponderantemente punitiva; e os juros, com função ressarcitória.

Por demais relevante, frise-se, desde logo, exercerem as multas fiscais cominadas aos ilícitos tributários as importantes funções preventiva, didática e punitiva.

a) função preventiva

Atuando preventivamente, a sanção ao ilícito fiscal, prevista na norma sancionadora, tributária ou penal, tem a virtude de desestimular o descumprimento do dever fiscal, mediante intimidação de seus possíveis infratores. Nesse sentido, têm a virtude de reforçar a eficácia das normas tributárias primárias, salvaguardando-as das condutas contrárias aos seus preceitos. Defensora da finalidade preventiva das sanções fiscais – inclusive as penais –, MARIA CELESTE CARDONA, autora lusitana, assevera que

mais do que retribuir o mal praticado, mais do que ressocializar o infractor, importa prevenir a prática de factos que conduzam à lesão do património do Estado e, conseqüentemente, a impossibilidade de satisfação das necessidades colectivas¹⁴.

b) função didática

Exercem, também, as sanções cominadas ao ilícito tributário, sejam penais ou não, a elevada função didática. Sua mera previsão *in abstracto* explicita a reprovação da conduta ilícita, tornando mais evidente e claro o comando da norma primária, no qual se expressa a vontade da lei. Esse reforço na apreensão da vontade da lei ocorre na medida em que, logicamente, a conduta condicionante da sanção (seu pressuposto, i. é, o ato ilícito) é proibida e a conduta oposita é prescrita. A mera previsão da sanção contém inclusa a proibição da conduta a ela pressuposta e a prescrição da conduta oposita.

A feição didática das sanções impostas ao ilícito tributário é cogente e indesviável. Por isso, quando aplicada *in concreto*, deve tal sanção contribuir para a educação e correção dos desvios do infrator, auxiliando-o a apreender as lições que não se dispôs a espontaneamente seguir e impedindo-o ou desestimulando-o, assim, de reincidir em seu erro.

A função didática das sanções tributárias, independentemente de sua natureza (penal ou não), há de ser reconhecida e implementada, mercê da notória complexidade e instabilidade da legislação tributária que erige as obrigações cujo descumprimento enseja sua aplicação. A bem da verdade, a função didática das sanções deve ser diretamente proporcional à dificuldade de compreensão – pelo homem comum – dos preceitos cuja observância almeja salvaguardar e inversamente proporcional à estabilidade da legislação que os erige.

¹⁴ CARDONA, Maria Celeste. A infração fiscal do Direito Comparado - Contributos para uma Reforma. *In*: Estudos. v. II. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1983. p. 489.

Por tal motivo, sustenta-se a aplicação das sanções tributárias com fins exclusivamente didáticos – significativamente amenizada em seus efeitos punitivos, após o início da vigência de dispositivos que introduzam novas obrigações ou substanciais modificações nas preexistentes, durante período suficiente ao perfeito esclarecimento de seu conteúdo aos seus destinatários. A duração desse período deverá variar em função da complexidade das mudanças legislativas, da frequência de sua incidência e da eficiência da fiscalização. Assim sendo, *v. g.*, um período de seis meses para mitigação dos efeitos punitivos da sanção tributária pode revelar-se benevolente e adequado a uma obrigação mensal, enquanto absolutamente insuficiente quando vincular-se ao descumprimento de uma obrigação anual.

A esse entendimento poder-se-ia contrapor o argumento de que a segurança jurídica almejada em matéria tributária decorreria do princípio da anterioridade ou do prazo nonagesimal. Contudo, é sabido que o aludido princípio constitucional, previsto no art. 150, inciso III, alíneas *b* e *c*, da *Lex Mater*, a par de suas várias exceções disseminadas no texto constitucional, tem sua observância imperativa somente nos casos de instituição ou aumento de tributos, enquanto muitas outras inovações legislativas podem ensejar a aplicação de sanções, *v. g.*, obrigações acessórias.

Tal tolerância ora proposta, revela-se ainda mais adequada nos casos das infrações formais¹⁵, sobretudo quando não servem para acobertar eventual prejuízo ao erário. Nestes casos, aliás, havendo a esmerada satisfação do crédito tributário, em prestígio ao princípio da insignificância – originário do Direito Penal, mas igualmente relevante e pertinente ao Direito Tributário Sancionador –, as sanções impostas às infrações formais devem ser aplicadas com caráter e função exclusivamente didáticos, mitigando-se seus efeitos punitivos.

Em virtude da ausência de disposição legal nesse sentido, numa concepção puramente positivista, a salvaguarda dos destinatários das normas tributárias primárias, sejam contribuintes, responsáveis ou terceiros, aos quais se imputa o dever de cumprir novas ou diferentes obrigações principais ou acessórias, residiria na consulta, tal qual prevista no art. 160 do CTN, cominada com o disposto do art. 100, § único, do mesmo *Codex*. Entretanto, tal iniciativa pressupõe ter o consulente conhecimento mínimo necessário à elucubração e exposição de dúvidas. Se não o possuir, estará relegado ao possível beneplácito dos “juizadores” administrativos, mediante uma aplicação conscienciosa, atenuadora, da legislação pertinente, com fincas na equidade, em iniciativa justa e louvável, mas, reconheça-se, rara, não sistemática e referta de subjetividade.

O prof. SACHA CALMON brinda seus leitores com um exemplo muito propício, certamente pinçado dentre os muitos testemunhados em sua larga experiência na lida fiscal, adiante transcrito:

Outro caso deu-se com um pequeno comerciante. Este deu saída a certa mercadoria sem a via de acompanhamento da nota (fatura) fiscal, por negligência. Contudo, lançara no livro Registro de Saídas de Mercadorias o valor da operação e a contabilidade da empresa anotara a movimentação do estoque e o crédito da duplicata contra o comprador. Na barreira (Posto Fiscal), vistoriada a carga foi cobrado o imposto com multa de 40% sobre o valor das mercadorias, este arbitrado à falta de documentação. Tal multa é prevista na lei para os casos de trânsito de mercadoria sem documentação fiscal (presunção *iuris tantum* de

¹⁵ As infrações formais consistem no descumprimento de deveres instrumentais, impostos em prol das atividades de arrecadação e fiscalização do esmerado recolhimento de tributos, ou seja, penalizam a inobservância das obrigações acessórias.

venda sem pagamento do imposto). O contribuinte reclamou, alegando boa-fé e não prejuízo ao erário, pois o imposto foi pago mediante guia, conforme os dados do Registro de Saída de Mercadoria. O Conselho, comprovando o pagamento tempestivo excluiu o ICM cobrado na barreira e reduziu a infração a 1% do valor da mercadoria ao argumento de que: a) não houvera intenção fraudulenta; b) não houve prejuízo ao Erário; c) o contribuinte era primário; e d) o estabelecimento era de “rudimentar organização”, constituindo a espécie, se mantida a multa de 40%, uma daquelas contra o qual poderia ser alegado precedentemente o brocardo latino *summo jus, summa injuria*. A manutenção da multa em 1% – disse o Conselho de Contribuintes – tinha “caráter educativo”¹⁶.

c) função repressiva

Em sua notável versatilidade, as sanções tributárias não-delituosas completam sua plúrima função ao ensejarem a repressão ao ilícito fiscal. Nesse propósito reside o papel preponderante das multas tributárias, nelas não se vislumbrando qualquer feição indenizatória, porquanto seu pressuposto não é eventual dano sofrido pelo erário em decorrência da impropriedade ou inadimplência, mas sim a infração consistente do não adimplemento tempestivo. Por esse motivo, a exigência das multas prescinde de qualquer comprovação ou mensuração de eventual lesão ao credor da obrigação tributária, tanto que não lhe serão necessariamente equivalentes, devendo, isso sim, guardar fiel proporcionalidade ao grau de repúdio da ilicitude da conduta por ela punida.

Importante perceber que a sanção ressarcitória ou indenizatória, diferentemente, não tem como pressuposto fático de sua aplicação a realização de um ato ilícito *per se*, mas sim o dano ou a lesão, usualmente dele decorrente. Insista-se que o ato ilícito não é pressuposto da sanção reparatória, mas sim o dano, com ou sem culpa. Nos casos de responsabilidade civil objetiva, sob a inspiração da teoria do risco, o dever indenização prescinde da culpabilidade do devedor, sendo devida uma sanção reparatória de um dano mesmo quando não decorrente da prática de um ato antijurídico. Ilustre-se, a título exemplificativo, a responsabilidade de reparação objetivamente imputada ao Estado quando, em prol do bem comum, no exercício regular de suas atribuições, impõe sacrifício a um particular ou a um grupo determinável de particulares. Observe-se não haver nenhuma ilicitude na conduta estatal mas, ainda assim, verificado o dano, surge o dever de repará-lo¹⁷.

Se, de um lado, a incidência de uma sanção ressarcitória pode prescindir de uma ilicitude a ela precedente, d’outra margem, ainda que se verifique a prática de um ato ilícito e a menos que se comprove a existência de uma lesão e se demonstre o nexo de causalidade entre ambos, não surgirá o dever jurídico reparatório. Não necessariamente, mas, no mais das vezes, o ato danoso é um ato ilícito. Comumente, a lesividade e a ilicitude decorrem de um mesmo ato, exurgindo daí a disseminada confusão entre as funções punitivas e ressarcitórias das sanções.

¹⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Infração tributária e sanção. In: *Sanções administrativas tributárias*. p. 53.

¹⁷ O dever do Estado indenizar prejuízos provocados a terceiros em virtude de sua atuação lícita pode ser ilustrado pelo caso do comerciante de combustível, que teve o faturamento de seu posto significativamente reduzido em virtude de alteração no histórico fluxo de trânsito; ou daqueles proprietários de bens imóveis adjacentes à realização de obras públicas por ela prejudicialmente afetados, que jamais poderão ser forçados a pagar contribuição de melhoria, mas, ao contrário, terão direito à indenização pela desvalorização imobiliária. Também servem como exemplo do dever de indenização sem qualquer pressuposto de ilicitude as servidões administrativas incidentes sobre determinados bens particulares que lhes acarretem um declínio de sua expressão econômica ou subtraíam uma utilidade fruída por seu titular.

Além de ter como pressuposto uma infração, e não uma lesão, as multas tributárias não possuem o caráter substitutivo próprio das sanções ressarcitórias. Ora, é cediço que as multas tributárias não substituem o dever de satisfazer o crédito tributário, mas são a ele acrescidas, ou nele inseridas (art. 142, CTN, *in fine*), para eventual e oportuna execução.

Quando, pois, aplicadas *in concreto*, as multas tributárias, mesmo aquelas impostas em decorrência da simples intempestividade do pagamento, mesmo quando equivocadamente apelidadas de *moratórias*, têm nítido propósito repressivo, servindo para punir o infrator. Com firmes âncoras na precisa diferenciação entre as sanções punitivas e indenizatórias, urdida com base na teoria geral das obrigações, SACHA CALMON demonstra, com sobra de méritos, serem as multas tributárias punitivas. Em virtude da profundidade do pensamento do autor, roga-se *vênia* ao leitor para transcrever a lição:

De nossa parte, não temos a mais mínima dúvida quanto à natureza sancionatória, punitiva, não-indenizatória da multa moratória.

... A função da multa é sancionar o descumprimento das obrigações, dos deveres jurídicos. A função da indenização é recompor o patrimônio danificado. Em direito tributário é o juro que recompõe o patrimônio estatal lesado pelo tributo não recebido a tempo. A multa é para punir, assim como a correção monetária é para garantir, atualizando-o, o poder de compra da moeda. Multa e indenização não se confundem. É verdade que do ilícito pode advir obrigação de indenizar. Isto, todavia, só ocorre quando a prática do ilícito repercute no patrimônio alheio, inclusive o estatal, lesando-o. O ilícito não é a causa da indenização; é a causa do dano. E o dano é o pressuposto, a hipótese, a que o direito liga o dever de indenizar. Nada tem a ver com a multa que é sancionatória...¹⁸.

Esclarece o atilado doutrinador, de forma indubitosa, a função punitiva das multas tributárias ditas moratórias, ao demonstrar o seu afastamento de qualquer feição ressarcitória:

... já que a multa moratória do direito tributário não substitui a obrigação principal – pagar o tributo – coexistindo com ela, conclui-se que a sua função não é aquela típica da multa compensatória, indenizatória do direito privado (por isso que seu objetivo é tão-somente punir). Sua natureza é estritamente punitiva, sancionante. Aliás o STF alinha-se com a opinião ora expendida...¹⁹.

A propósito do tema, ilustra o entendimento do STF, acolhido pela melhor doutrina, o excerto do voto-guia do Min. CORDEIRO GUERRA, adiante transcrito:

A multa era moratória, para compensar o não pagamento tempestivo, para atender exatamente ao atraso no recolhimento. Mas, se o atraso é atendido pela correção monetária e pelos juros, a subsistência da multa só pode ter caráter penal²⁰.

¹⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Infração tributária e sanção. In: *Sanções administrativas tributárias*. Op. cit., p. 71-72.

¹⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Infração tributária e sanção. In: *Sanções administrativas tributárias*. Op. cit., p. 72-73.

²⁰ RE n. 79.624-SP, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 80, p. 104/113.

Em igual diapason, acompanhando o eminente relator, o voto exarado pelo Min. MOREIRA ALVES:

Toda vez que, pelo simples inadimplemento, e não mais com o caráter de indenização, se cobrar alguma coisa do credor, este algo que se cobra a mais dele, e que não se capitula estritamente como indenização, isso será uma pena... e as multas ditas moratórias... não se impõe para indenizar a mora do devedor, mas para apená-lo²¹.

Por isso, revela-se inadequada a nomenclatura “multa moratória”, valendo destacar que o *nomen iuris* equivocadamente atribuído pelo legislador jamais poderá alterar a função, feição ou caráter das multas tributárias, que, insista-se, é primordialmente punitivo.

É cediço que o Estado carece das receitas tributárias para a consecução de seus compromissos e fins constitucionalmente estipulados a tempo e a hora, sendo inegáveis os prejuízos acarretados pela negligência dos contribuintes e responsáveis no cumprimento de seus deveres fiscais. Por este motivo, para a reparação das perdas sofridas, são exigidos juros e correção monetária. Esta última, a rigor, serve tão-somente para resguardar o valor intrínseco da obrigação inadimplida, preservando-o do corrosivo efeito inflacionário no decurso do tempo. Os juros, estes sim, são indenizatórios da impontualidade no cumprimento das obrigações tributárias principais. Consistem, pois, os juros, atualmente a Taxa SELIC, que já abarca a atualização monetária do débito, em sanção moratória, com feição indenizatória, almejando ressarcir o erário público dos prejuízos decorrentes da intempestividade no recolhimento de tributos, mediante o repasse aos sujeitos da obrigação tributária principal do custo de captação de dinheiro suportado pelo Estado quando da emissão de títulos no mercado financeiro.

No presente estudo, entretanto, não são abordadas as conseqüências indenizatórias do ilícito tributário, mais especificamente, os juros exigidos em decorrência da extemporaneidade no pagamento da obrigação tributária principal, restringindo-se a análise às sanções tributárias de índole punitiva e de natureza não-delituosa.

4. INADEQUAÇÃO, DESNECESSIDADE E IMPERTINÊNCIA DAS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS NÃO-PECUNIÁRIAS

O princípio da proporcionalidade, na doutrina alemã, é decomposto em três diferentes comandos balizadores, cuja simultânea observância é imprescindível à sua fiel observância, quais sejam:

a) a *adequação* (*Geeignetheit*);

b) a *necessidade* (*Erforderlichkeit*); e

c) a *razoabilidade*, ou a *justa medida*²², podendo ainda ser designada por *conformidade, proporcionalidade em sentido estrito*²³ (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) ou *pertinência*.

A *adequação* consiste na compatibilidade entre os fins desejados pelo Direito e os meios utilizados para alcançá-los, exigindo das medidas interventivas adotadas a aptidão para atingir os objetivos perseguidos. Nesse sentido, deve existir uma necessária coerência finalística entre a limitação jurídica imposta pela sanção e o objetivo que justificou e legitimou sua cominação *in abstracto* e/ou sua imputação *in concreto*.

²¹ RE n. 79.624-SP, *Revista Trimestral de Jurisprudência* 80, p. 104/113.

²² SCHOELLER, Heirich. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse público* 2. Doutrina, 1999, p. 98.

Nesse particular, registre-se, mesmo *en passant*, a inadequação das intituladas sanções tributárias *morais* ou *políticas* (*sanções indiretas*), porquanto ao imporem restrições diversas ao desempenho das atividades regulares do particular, suposto infrator, em nada contribuem para a regularização de sua situação fiscal, mas, ao contrário, tendem a dificultá-la, tornando o caminho rumo ao ajustamento de sua conduta perante o fisco mais tormentoso e, por vezes, inviável – a exemplo daquelas empresas que têm suas receitas decorrentes da contratação com o setor público, que, sem certidões negativas, ficam impedidas de participar de licitações públicas e, até, de receberem suas faturas referentes a serviços já prestados ou mercadorias já entregues. Por isso, insista-se, são as sanções pecuniárias aquelas adequadas à repressão das infrações estritamente tributárias.

A *necessidade* determina que dentre os meios disponíveis ao Estado para a consecução de seus fins deve ser escolhido aquele que provoque a menor interferência ou restrição possível aos direitos dos particulares. Em outras palavras, a intervenção somente será admissível se nenhum outro meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se igualmente eficaz na consecução dos objetivos almejados pela norma sancionadora, sendo que a sanção deverá ser absolutamente indispensável ao atendimento dos interesses ou à concretização dos valores que a justificam.

Sob esse prisma, revela-se inconstitucional a previsão ou imposição de penas restritivas do direito de liberdade em decorrência da prática de infrações tributárias não dolosas, tais como a mera intempestividade ou inadimplência no recolhimento de tributos, porquanto tais penas são exacerbadas, desnecessárias e, por isso, desproporcionais ao ilícito pressuposto. Somente quando houver a ardilosa violação concatenada das obrigações tributária principal e acessória, destinando-se a infração formal a acobertar a infração material, é que haverá, em tese, justificativas à tipificação penal.

Também não superam o juízo de *necessidade* as sanções tributárias indiretas, ditas *morais* ou *políticas*, uma vez que com a imposição de sanções e medidas menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado assegurar e realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, não se justificando a imposição de sanções restritivas de direitos que estorvam o exercício da livre iniciativa no desempenho de atividades empresariais ou profissionais.

A *pertinência* – também designada por *proporcionalidade em sentido estrito*, *razoabilidade*, *justa medida* ou *conformidade* – impõe um rigoroso sopesamento entre as conseqüências da intervenção para o indivíduo por ela atingido e os objetivos pretendidos pelo Direito quando da cominação das conseqüências normativas, na medida em que, sob o pálio de alcançar uma finalidade desejável, não pode a potestade sancionadora do Estado atropelar a eficácia de direitos e garantias individuais, aniquilando outros valores também albergados pelo ordenamento jurídico. Na feliz síntese de EDUARDO BOTALO, a *justa medida* “persegue o necessário equilíbrio entre o interesse do Estado em atingir o fim desejado e as eventuais adversidades geradas para chegar a esta meta”²⁴.

No âmbito específico das sanções tributárias, o grau de rejeição da limitação jurídica sofrida com a imputação de uma penalidade não pode superar axiologicamente a finalidade de interesse público almejada pela norma sancionadora, sendo imprescindível para a verificação da *pertinência* de uma sanção o balanceamento dos valores e interesses por ela almejados e restringidos. Por tal razão, HELENILSON PONTES assevera que:

²³ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*, op. cit., p. 139.

²⁴ BOTALLO, Eduardo. *Algumas observações sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria penal tributária*. In: *Grandes questões atuais do direito tributário*, op. cit., p. 60.

As sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im egeren Sinne*), quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, embora arrimada na busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, assume uma dimensão que inviabiliza o exercício de outros direitos e garantias individuais, igualmente assegurados pela ordem constitucional.

O atingimento do conjunto de finalidades previstas pela ordem constitucional exige que o intérprete-aplicador do Direito (a começar pelo legislador) efetue contínuas operações de sopesamento entre os diferentes princípios jurídicos constitucionais, através de um apurado exercício de prudência²⁵.

Vários são os valores condensados e as finalidades subjacentes nas sanções tributárias. Dentre eles, destaca HELENILSON PONTES, de forma proeminente, a realização “do interesse público consistente na arrecadação de receitas indispensáveis ao custeio dos serviços e investimentos públicos” ou, em última instância macroconjuntural, “a concretização do princípio da capacidade contributiva”. Na opinião do aludido professor, “a sanção tributária, de forma geral, justifica-se e fundamenta-se no princípio da capacidade contributiva”, segundo o qual “todos devem concorrer para o custeio dos gastos públicos na medida de suas possibilidades”²⁶. Contudo, a persecução dos objetivos imediatos visados com a cominação *in abstracto* da sanção e/ou com sua imputação *in concreto* não pode comprometer a realização ou tutela de várias outras finalidades e valores igualmente ou mais caros ao Direito.

No caso das sanções estritamente tributárias, a verificação de sua constitucionalidade, que não prescinde de sua compaginação ao princípio da proporcionalidade, perpassa pela análise dos três destacados aspectos, porquanto a violação de qualquer deles acarretará a insanável pecha de invalidade. Com efeito, todos os três aspectos operam expressivamente na imposição de limites *quantitativos* e *qualitativos* às sanções tributárias.

²⁵ BOTALLO, Eduardo. *Algumas observações sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria penal tributária*. In: *Grandes questões atuais do direito tributário*, op. cit., p. 142.

²⁶ PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*, op. cit., p. 135.

A SOLIDEZ DA SÚMULA VINCULANTE E A FRAGILIDADE DA SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS

RONEY OLIVEIRA JÚNIOR*

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi introduzida à possibilidade de adoção de súmula vinculante pelo STF. O artigo 103-A foi acrescido ao texto constitucional conferindo poderes ao Tribunal para “aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta”.

A súmula vinculante é instrumento válido para acelerar a solução das ações. Sua adoção, mormente quando o próprio texto constitucional já indica como se fará sua aplicação, mostra-se oportuna e viável.

Além dessa súmula, de caráter vinculante, há a intenção de se introduzir na Constituição Federal, os artigos 105-A e 111-B, que criam a súmula impeditiva de recursos, no STJ e no TST, respectivamente. Essa matéria, entre outras, retornou à Câmara dos Deputados para apreciação.

Parece-me infeliz a idéia da súmula impeditiva que em nada contribuiria para a celeridade e segurança da decisão judicial. O § 3º sugerido ao artigo 105 A, enfatiza que:

“São insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso”.

O caput sugerido ao artigo 105-A, aponta que a aprovação da súmula “constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado”.

Apesar da inegável intenção de se acelerar o andamento dos processos, propostas que visem impedir a utilização de recursos previstos na legislação processual, terão, por certo, efeito contrário.

Repetindo o equívoco do Projeto de Lei do Senado 140/2004 (que altera o artigo 518 do CPC permitindo ao juiz que não receba a apelação, quando a decisão recorrida estiver em acordo com decisão ou súmula de tribunais superiores), o impedimento ao recurso, agora em sede constitucional, trará complicações e não simplificações. Tanto a súmula impeditiva quanto a proposição contida no PLS 140/2004, pecam por restringir o recebimento do recurso, quando a decisão que o recebe ou não poderá ser desafiada por agravo de instrumento.

Por outro lado, além de não apontar quem definirá se a decisão recorrida, de fato, deu à lei ou tratado federal a interpretação determinada pela súmula, a sugestão que lhe introduz peca também por desconsiderar que o STF pode rever decisões do STJ e do TST.

Não se pode olvidar que o tamanho da CF, que trata de temas variados, muitas vezes em detalhes, com certeza levará a situações em que a matéria disciplinada por súmula, aprovada pelo STJ, poderá receber interpretação diversa do STF.

* Procurador do Estado de Minas Gerais e Advogado.

Diversas das súmulas do STJ hoje em vigor, a par de terem sido proferidas em razão de decisões do Tribunal que interpretavam a legislação federal, cuidam de matérias que, mesmo sucintamente, são objeto de previsão na CF.

Exemplo de situação em que se deu modificação de súmula do STJ, em virtude de decisão do STF, é a cancelada súmula 157 do STJ, que tornava “ilegítima a cobrança de taxa pelo município, na renovação de licença para localização de estabelecimento comercial ou industrial”.

Decisão em sentido contrário do STF levou o próprio STJ a afastar a aplicação dessa súmula. Ao julgar o RESP. 261.571 o Superior Tribunal pontificou como “afastada a incidência do enunciado da Súmula 157/STJ”, em razão de decisão do STF que “proclamou a constitucionalidade de taxas, anualmente renováveis, pelo exercício do poder de polícia”.

Mesmo destino teve a súmula 198 do STJ. Segundo seu verbete “na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide ICMS”. Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 203.075-DF, o STF decidiu, por maioria de votos, que “a incidência do ICMS na importação de mercadoria tem como fato gerador operação de natureza mercantil ou assemelhada, sendo inexigível o imposto quando se tratar de bem importado por pessoa física”.

A possibilidade de reversão do entendimento de uma súmula impeditiva de recursos pelo STF é um indicativo de que o instituto é frágil e não deve ser adotado no STJ ou no TST. Não estamos diante da reforma de uma decisão por recurso próprio, mas sim da modificação do entendimento de uma súmula, de caráter geral e normativo.

O engessamento decorrente de uma súmula impeditiva, que viesse a ser modificada pelo STF, traria prejuízo incontornável para o litigante, gravame maior até do que na declaração de inconstitucionalidade de lei.

Como a lei declarada inconstitucional, a súmula revogada ou modificada por instância “superior” (STF) perderia a eficácia. A diferença é que o litigante ficaria impossibilitado de agir durante a vigência da súmula impeditiva, já que todos os seus recursos tenderiam a ser obstados. Mas não ficaria diante da inconstitucionalidade da lei, pois poderia invocá-la a qualquer tempo.

A vedação ao manejo de recurso contra decisões que tenham dado ao caso interpretação igual à da súmula impeditiva, criaria uma discussão paralela de enquadramento do caso à súmula, em prejuízo ao andamento do processo.

Impende salientar, ainda, que o STF é dotado de competência originária e de competência para julgamento de recurso ordinário em determinados casos, situações em que poderá se deparar com questão infraconstitucional regulada por súmula impeditiva de recursos. Eventual inobservância ao comando da súmula no STF, frustrará sua aplicação nas instâncias inferiores.

O próprio texto sugerido aos artigos 105-A e 111-B já é natimorto. Como ficaria o Recurso Extraordinário diante de um texto que prega o “impedimento à interposição de quaisquer recursos”? Será que a proposição pretende impedir também o manejo do Recurso Extraordinário? O STF deve se curvar à súmula impeditiva?

Naturalmente que não. O STF não se curvaria a uma súmula impeditiva e nem deixaria de apreciar Recurso Extraordinário que considerasse relevante, e em cujo teor vislumbrasse violação da CF.

Portanto, a adoção da súmula impeditiva torna-se desaconselhável.

Conclusão diversa se chega quanto à súmula vinculante, cuja aprovação ficaria a cargo do STF.

O acréscimo do artigo 103-A, à CF, que cria a súmula com “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”, mostra-se razoável.

Na própria sugestão que cria a súmula, já se define como lhe será dada eficácia. O § 3º, do artigo 103-A, prevê a interposição de reclamação ao STF que, se acolhê-la, “anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

A súmula vinculante, porque instituída no STF, cria a possibilidade de definição célere do processo, autorizando o manejo da reclamação contra qualquer decisão, encerrando rapidamente a ação. Creio, porém, que uma pequena modificação deve ser introduzida no transcrito parágrafo terceiro. Não é salutar a admissão generalizada da reclamação contra “decisão judicial”, que pode levar à sua utilização contra decisão interlocutória, fato complicador e não simplificador.

Outro fator que pesa em prol da súmula vinculante é que o STF, sendo órgão de cúpula do Poder Judiciário, não se sujeitará a qualquer revisão quanto à orientação de sua súmula, conferindo a ela, portanto, mais certeza para aplicação obrigatória.

Muitos criticam essas súmulas, alguns as defendem, outros preferem apenas a súmula impeditiva de recursos. Optando-se, porém pela adoção de qualquer delas, é fora de dúvida que a medida deveria se ater ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, único apto a aprovar com segurança qualquer súmula normativa, afastando após a aprovação, eventual questionamento jurídico.

Considerando a natureza normativa de tais súmulas, o que, aliás, conduz a críticas quanto à “competência legislativa” que se atribui ao Poder Judiciário com sua instituição, torna-se salutar a inserção no texto constitucional, de dispositivo que determine a perda de eficácia da súmula, independentemente de sua revogação pelo STF, quando alterada ou revogada pelo Poder Legislativo a norma constitucional que a amparou.

Regulando o tema sugerimos o seguinte dispositivo:

“A súmula vinculante perderá a eficácia se a norma que por ela foi interpretada vier a ser *modificada ou revogada* pelo Poder Legislativo”.

Com a inserção na CF da súmula vinculante espera-se sua rápida consolidação no direito brasileiro, pois seu efeito será benéfico e conferirá regularidade e segurança às decisões judiciais que cuidam da mesma matéria.

Como reflexo da introdução dessa súmula, que poderá elevar o volume de casos que chegam ao STF, medida válida seria a transferência de parte da competência desse Tribunal, não afeta a temas constitucionais, ao STJ, que está apto a julgar com boa celeridade, como já vêm fazendo, as questões que a ele são encaminhadas.

Portanto, a introdução da súmula vinculante, junto ao STF, mostra-se oportuna, ao passo que uma possível instituição da súmula impeditiva de recursos, seria medida equivocada.

O PODER, A POLÍTICA E AS INSTITUIÇÕES: O MICROCOSMO DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA

SILVÉRIO BOUZADA DIAS CAMPOS*

SUMÁRIO

1. A questão do poder - situação no constitucionalismo atual.
1.1. Considerações preliminares. 1.2. Consenso sobreposto e consenso constitucional. 1.3. Da titularidade e do exercício do poder. 2. A questão do poder tributário e sua organização político-territorial. 2.1. Alguns elementos centrais do sistema tributário nacional: posituação do federalismo em termos de competências tributárias e a manifestação do poder tributário na Crfb/88. 2.2. “*Self-Rule Plus Shared Rule*” - Mecanismo de superposição de soberanias. 2.3. Algumas particularidades do ICMS - O cotejo da categoria *luris* das isenções fiscais com a noção ampla de Federalismo. 2.4. O entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal. 2.5 O poder e o significado da tripartição de seu exercício em termos da problemática específica do CONFAZ. 2.6. Um breve paralelo no direito comparado: o conselho federal alemão. 3. Esforço histórico-compreensivo da guerra fiscal e do papel do CONFAZ. 3.1. Federação e dilema federativo. 3.2. A Gênese do ICM. 4. O CONFAZ e o novo institucionalismo. 4.1. Bases teóricas e metodológicas da *Rational Choice Institutionalism*. 4.2. O CONFAZ visto a partir da teoria democrática como processo decisório. 4.3. Ilegitimidade política: a crítica ao modelo institucional do CONFAZ e breves propostas para um novo arcabouço legal.

1. A QUESTÃO DO PODER - SITUAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO ATUAL

1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Robert Dahl é quem oferece o conceito erigido como uma das categorias centrais da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado; a unidade analítica que preside inexoravelmente todo esforço intelectual destas searas científicas do saber: trata-se do poder, como a capacidade de x.1 engendrar em x.2 o comportamento desejado, contido em um plano, por x.1.

* Bacharel em Administração Pública pela Escola de Governo “Prof. Paulo Neves de Carvalho” da Fundação João Pinheiro, em Belo Horizonte, Minas Gerais. Bacharelado em Direito pela UFMG.

De acordo com a tipologia weberiana, a partir do tipo ideal concernente à dominação carismática ou tradicional, o caractere x.1 pode corresponder a um indivíduo (p.ex., numa autocracia, um Rei Absoluto); ou, na hipótese da dominação racional, um grupo de indivíduos (uma democracia, p.ex., o gabinete de um Primeiro Ministro de um sistema parlamentar). O caractere x.2, a seu turno, pode ser, e geralmente o é, toda a população de um dado território soberano do globo terrestre.

O comportamento obtido pelo exercício do *poder*¹, outrossim, consiste no objeto da norma jurídica - o Direito é assumido, nesta exata medida, como uma técnica aperfeiçoada do exercício do poder.

Os indivíduos (x.2), destinatários da norma cuja hipótese de incidência é sempre um comportamento humano (isolado ou coletivo), conformam-se aos parâmetros legais, em regra, pelo simples dever de fazê-lo.

Este é o resultado obtido nos momentos em que se opera a estabilidade de um regime político.

Contudo, àqueles que porventura atuem de forma contraveniente aos imperativos do direito, o poder, como organização humana histórica², dispõe de um conjunto de sanções juridicamente pré-ordenado para o restabelecimento da ordem ultrajada.

Tem-se, portanto, a verificação de uma conseqüência jurídica, no sentido da correção do desvio, imprimindo o comportamento pelo ordenamento jurídico desejado, uma resposta gerada no âmbito da autopoiese do sistema estatal a fim de reaver a ordem violada – verifica-se, pois, o direito como um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

Eis, grosso modo, a tecnologia contida na norma jurídica, produto do exercício do poder. Diz-se norma *jurídica* uma vez que determina um comportamento coativamente imposto pelo Estado, qualidade que somente o ordenamento jurídico possui.

Destarte, argumenta-se a existência de um aspecto interno (*internal aspect*) e de um aspecto externo da norma de direito (*external approach*)³.

Para Hart, o direito como técnica do poder, como padrão compulsório de conduta, não é a mera soma de simples comandos erigidos por ameaças (sanções), mas reclama um substrato de legitimidade (*internal aspect*).

¹ Ver, FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Para Seabra Fagundes, em quem buscamos e sempre obtemos fonte segura de conhecimento jurídico, o poder é uno e indivisível. O que temos é a tripartição do exercício do poder em órgãos do Estado, e não tripartição do poder em si.

² Para Marx, “a sociedade em ação”. Para Hermann Heller, o Estado consiste na garantia e aperfeiçoamento da ordenação social ao regular a cooperação de todos os fatores da organização. É, ao mesmo tempo, alicerce e objeto da organização, condição e efeito. Heller pontifica que a função social do Estado, como asseguuração da convivência e da cooperação entre os homens, é a chave para a compreensão dos fenômenos estatais como a soberania, supremacia territorial, monopólio coativo, etc. HELLER, H. *Teoria do Estado – staatslehre*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. Ed. Mestre Jou. São Paulo. 1968.

³ HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961.

“*A pari*”, um ordenamento jurídico não poderia resistir por muito se toda a coletividade agir em função das conseqüências legais (*external approach*) todo o tempo⁴.

É importante que se frise que Hart cunha a expressão *internal aspect* visto que o direito é função de sua legitimidade ou seu reconhecimento social – este tema será retomado de forma mais apropriada aos desígnios científicos deste ensaio quando da discussão da teoria democrática como processo decisório⁵, de Sartori, na quarta parte desta monografia.

Remetendo-se de certa forma a Weber, a maioria dos destinatários da norma, em regra, apreende o sistema legal como as bases mínimas que qualquer um deve seguir, pois refletem: o caminho dos ancestrais, ou a estrutura do cosmos, ou o caminho de Deus; ou porque eles democraticamente aprovaram-na ou simplesmente endossaram os parâmetros para se estabelecer os procedimentos regulares de sua produção.

O poder não opera, pois, num vazio sociológico (sem que isso signifique que ele seja simples corolário das forças econômicas, culturais, etc.) - imprime, isso sim, uma interação entre instituições e condições, num jogo combinado dessas dimensões, em cujas trajetórias históricas o investigador político busca as invariáveis científicas de seu campo do saber.

Tem-se, nesse sentido, que o Estado é a organização que roga a si, e detém, o monopólio do uso da força, circunscrito a dado território, como o mecanismo maior de *enforcement* do exercício do poder.

Esta é a noção aperfeiçoada por Max Weber, capaz de constituir uma categoria analítica adequada para as ciências sociais.

De outro lado, assumir a noção liberal ou marxista de Estado, segundo as quais os fins próprios ao Estado circunscrevem-lhe a natureza teórica (respectivamente, seja a garantia de direitos de primeira geração; seja superestrutura fruto da infra-estrutura que lhe é base econômica – e não os meios próprios dos organismos estatais, v.g., os meios de violência institucionalizados e monopolizados) corresponderia à exclusão de toda uma gama de manifestações históricas idôneas a configurar a vivência de dada figura estatal, como é o caso dos Estados teocráticos fundamentalistas; o que não corresponde aos desígnios científicos do trabalho. A definição pelos meios próprios do Estado (monopólio coativo em dada soberania), e não pelo seu elemento teleológico, é assumido, por conseguinte, como a invariável científica particular do tipo ideal ‘Estado’.

⁴ É importante ressaltar a diferença conceptual de ordem jurídica e ordenamento jurídico. DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*, Vol. 3, São Paulo, 1998, p. 462, em magistério inolvidável, ensina-nos que o ordenamento jurídico consiste nas fontes estatais do direito, na regulamentação coativamente posta pelo poder legiferante implementada pela burocracia pública. A ordem jurídica, ou legal, por sua vez, é vista a partir de um ângulo fenomênico, a partir das reais condições da regulação social – é, em verdade, o resultado dialético entre o Estado e a sociedade civil. No momento da origem de uma nova ordem jurídica democrática, está a Constituição, quando inexoravelmente a sociedade civil atinge o Estado, determinando-lhe o padrão maior para a relativização de todo o ordenamento jurídico. A Constituição, fruto do poder constituinte originário, nas palavras do Min. Carlos Ayres Britto, é a única capaz de “zerar a contabilidade jurídica”, determinando-lhe um paradigma novo, outro fundamento de validade e eficácia para o ordenamento jurídico. Ocorrendo exercício infraconstitucional exorbitante ou contraveniente às decisões políticas fundamentais da Carta Magna, é lícito, pois, àqueles que se encontram no âmbito de incidência destes abusos de poder, provocar o movimento de outra engrenagem estatal, o Judiciário. “*Incidenter tantum*”, podem os juízes em controle difuso de constitucionalidade afastar a aplicação de um estatuto legal gerado no bojo do Legislativo ou um regulamento do Executivo. Àqueles legitimados pela própria Constituição cabe o poder para provocar o controle concentrado, para operar “*erga omnes*” os efeitos da declaração judiciária da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

⁵ SARTORI, G. *A Teoria da democracia revisitada*. Cap. 8. São Paulo: Ática, 1994.

Sublinhadas essas indispensáveis premissas, pode-se pensar, agora, uma definição de democracia - o *locus* conceitual por excelência em que se opera o jogo dialético entre instituições e condições como forma de produção de normas jurídicas socialmente legitimadas.

Apesar de se tratar de autor de índole marcadamente elitista, Schumpeter⁶ constrói conceito razoável para os propósitos deste estudo, bastando por enquanto: a democracia consiste no procedimento em que, de tempos em tempos, o povo escolherá as elites que o governarão.

Note que o termo utilizado, “elites”, não guarda nenhum eufemismo com termos, p.ex., “representantes do povo” etc.

Entretanto, pode-se chegar a um silogismo lógico, óbvio, a partir desta concepção: não há que se falar em governo, não há que se falar em exercício regular e democrático do poder, sem a necessária premissa da representatividade, isto é, da investidura política.

Eis, ao mesmo tempo, o suposto jurídico básico para o exercício do poder político e seu fundamento (meta jurídico) de legitimidade.

É o que se encontra positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988⁷, em seu artigo 1º, parágrafo único, *verbis*: “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

O poder político é o objeto mais amplo do Direito Público, em que se encontra a Teoria do Estado; assim como o é para as Ciências Políticas - cada uma das quais dotadas de seus métodos, teorias, questionamentos e perspectivas próprios, não obstante encontrarem-se conectados e próximos pelas suas preocupações⁸, em uma dialética estabelecida pela ação comunicativa.

Dessa forma, o recorte que se dará neste trabalho monográfico assenta nestas premissas básicas o apontamento de seu problema e problemática, numa convergência acadêmica de nossas preocupações.

O poder e sua necessária faceta de poder tributário, de acordo com Adam Pzerworski⁹, consiste no nosso pano de fundo.

A divisão em função do território do poder tributário, percebido em termos de suas limitações (alcance e abrangência) e de demarcação das competências tributárias (os órgãos investidos da titularidade de ser fontes emanadoras do Direito Tributário Material) amoldam, substancialmente, o conteúdo da segunda parte do estudo, mais amplamente situado pela doutrina como o Sistema Constitucional Tributário.

Na segunda parte, estabelecer-se-ão a questão do dilema federativo brasileiro e os efeitos deletérios que a têm peculiarizado, notadamente a guerra fiscal, em função de seu enquadramento histórico e causas econômicas (sem que isso signifique extrapolar a demarcação acadêmica da monografia).

⁶ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

⁷ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição brasileira*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 44/04 e pelas emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2004. 245 p.

⁸ A autonomia científica dessas ciências humanas não implica impedir ou excluir o diálogo entre seus caminhos e conclusões. É o que pontifica Bobbio quando do estudo das possíveis relações entre filosofia política e ciência política. In BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000, p. 67 e seg.

⁹ PRZEWORSKI, ADAM, *Apud* SPAGNOL, W. B. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.01

Na terceira parte, aduzidas as premissas do federalismo fiscal no bojo da República, e bem localizado o papel do Conselho Nacional de Política Fazendária (sua composição, o objeto de sua competência), passar-se-á a situar este órgão em cotejo às lições da teoria democrática como processo decisório e à noção de Comitês, que nos permita traçar proposições acerca de que incentivos institucionais causam, em larga medida, a guerra fiscal.

Isso, com a preocupação central com os aspectos da legitimidade do poder e da política, para, em visão crítica, apontar algumas opções acadêmicas e de *lege ferenda*.

Entretanto, são úteis alguns apontamentos, mesmo que de forma breve e um tanto quanto simplória em face da complexidade dos assuntos, sobre o recorte epistemológico acerca da atividade política e um paralelo com as noções filosóficas atinentes ao conjunto de decisões políticas fundamentais de um regime político.

De forma mais geral, assentar-se-ão algumas premissas, noções lógico-jurídicas (científicas pois universais), não obstante a preocupação com o universo jurídico-positivo¹⁰ (dogmáticas, parâmetro para o exercício da política legislativa, seja criminal, financeira etc.), que circundam a problemática do constitucionalismo e da democracia, pano de fundo mais amplo deste esforço investigativo, em que necessariamente se insere nossa problemática específica sobre a federação e o dilema federativo, em específico, da inserção do CONFAZ nestas dimensões.

1.2. CONSENSO SOBREPOSTO E CONSENSO CONSTITUCIONAL

John Rawls¹¹ tem como preocupação no âmbito do estudo da filosofia uma concepção política, a justiça como equidade, que é objeto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, por meio de que se especificam os termos equitativos da cooperação social em sociedades marcadas pelo pluralismo.

Busca traçar, dentre outros, as bases sociais do auto-respeito, em que se encontra sedimentado o mínimo existencial que possibilite aos cidadãos o exercício de sua liberdade política, sem o que de nada valeriam quaisquer discussões acerca do momento constitucional, uma vez que não se encontraria respeitada uma das condições da estabilidade social.

A crítica feita ao *background* teórico de John Rawls sustenta que seu discurso não dá conta de demonstrar como as instituições realizam efetivamente os ideais de justiça, estes moldados como fruto lógico da concorrência de interesses difundidos socialmente, ademais de contemporaneamente as ciências sociais demonstrarem que a esfera cultural, *per se*, não explica a totalidade de problemas postos pela “burocratização” (em sentido não técnico), as injunções no âmbito do Governo de interesses corporativos poderosos¹² etc.

Contudo, Rawls traz uma contribuição muito importante ao debate que ora se propõe, a despeito da forte crítica que lhe é formulada: quando da passagem do momento de consenso sobreposto para o de consenso constitucional, os procedimentos a regular a atividade de embate institucional das doutrinas abrangentes, para a formulação das decisões que escapam à abrangência do conteúdo próprio de um

¹⁰ TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. p.81 e ss.

¹¹ RAWLS, John. *Liberalismo político*. 2001.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*: contributions to a discourse theory of law and democracy. Tradução de Willian Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

consenso sobreposto (as bases sociais do auto-respeito), são situados como uma das dimensões do consenso constitucional apropriada a oferecer estabilidade social.

Não percebe, pois, a crítica que lhe formula, que parte da resposta de Rawls situa-se justamente numa dimensão institucional¹³ ao questionamento dos elementos a consubstanciar a permanência de um dado regime, não obstante seu argumento fundamentalmente cultural.

Habermas avança na discussão internacional, em certo sentido, quando da elaboração de questionamento que aproximava a tensão externa havida entre os reclamos de uma ordem jurídica democrático-constitucional e os caminhos em que as formas de poder social atualmente estabelecem as condições de legitimidade dos processos decisórios (“*lawmaking*”).

É interessante reproduzir trecho integral de sua obra, visto que é exemplar a passagem em que Habermas¹⁴ ensina que:

“if, under the conditions of a more or less well-established welfare-state compromise, one wants to hold on not only to government by law [Rechtsstaats] but to democracy [demokratischer Rechtsstaats] as well, and thus to the idea of the legal community’s self-organization, then one can no longer maintain the liberal view of the constitution as a “framework” regulation primarily the relation between administration and citizens. Economic power and social pressure need to be tamed by the the rule of law no less then does administrative power. On the other hand, under the conditions of cultural and societal pluralism, the constitution must also not be conceived as a concrete legal order that imposes a priori a total form of life on society as a whole. Rather, the constitution sets down political procedures according to which citizens can, in the exercise of their right to self-determination, successfully pursue the cooperative project of establishing just (i.e. relatively more just) conditions of life. Only the procedural conditions for the democratic genesis of legal statutes secures the legitimacy of enacted law” (Grifo nosso).

A democracia como regra majoritária deve guardar, pois, uma relação de fundamentação permanente com a dimensão do constitucionalismo, uma vez que este passa a ser assumido como a teoria normativa do político, a informar toda a *praxis* política havida no embate do jogo democrático.

1.3. DA TITULARIDADE E DO EXERCÍCIO DO PODER

Veja-se o artigo 1º, § único da CRFB/88: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

A primeira leitura que se pode efetuar acerca do conteúdo desta claríssima disposição constitucional reside na distinção dada à titularidade do poder, que é sempre do povo (população de um país que goza de direitos políticos¹⁵), em confronto ao próprio exercício deste poder, que se dará diretamente pelos próprios titulares do poder, v.g, pela via do plebiscito, referendo ou iniciativa popular; ou indiretamente pelo sufrágio universal (em regra), **elegendose representantes**.

¹³ Institucional, assumimos, pois é capaz de servir como canal para a vocalização de interesses e preferências, bem como a permitir a dialética comunicativa entre os discursos e seu auditório. “*Qualquer membro que percebe um conjunto de alternativas, pelo menos uma das quais considera preferível a qualquer uma das alternativas na ocasião, pode inseri-la(s) entre as apresentadas à votação*”, DAHL, Robert, *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 72.

¹⁴ HABERMAS, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵ Ver, por todos, DAHL, 1998.

Em momentos de estabilidade de um regime político, como foi dito anteriormente, os destinatários da norma jurídica atuam de forma lícita, idônea, na conformidade das restrições institucionais e o fazem em face do *internal aspect* das decisões políticas: são condutas devidas, uma vez que legitimamente estabelecidas, em parâmetros procedimentais que todos possam endossar; estas consubstanciando decisões políticas fundamentais, nucleares, dispostas no bojo de um consenso constitucional.

Não obstante, persiste o questionamento acerca das condições reais que devem ser processadas em âmbito institucional, vale dizer, o que produz cooperação social - e é disso que se trata.

Para John Rawls, é um tipo de concepção política (“*justice as fairness*”), que implica um consenso sobreposto (“*overlapping consensus*”), o motivo central da cooperação social, vale dizer, a causa do ajustamento da ação humana, fenomênica, inteligível, a uma série de mecanismos de constrangimentos e/ou oportunidades institucionais, produzindo-se o resultado desejado pelo espírito daquela concepção.

Contudo, a resposta dada pela Filosofia Política norte-americana não é suficiente para explicar os propósitos desta monografia - sem prejuízo, obviamente, de constituir um marco conceitual inexorável para o cientista.

É na teoria da democracia como processo decisório de Sartori¹⁶ que encontramos substrato teórico-científico que permite uma maior aproximação de nosso objeto, ou seja, um *background* analítico a partir de que se permita extrair noções cientificamente invariáveis (Popper) acerca da atividade política.

Faça-se, por oportuno, alguns apontamentos, não obstante o retorno a esta discussão no decorrer do texto.

A primeira noção que se destaca como importante para este trabalho, oferecida por Sartori é a de decisões coletivizadas, que de forma análoga para a ciência do direito consiste na norma jurídica. “*Decisões coletivizadas são (...) decisões que se aplicam e são impostas a uma coletividade independentemente de serem tomadas por uma pessoa, por algumas pessoas ou pela maioria*”¹⁷, soberanas, inescapáveis e sancionáveis. É este o traço distintivo do poder político, do poder econômico, etc.

A regra da representatividade, tal qual consubstanciada na CRFB/88, como método de aquisição do exercício do poder, permite, ao menos teoricamente, a passagem das preferências e interesses presentes na sociedade civil, processando-as a nível institucional, para o estado de decisões coletivizadas, de norma jurídica.

Assim aponta Sartori¹⁸, ao situar a representação como o ponto de interseção entre a produção de menores riscos externos (de opressão) do sistema e seus correlatos, nada obstante inversamente proporcionais, custos decisórios.

Assentadas, pois, essas balizas conceituais, pode-se avançar na pesquisa, trazendo ao argumento a preocupação central que temos sobre o Conselho Nacional de Política Fazendária, na condição de *locus* por excelência de coordenação intergovernamental (cujo fim é processar seus interesses fiscais), numa espécie de verdadeiro fórum federativo (ao lado do Senado e do Supremo Tribunal Federal) – isto é, a preocupação de apreender o exercício de parcela específica do poder tributário concernente ao ICMS, no âmbito do federalismo fiscal, matéria da segunda parte do trabalho.

¹⁶ SARTORI, 1994.

¹⁷ SARTORI, 1994. p. 287.

¹⁸ SARTORI, 1994. p. 298.

A partir dessa demarcação analítica, a segunda preocupação é a forma de estruturação e organização desse órgão colegiado, buscando supedâneo teórico-analítico na tipologia de “Comitês”, objeto da terceira parte, em que abordaremos sua teoria da democracia como processo decisório.

2. A QUESTÃO DO PODER TRIBUTÁRIO E SUA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-TERRITORIAL

2.1. ALGUNS ELEMENTOS CENTRAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL: POSITIVAÇÃO DO FEDERALISMO EM TERMOS DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS E A MANIFESTAÇÃO DO PODER TRIBUTÁRIO NA CRFB/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 configura um arranjo federativo em que os três níveis dotados de autonomia político-administrativa (federal, estadual e municipal) possuem uma parcela de poder político concernente ao exercício de competência tributária.

Trata-se, portanto, de objeto do Direito Público, que apreende o poder político de tributar de perspectiva normativa - vale dizer, a partir dos parâmetros em que o poder tributário inerente ao poder político é exercido no Estado Social e Democrático de Direito que nos é contemporâneo.

Geraldo Ataliba pontifica, outrossim, que:

“a lei que contém a hipótese de incidência só pode ser expedida pela pessoa político-constitucional competente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de acordo com os critérios de repartição de competências tributárias (discriminação de rendas) constitucionalmente estabelecidos. Não se confundem a competência para legislar, com a capacidade de ser sujeito ativo de obrigações tributárias”¹⁹.

Temos, assim, um agrupamento de pessoas jurídicas de direito público interno, cada qual dotada de um conjunto de prerrogativas legislativas (competências legislativas concorrente e comum) tendentes a incidir sob momentos fáticos, normativamente pré-fixados²⁰, que revelem conteúdo econômico (fatos geradores não vinculados à atuação estatal) ou a necessidade de se remunerar o serviço público (fatos geradores vinculados a uma atuação estatal), observadas todas as balizas principiológicas que informam e ao mesmo tempo traduzem a essência do regime jurídico constitucional tributário.

A par da natureza dos fatos jurídicos impregnados de conteúdo economicamente apreciável por um estado ou manifestação do contribuinte (do ponto de vista da espécie tributária, os impostos, empréstimos compulsórios e contribuições especiais), suposto necessário em Direito Tributário, lembra a lição de Heleno Tôrres que:

“quando o legislador exercita competências de direito tributário, construindo tipos e conceitos com outros já qualificados pelo uso das competências de direito civil ou comercial, submete-se a um regime constitucional de limitações, garantidores do patrimônio e da liberdade dos contribuintes. Vedação ao confisco, capacidade contributiva, mínimo existencial, não-cumulatividade, garantia da liberdade de tráfego, irretroatividade, dentre

¹⁹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

²⁰ V.g., o princípio da legalidade tributária, CR, art. 150, I e II.

outros, (...) se há algum primado a ser respeitado, este há de ser, sempre, o do direito constitucional”²¹.

Positivamente, a CRFB/88, ao iniciar o tratamento dedicado ao sistema tributário nacional, em seu título “Da Tributação e do Orçamento”, artigo 145, estabelece (1) as espécies de tributos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir (2) os princípios gerais da tributação (3) a competência à qual se encontra adstrita a manifestação do poder legiferante derivado, compreendidas as limitações ao poder de tributar (4) o conjunto de tributos atinentes a cada ente político (5) e a repartição das receitas tributárias (6).

Acrescenta Torres que:

*“a repartição rígida das competências atribuídas às pessoas políticas presentes na Carta Constitucional é um reclamo impostergável do federalismo em vigor no Estado brasileiro, ao colocar a União, Estados, Municípios e Distrito Federal num mesmo patamar hierárquico (igualdade jurídica), restando, entre elas, tão somente, campos de atuação diferentes. No cumprimento de suas funções constitucionais típicas, cada uma dessas políticas, mediante atividades inerentes às competências atribuídas, obriga-se a criar seus tributos e efetivar funções de arrecadação e fiscalização dessas receitas, visando à formação do patrimônio público nacional. Daí que, como corolário dessa ordem constitucional, três primados básicos hão de informar as respectivas condutas fiscais: **i) esgotamento das competências atribuídas constitucionalmente, ii) restrita concessão de isenções ou benefícios fiscais (restrição à renúncia de receitas) e iii) fiscalização efetiva sobre todos os contribuintes e com o maior alcance possível, numa espécie de exercício do poder de polícia sobre o patrimônio público a realizar. O esgotamento das competências tributárias atribuídas às pessoas políticas para financiar suas funções constitucionais é um imperativo que decorre do federalismo cooperativo, em vista do plexo de competências originárias e compartilhamento de receitas de impostos, com transferências diretas e por meio de fundos de participação. Assim sendo, qualquer pessoa política descumpra frontalmente a Constituição Federal quando não carrega esforços para a exaustão da competência tributária ou não concentra o máximo de eficiência administrativa para os processos de arrecadação e fiscalização de tributos, dotando suas repartições responsáveis de todos os meios formais e materiais necessários. Trata-se de dever constitucional (...)”²²*** (Grifo nosso).

Destarte, vislumbra-se que a interdependência política imanente ao arranjo institucional de índole federativa constitui o cerne da apreciação da manifestação do poder de tributar na perspectiva cooperativa²³ entre os Governos e Administrações Federal, Estaduais e Municipais, em vista, principalmente, dos mecanismos de transferências obrigatórias e voluntárias da carga tributária.

²¹ TORRES, Heleno. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elisão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²² TORRES, Heleno. 2003. p. 12.

Nesse sentido, erige-se a seguinte pergunta, fruto de muito debate nos Estados Unidos, e que se resume, grosso modo, ao seguinte: o que determina a cooperação de um Estado-membro da federação a atuar no sentido da execução, do cumprimento de uma lei federal (federal no sentido de emanada do órgão legiferante federal)? Quais as bases da legitimidade da restrição da autonomia estadual?

Até a obra magnífica de Robert Dahl, **Um prefácio à teoria democrática**, o analista político poderia se valer, v.g., da teoria madsoniana, nos clássicos - e até hoje muito caros à praxis política norte-americana - **Federalists Papers**, para assentar que a lógica das concessões mútuas conformam as relações harmônicas entre as unidades partes que compõem o todo.

Contudo, tal discurso olvida de um aspecto que julgamos ser um dado relevante àquilo que aqui se propõe explorar, ou seja, em que instituições se processam nossas condições históricas.

Certamente, no sistema constitucional brasileiro contemporâneo, pode-se argumentar que aquele papel é desempenhado, em larga medida, pelo Senado Federal, em que se encontra a representação dos Estados no Congresso Nacional, assim como o é nos EUA.

Em nosso sistema, três senadores são eleitos, via sistema majoritário, pelo povo de cada Estado-membro, alçando-os à condição de mandatários da representação política em âmbito nacional - vale repetir, são os delegados no Congresso Nacional que irão confrontar os interesses de cada unidade federada estadual²⁴ nos processos decisórios, de *policy making*.

Eis parte da resposta ao requisito da legitimidade como suposto imanente ao regime democrático de forma de Estado federativa tal qual particularmente consubstanciado neste modelo bicameral.

2.2. “*SELF-RULE PLUS SHARED RULE*” - MECANISMO DE SUPERPOSIÇÃO DE SOBERANIAS

Daniel Elazar²⁵, cuja obra é consagrada entre os cientistas políticos preocupados com questões teóricas relativas à forma de Estado federativa contemporânea, tem como preocupação a organização político-territorial do poder político, a partir de cuja interpretação lança-se a fórmula que contempla a experiência federativa norte-americana (que muito repercutiu no mundo, notadamente no Brasil pós-proclamação da república).

²³ É o magistério do Professor Onofre Alves Batista Júnior, no sentido de que “a solução exigida pelo mandamento de eficiência para a intrincada equação não exige apenas que se tome em consideração a questão da pulverização das Administrações Públicas; a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, ainda, **uma interpenetração de competências que merece atenção**” (*Grifo nosso*). In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 258.

²⁴ Note que os Municípios, juridicamente iguais aos Estados-membros, se submetem às leis federais não obstante não possuir o mesmo acesso à tão significativa arena decisória. Aliomar Baleeiro anota, a respeito do relevo do papel desempenhado pela Casa Legislativa na Carta Política de 1969, que “as ‘resoluções do senado’ estão previstas genericamente no artigo 46, VII, da Constituição e especificamente no artigo 23, III (abatimentos do ICM) e §4º desse dispositivo (instituição de outras categorias do ICM, além dos revistos no inciso II, do mesmo artigo). Recorde-se que o Senado, por meio de ‘resoluções’, autoriza aos Estados, DF e Municípios empréstimos, operações ou acordos externos de qualquer natureza (Constituição, artigo 42, IV), assim como suspende a execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Isso tem acontecido, no regime da Constituição anterior, a algumas leis tributárias de Estados e Municípios. Depois da Emenda nº1/69, aplica-se o artigo 11, §1º, c desta, nos casos específicos, sem prejuízo da competência atribuída ao Senado pelo artigo 42, VII, da CF. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 49.

²⁵ ELAZAR, Daniel. *Exploring Federalism*. Alabama: The University of Alabama Press, 1987. p.12 e seg.

Ao contrário das confederações, em que se verifica elevado nível de independência entre os Estados confederados (é o caso das treze colônias, embrionárias dos Estados Unidos da América, experiência que evoluiu ao modelo federativo); a solução federativa propõe a “centralização” da soberania estatal no âmbito do Estado federal, assegurando-se aos Estados federados um dado grau de autonomia²⁶.

Contudo, os enlaces normativos entre os centros do poder - multifacetado em função do território (forma de estado federalista) em pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia política e administrativa - constituem, sem dúvida, parte do pano de fundo deste trabalho monográfico, partindo-se da compreensão de que o federalismo, cotejado ao conteúdo do unitarismo, permite-nos uma abstração um tanto óbvia, mas fundamental a todo nosso raciocínio: a existência de “dupla soberania”²⁷.

A junção das unidades federadas, como o caso norte-americano, apta a gerar o todo, implicando, logo, a forma federativa; ou o desmembramento do todo unitário em frações elementares, sem prejuízo da manutenção do todo original, como no caso brasileiro e de grande parte das outras experiências; a despeito de suas peculiaridades, de suas trajetórias, ambos casos tem em comum o reconhecimento da existência atual de governos subnacionais e um nacional, todos detentores de parcela do exercício do poder (seja nas funções administrativas, quanto legislativas ou jurisdicionais).

De outro lado, a forma de governo republicana e o regime político democrático requerem sejam estabelecidos laços de responsabilização, em que os governos subnacionais respondem ao eleitorado local, bem como o nacional ao povo em sua totalidade.

Entretanto, tal premissa lógica não é suficiente para garantir a unicidade do sistema - a coordenação entre os níveis de governo, do ponto de vista normativo, passa a constituir o eixo estratégico no debate sobre o federalismo *lato sensu*²⁸, assumindo papel teórico inolvidável da pesquisa.

Do ponto de vista do recorte de competências legislativas, nesse sentido, o modelo norte-americano sistematizado em sua Constituição escrita adotou o método de atribuir, expressamente, à União a sua esfera de competências (é o caso da moeda, da defesa, da diplomacia, da Justiça Federal, do Comércio Exterior e da Fazenda Nacional); de outro lado, garante-se, implicitamente, os poderes legislativos dos Estados federados.

Sua competência é residual: desde que não contemplada dentro o âmbito de atuação da União, lhe é dada a competência para livremente deliberar, guardada a devida vinculação do legislador infraconstitucional à Constituição.

É o magistério do Professor Sacha Calmon²⁹, *in verbis*:

²⁶ É justamente acerca deste *grau de autonomia dos Estados federados* que se assentou larga parcela da história política dos Estados Unidos da América, percebida a partir da clivagem partidária que há muito se mantêm na *práxis* política estadunidense – a dicotomia “republicanos”/“federalistas” (hoje, “democratas”) – os primeiros, defensores de uma maior autonomia dos Estados federados, enquanto os democratas advogam as vantagens da centralização do poder no âmbito da União.

²⁷ ABRUCIO, 2000. p. 1.

²⁸ Ver PIERSON, Paul. *Fragmented Welfare States: Federal Institutions and the Development of Social Policy*. Cambridge: Governance, 1995.

²⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

“Vamos aos traços marcantes desse nascente constitucionalismo. Em primeiro lugar, o federalismo por injunção. Para conciliar a necessidade de fortalecer o poder central, ante as requisições da soberania dos Estados, é criado o mecanismo da superposição de soberanias, a da União, dos Estados, em matérias apartadas. Faz-se uma discriminação constitucional de competências legislativas e executórias. À União cabe basicamente a defesa, a diplomacia, a moeda, a Justiça Federal, o Comércio Exterior e a Fazenda Nacional. Os poderes da União, expressos; os dos Estados, residuais, implícitos. Em segundo lugar, para acalmar os Estados pequenos, a representação paritária (dois lugares) no Senado, independentemente de sua população, a quem se atribui poderes decisivos, como o de referendar a guerra e a paz, os tratados, as indicações presidenciais para altos postos, na diplomacia, nos tribunais e outros mais”.

Este, grosso modo, é a engenharia política francamente incorporada no arcabouço jurídico-institucional brasileiro: poderes expressos à União e residuais aos Estados. Mas, de outro lado, o problema advindo da leitura dos artigos 21 e 22 da CR reside na extensão dos momentos postos pelo Constituinte originário à discricção legislativa do Poder Legiferante Nacional – vale dizer, da amplitude do poder da União.

Entretanto, os pressupostos do federalismo contemporâneo não são satisfeitos com o mero atendimento da cláusula “*self-rule*”. Não basta o recorte nítido daquilo que é competência exclusiva da União e, por conseqüência, dos Estados-membros.

O autogoverno³⁰ não basta para levar àquilo que antes já se argüiu, vale dizer, ao assentamento das bases para a coordenação intergovernamental, na exata medida de sua submissão às normas aqui assumidas por heterônomas por partirem da União, reputando-se normas de caráter nacional. Há que se atender ao outro requisito existencial do federalismo, a saber, a denominada “*shared rule*”.

Em âmbito nacional, a produção de normas que vincularam os entes políticos estaduais tem como produto o que doutrinariamente se reconheceu por normas gerais, eficazes em função de todas as unidades federadas, a partir de que pode o poder legiferante estadual exercer-se de forma supletiva (CR, art.24, §2º, verbis: “A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados”).

Neste ponto surge o Senado Federal, na condição de fórum federativo (assim como o é o Supremo Tribunal Federal e o Confaz³¹), órgão suficientemente hábil a incorporar na arena decisória federal a representação paritária dos interesses de cada Estado-membro (composição pelo método majoritário), aberto às possibilidades advindas da perspectiva conceitual do discurso comunicativo habermasiano. Isto a compor, historicamente, junto à representação proporcional popular centrada na Câmara dos Deputados, o órgão detentor da função legislativa em âmbito da União.

³⁰ O Professor Onofre Alves Batista Júnior, *op. cit.*, p. 255 e 256, dá-nos a noção exata de autogoverno, *in verbis*: “a idéia de autonomia engloba não só a capacidade de autonormação, como também a de criação de um bloco normativo identificável e susceptível de integração no ordenamento jurídico nacional. A esse rol de capacidades cumpre adicionar a de auto-organização e a de autogoverno, isto é, a capacidade de direção política e administrativa da comunidade, inclusive para traçar uma política própria que permita a definição de opções e diretrizes distintas das adotadas pelas pessoas políticas maiores.”.

³¹ Assim o faz ABRUCIO, 2000, p. 9, em cuja doutrina delimitamos substantivos supostos em termos de marco teórico.

Da perspectiva exclusiva dos centros de soberania subnacionais, a cláusula do *shared rule* consiste na noção de competência legislativa concorrente. Raul Machado Horta é quem melhor disserta sobre a temática na doutrina pátria, indicando-nos que o federalismo contemporâneo guarda a tendência de cada vez mais em institucionalizar-se em termos de competência concorrente³².

Tem-se, pois, um arranjo híbrido composto de regras próprias e de um conjunto de regras partilhadas. É sobre justamente a incapacidade institucional de o CONFAZ gerar um processo razoável de *shared rule* que se situa a problemática da investigação.

2.3. ALGUMAS PARTICULARIDADES DO ICMS - O COTEJO DA CATEGORIA *IURIS* DAS ISENÇÕES FISCAIS COM A NOÇÃO AMPLA DE FEDERALISMO

Antes de passarmos a nossa problemática, vejamos a disciplina constitucional e infraconstitucional dedicada pelo ordenamento jurídico pátrio especificamente às isenções³³ de ICMS.

Na seção IV do sistema tributário nacional, parte da CR dedicada aos impostos dos Estados-membros e do Distrito Federal, fixou-se que lhes cabe, entre outros, na forma do art. 155, II da CR, o Imposto sobre “operações relativas circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

A seu turno, na seção II, ao dispor sobre as limitações do poder de tributar, estatuiu-se no artigo 150, §6º, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 3/1993, que “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 artigo 155, § 2º, XII, g”.

Em conformidade com este reenvio do texto constitucional, temos que cumpre à lei complementar nacional “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” nas hipóteses pertinentes ao ICMS.

Assim, as isenções do ICMS; bem como redução da base de cálculo; devoluções totais ou parciais, diretas ou indiretas, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; a concessão de créditos presumidos; quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base o ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta do respectivo ônus; prorrogação e extensões das isenções vigentes na data de promulgação da LC 24/75 são condicionadas à celebração e à ratificação de convênios pelos Estados-membros e Distrito Federal, sendo que a concessão de benefício dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados e a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de 4/5 (quatro quintos), pelo menos, dos representantes presentes às reuniões.

³² HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 419-20.

³³ Serrano Queralt afirma à pagina 317 de seu **Curso de derecho financiero y tributário** que: “a isenção se apresenta nos atuais sistemas tributários como elemento idôneo e até indispensável para discriminar entre as inúmeráveis situações de fato que podem ser previstas pelo fato gerador do tributo, amplamente definido. A excessiva uniformização de tratamento em todo âmbito do fato gerador impediria seguramente a imposição do tributo segundo os princípios de justiça, dificultando a existência de uma necessária pessoalidade” Apud SPAGNOL, W. B. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.244.

Aponta Carrazza³⁴ para que:

“lembramos que as isenções de ICMS são concedidas por meio de decreto legislativo, que ratifica convênio celebrado pelos Estados e pelo Distrito Federal. Os Estados e o Distrito Federal, querendo criar isenções de ICMS, devem, pois, firmar entre si, por seus Executivos, Convênios (pactos, acordos, contratos). Tais convênios, para se tornarem direito interno de cada Estado e do Distrito Federal, não de ser, imprescindivelmente, ratificados não por decreto do Governador - como vem acontecendo, com base no estrambótico art. 4º da Lei Complementar 24/75 -, mas por meio de decreto legislativo baixado pela respectiva Assembléia Legislativa ou, no caso do Distrito Federal, por sua Câmara Legislativa. Nunca é demais encarecer que o decreto legislativo (estadual e distrital) - lei em sentido material, como ensinava Pontes de Miranda - é que concede a isenção de ICMS. O convênio é apenas pressuposto da edição deste decreto legislativo (Cléber Giardino)”.

As deliberações positivamente tomadas no âmbito do Conselho de Secretários de Estado da Fazenda são, então, levadas ao crivo das Assembléias Legislativas dos Estados-membros, cujo papel é incorporá-los em suas ordens jurídicas parciais.

Não obstante, na quarta parte do trabalho será assentado que o entendimento de Carrazza não pode ser encarado de forma tão simplista, visto que a inércia do Conselho exclui a possibilidade de as Assembléias dos Estados virem a deliberar sobre a matéria.

2.4. O ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reiteradas vezes chamado a se pronunciar a respeito da instituição unilateral de isenções – indício irrefutável da precariedade política do CONFAZ – revogações ou quaisquer benefícios tributários pelas unidades federadas, firmou pacífica orientação³⁵ no sentido da repressão a este tipo de procedimento, sob o argumento fundamental de que sob o:

“disfarce de sua autonomia (...) o ato normativo em questão prejudica sensivelmente os outros Estados e suas empresas”, uma vez que “sabe-se que o ICMS é um tributo de característica nacional e, por isso mesmo, o constituinte federal teve a preocupação de determinar que os estados-membros obedecessem às linhas mestras de lei complementar federal...”.

Cumpre assinalar que, nessa medida, a decisão do Conselho Nacional de Política Fazendária é erigida a algo mais que um pressuposto, mas como arena decisória maior sobre este mister, relegando às Assembléias Estaduais o papel de ratificar aquilo que já tinha sido decidido - de certo modo, contrariamente ao que afirma Carrazza, *supra*.

³⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.149 e seg.

³⁵ Ver, por todos, no ANEXO B, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Guerra Fiscal. Isenção de ICMS. Necessidade de Lei Complementar. Convênio Celebrado pelos Estados. ADI-MC 2.376. Estado de Minas Gerais *versus*. Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília. Acórdão de 15 de março de 2001. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 24 de abril de 2004.

Este argumento se sustenta pela simples constatação de que, como dito, a não deliberação pelo Conselho exclui a possibilidade de as Assembléias Estaduais virem a fazê-lo.

Em suma, a competência de iniciativa, em termos de processo legislativo, em matéria de isenções tributárias, benefícios, *etc* do ICMS, em vista do atual arranjo institucional, bem como da consolidação de pacífica jurisprudência a esse respeito, é atribuição de um órgão colegiado, composto em regra pelos Secretários de Estado da Fazenda dos entes políticos estaduais, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

Constitui, vale dizer, uma verdadeira arena decisória que exerce parcela do poder político - por sua vez circunscrito às questões acima enumeradas -, cujo produto, por conseguinte, refere-se à inovação do mundo jurídico, ou seja, atividade materialmente legislativa³⁶, ou como prefere a Ciência Política à decisões coletivizadas, sancionáveis, soberanas e inescapáveis³⁷.

2.5 O poder e o significado da tripartição de seu exercício em termos da problemática específica do CONFAZ

A partir das noções clássicas de tripartição do exercício do poder, por meio de que quem elabora as leis não poderão aplicá-las; a quem cumpre aplicá-las, não é dado sobre elas disporem; bem a quem é dado julgar, tampouco poderá elaborá-las, quanto aplicá-las, à exceção de judiciosamente, magistralmente expostas por Montesquieu em seu **De l'Esprit des lois**, de 1748, numa lógica em que, partindo do axioma de que o poder tende a extrapolar seus limites, o poder deve deter o poder - que a *north american political science* incorporou como a lógica de *checks and balances* - admite-se que é deveras intrigante num regime republicano como o brasileiro a existência de um órgão colegiado, composto por agentes políticos oriundos do Poder Executivo, que produzem algum tipo de norma jurídica (atividade própria de órgão que incorporam o princípio da representatividade, vale dizer, o Poder Legiferante), a vincular todas as Administrações Públicas Estaduais, à medida que profundos impactos causam a diversos interesses privados e públicos, vez que o objeto de sua deliberação, sem vezos de dúvida, constitui um estratégico instrumental de manejo da gestão econômico-tributária.

Há, em verdade, a abertura de uma exceção, não obstante pontual, na lógica da produção de decisões de caráter político, cujo resultado será jurídico: trata-se de transferência do poder de deliberar sobre o conjunto de possibilidades inscritas no bojo do art. 150 §6º da CR (subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições) dos órgãos legislativos estaduais para um órgão colegiado compostos pelos representantes das pastas da Fazenda Estadual de cada Estado, quando se tratar da hipótese do ICMS.

Exsurge, por conseguinte, sérios questionamentos a respeito de sua legitimidade democrática, mesmo que isso não constitua aquilo que Konrad Hesse chamou de “*perturbação constitucional*”.

Ensina-nos magistralmente Hesse que:

“ela indica a situação anormal jurídico-estatal que nasce quando um órgão do Estado superior, por razões que estão com ele mesmo ou com um outro órgão, não está em condições de exercer suas funções, atribuídas a ele

³⁶ Ver, por todos, FAGUNDES, *op. cit.* Ressalta o grande mestre juspublicista que à atividade materialmente legislativa cumpre inovar no mundo jurídico, criando a norma jurídica, e às atividades administrativas e jurisdicionais aplicá-la: à esta, cumpre sua aplicação contenciosa, mediante provocação; àquela, *ex officio*.

³⁷ SARTORI, 1994.

constitucionalmente, e quando ele, por isso, se torna incapaz de funcionar”³⁸.

De outro lado, comparativamente, é interessante trazer a análise o que pontifica Jürgen Habermas em seu livro **A Constelação Pós-nacional - Ensaios Políticos**, ao analisar caso semelhante que, in verbis, “*transferências de competência de níveis nacionais para internacionais decerto abrem vazios de legitimação*”³⁹.

De outro lado, a CRFB/88 em seu artigo 159, §3º, estabelece que “os Estados entregarão aos respectivos municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem os ternos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no artigo 158, parágrafo único I e II”.

Já a Lei Complementar 63/1990, a seu turno, dispõe sobre os critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competências dos Estados e de transferências por estes recebidas, pertencentes aos Municípios.

É sobre este direito subjetivo dos Municípios que se assenta parte da indagação sobre os vazios de legitimidade, para usarmos a expressão habermasiana, em se tratando de matéria de isenções tributárias do ICMS, haja vista que eles não possuem representação no órgão colegiado.

Ao mesmo tempo, há uma espécie de contraponto que bem caracteriza o escopo deste trabalho, pois na medida exata em que vislumbramos a hipótese de ocorrência de um vazio de legitimidade atinente à instituição CONFAZ tal qual imersa no âmago do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, nele verifica-se um promissor instrumento para a coordenação intergovernamental, na perspectiva de um federalismo fiscal cooperativo, a nível estadual, notadamente no que se refere aos problemas advindos da guerra fiscal, como bem demonstra Fernando Abrucio em sua tese de doutoramento.

2.6. UM BREVE PARALELO NO DIREITO COMPARADO: O CONSELHO FEDERAL ALEMÃO

O Conselho Federal Alemão, órgão que compõe a esfera de governo do Estado Alemão, instituído pela Constituição como uma espécie de contrapeso à Câmara Federal Alemã – esta cuida da representação do povo no âmbito do Poder Legislativo; o Conselho, a representação dos Estados. Juntamente ao Tribunal Constitucional Federal, a Presidência da República e o Governo Federal, constitui o sistema político alemão.

Em paralelo ao Brasil, o Conselho Federal Alemão corresponde, guardadas as devidas proporções, ao Senado Federal – daí concluir-se que esta engenharia política é pertinente ao sistema bicameral de formação do órgão legislativo.

Difere-se, não obstante, do nosso Senado por deter, somente, o poder de ratificar ou não as decisões tomadas pela Câmara Federal, num contrapeso de índole notadamente plebiscitária⁴⁰.

³⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 526.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional – Ensaios Políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 91.

⁴⁰ Sem prejuízo desta função precípua, a Constituição Alemã em seu artigo 71, alínea 1, confere-lhe o direito de iniciativa do processo legislativo, que a *praxis* política alemã tem assumido de forma parcimoniosa.

Entretanto, essa afirmação não significa diminuir em nada seu peso político no triângulo Câmara-Governo-Conselho – pelo contrário, o Conselho Federal Alemão possui um insofismável direito absoluto de veto (que não pode ser rejeitado pela Câmara Federal como no Brasil) – vale dizer, ele é capaz de imprimir decisões, em tese, antimajoritárias, cuja intocabilidade jurídica somente normas de hierarquia constitucional possuem⁴¹.

Diferencia-se, também de nosso Senado Federal, pois sua composição é dada por um número de representantes dos Estados que varia conforme a sua população, diferentemente de nossa composição paritária (3 senadores por ente estadual).

De outro lado – e aqui reside o paralelo fundamental do Conselho Federal Alemão com o CONFAZ – os membros que compor-lhe-ão o colegiado é formado por membros dos governos dos estados, que os indicam e os exoneram, na forma do artigo 51 da Constituição Alemã.

São eles: (1) o governador (*Ministerpräsident*) e, em Bremen e em Hamburgo, o prefeito (*Bürgermeister*) e, em Berlim, o prefeito-governador (*Regierende Bürgermeister*); (2) os secretários estaduais (*Minister*) e, nas “cidades estados”, os senadores (*Senatoren*).

Assim como o CONFAZ, os membros dos Conselhos não são eleitos, não possuem mandato enquanto tais (a despeito de o primeiro grupo gozar de uma notória legitimidade popular, o que não ocorre com o segundo grupo, tal qual no caso do CONFAZ).

Logo, não há um período fixo em que um agente político será o titular de um assento no órgão colegiado – sua permanência, assim como em nosso caso, segue a lógica da conjuntura política, vale dizer, enquanto for governo terá o direito ao assento. Findo seu período de detentor do cargo nos Estados-membros, perde, automaticamente, seu lugar em favor de seu sucessor.

Posto esse poder de absoluto de veto deste órgão colegiado, é importante ressaltar que o exercício do Poder Constituinte reformador requer a aprovação de dois terços do colegiado – algumas matérias infraconstitucionais, de outro lado, requerem a aprovação da maioria absoluta de seus membros, dentre outras, **leis que podem influenciar as finanças dos estados (art. 104 a, alínea 3 a 5; art. 105, alínea 3; art. 106, alíneas 3 a 6; art. 107, alínea 1; art. 108, alíneas 2, 4 e 5; art. 109, alíneas 3 e 4; art. 134 e 135 da Constituição).**

Esta é outra proximidade estrutural, em termos de competência, que possibilita aproximá-lo analiticamente do CONFAZ, como uma forma de apreender sua substância e informar a compreensão de nosso órgão colegiado a partir daquilo que já se construiu na doutrina alienígena a seu respeito – obviamente, sem que isto implique olvidar a rigorosidade do trabalho acadêmico, cujos cânones metodológicos são capazes de falsear quaisquer tentativas de transportar experiências observadas em outras condições sociais a um contexto completamente diferente.

⁴¹ A este respeito é riquíssima a doutrina norte-americana, sendo empreendida por diversos autores, notadamente por ROSENFELD, Michael. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994: ao diferenciar a dimensão do constitucionalismo e da democracia, esta assumida como a regra da maioria, trata de uma temática recorrente nos Estados Unidos que pode nos servir muito bem ao tratamento deste ponto – por diversas vezes, os Estados-membros (notadamente os mais conservadores) editaram normas que proibiam o aborto. Contudo, reiteradas vezes chamada a se pronunciar sobre o assunto, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu o direito de as mulheres abortarem pois, esse direito, tratar-se de uma garantia antimajoritária, pois assegurada constitucionalmente. Constitui, portanto, uma decisão que escapa ao âmbito da democracia, pois esculpida no bojo do constitucionalismo norte americano.

Em excelente artigo⁴² Hans Klein discute a problemática da legitimidade política do Conselho Federal no bojo da engenharia política consagrada no bojo da Constituição Alemã.

Seu trabalho tem como escopo investigativo o aspecto do reconhecimento social e político do poder que o órgão colegiado detém no âmbito do sistema constitucional de formação do governo (daí ser importante relembrar-se os momentos analíticos que John Rawls oferece no tocante ao consenso sobreposto e ao consenso constitucional, uma vez que a princípio tudo que se encontra positivado pelo texto magno compõe o conjunto de decisões políticas fundamentais, não podendo em tese ser objeto de perquirição quanto a sua legitimidade).

Citando Werner Weber, o autor aponta que o Conselho corresponderia a uma verdadeira “incoerência democrática”, numa espécie de uma das criações mais contraditórias da Constituição, uma vez que ele atuaria de forma anônima, sem uma relação clara de responsabilidade perante uma instância democrática ou perante a opinião pública.

Para Werber Weber, consiste em “*uma dimensão obscura envolta em frio distanciamento no jogo de forças políticas, um representante de uma potestas indirecta que permanece na sombra*”⁴³. Toda a crítica, então, parte da perspectiva da forma de construção da composição do órgão colegiado, no sentido de assentar a problemática de sua legitimidade popular tal como feito por nós no capítulo *supra*.

Não obstante, deixa claro que qualquer elo que faça uma ligação entre União e os Estados, não importa de que tipo, precisa agir como um corpo estranho na estrutura estatal; seja como for que o órgão federativo estiver conformado, sempre será difícil enquadrá-lo na lógica do princípio democrático e da separação horizontal dos poderes.

Mas Hans Klein sustenta perspectiva contrária a Werner Weber, no sentido de que reconhece dupla fonte de referência de legitimação democrática.

Para ele, primeiramente, sua criação remonta diretamente à Constituição, o que implica dizer que sua fonte é o poder Constituinte do povo da Federação. Dele resultaria sua posição como órgão supremo da União, bem como suas competência, a situação jurídica de seus membros e a liberdade do mandato dos governos estaduais no Conselho Federal.

De outro lado, a indicação de seus membros é tarefa dos governos estaduais e, portanto, ao povo dos estados e cujo controle cabe às assembleias legislativas estaduais. Isso, para ele, faz do Conselho Federal um fenômeno singular.

É interessante reproduzir trecho de seu ensaio, apesar de longo:

“o Conselho Federal não pode ser compreendido apenas do ponto de vista do princípio democrático – muito embora, como se mostrou, ele não careça de legitimação democrática. Sua legitimação não provém menos, mas claramente com mais força do princípio federalista, que, por um lado, visa

⁴² KLEIN, Hans. A legitimação do Conselho Federal e sua relação com as assembleias legislativas e os governos estaduais – Trad. *Vierzig Jahre Bundesrat, Der deutsche Bundesrat. In O Federalismo na Alemanha*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo, 1995.

⁴³ WEBER, Werner. Fiktionen und Gefahren des westdeutschen Föderalismus. *In Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3.ed. 1970. p. 57 e ss.

a manutenção da qualidade de Estado dos membros da federação, e, por outro lado, também a participação dos estados membros na formação da vontade política da União, o que ocorre principalmente no Conselho Federal. O ordenamento federativo revela-se, como o mostrou especialmente Konrad Hesse, um elemento complementar do ordenamento democrático – não como um elemento a ele contraposto: dessa maneira, a democracia é possível não apenas no topo do Estado, mas também na sua base; ela fica mais perto do povo e intensifica a proteção das minorias regionais; ela favorece a inserção da oposição no ordenamento democrático e a estrutura democrática dos partidos. Isso não é diferente para a relação entre o federalismo e o Estado de direito, pois que a separação vertical dos poderes que o federalismo ocasiona é vista como umas das justificativas essenciais da federação de cunho moderno”⁴⁴.

Feitas essas considerações, que servem para traçar uma comparação útil de um órgão curiosíssimo no direito alienígena, passe-se a análise histórica do CONFAZ.

3. ESFORÇO HISTÓRICO-COMPREENSIVO DA GUERRA FISCAL E DO PAPEL DO CONFAZ

3.1. FEDERAÇÃO E DILEMA FEDERATIVO

De um lado, a federação corresponde a um arranjo institucional peculiar, cuja natureza jurídica constitui categoria autônoma dentre as formas de Estado – corresponde, pois, a um conceito jurídico-positivo elevado no Brasil à dignidade constitucional (como, afinal, não poderia deixar de sê-lo).

O dilema federativo, de outro lado, guarda uma relação mais próxima com as ciências políticas, no sentido de corresponder àqueles indícios da realidade fenomênica por meio de que o analista pode empreender o estudo combinado de instituições e condições. É, por conseguinte, noção de natureza propriamente sociológica.

Não obstante, há que se enfatizar que a não existência de uma federação, tida como uma instituição efetiva, não exclui a possibilidade de haver dilema federativo: como se verá, o modelo autoritário pós-64 implicava, do ponto de vista institucional, o esgotamento da federação, sem com isso ocorrer uma fragilização *per se* do dilema federativo – pelo contrário, a história brasileira demonstra que as elites regionais e locais mantiveram sua influência junto ao regime militar, avalizando esta tese.

O CONFAZ, a seu turno, a partir dessas noções básicas, corresponde a um tipo de arranjo infraconstitucional integrativo das precárias instituições federalistas constitucionais que ainda adormecia no âmbito dos pilares autoritários pós-64, e que se concebeu, como se demonstrará, a fim de impactar no dilema federalista próprio da experiência brasileira no decorrer deste período.

3.2. A GÊNESE DO ICM

O Decreto-lei 406 de 31 de dezembro de 1968⁴⁵ estabeleceu normas gerais de Direito Financeiro

⁴⁴ KLEIN, 1995, p. 99.

⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei n. 406 de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1968. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 maio 2004

aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, integrando o §1º do artigo 2º do Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968.

Em verdade, a despeito de tal instrumento jurídico estabelecer, em princípio, normas gerais atinentes ao regime do ICM – e não efetivamente instituir o imposto, algo que cumpriria à legislação ordinária estadual – é a partir desse marco histórico que os Estados (não obstante a sua fragilidade formal, tal como assentada anteriormente) passaram a ser detentores de competência tributária para instituir o ICM, vale dizer, é a partir somente desse momento é que se pode pensar em autogoverno regional, e, como decorrência lógica inexorável, nos sérios problemas coordenativos que iriam advir do convívio multifacetado de normas tributárias em matéria de ICM.

O interessante neste ponto é ressaltar que no Brasil, contrariamente à experiência alienígena, o modelo deste imposto sobre valor agregado, não-cumulativo, o governo central abdicou essa competência em favor dos Estados, dispersando-a regionalmente – e, sublinhe-se, isto ocorreu no momento de maior endurecimento do regime militar! Ou seja, quando da maior centralização autocrática pela instância central.

Ora, isto constitui, nada mais, nada menos, que uma prova substancial de que, sem prejuízo das fragilidades formais da instituição federalista, processava-se indiscutivelmente, e a pleno vapor, o dilema federalista no Brasil, marcado por uma dialética entre a centralização e o poder de fogo das elites regionais e locais.

Contudo, nos primeiros anos de vida do ICM, Luiz Aranha Corrêa do Lago, em seu artigo “A Retomada do Crescimento e as Distorções do ‘Milagre’: 1967 – 1973”⁴⁶, assenta, à p.266, que neste período:

“a administração das finanças estaduais e municipais ficou, em certa medida, subordinada à orientação do governo federal. De fato, a própria Constituição de 1967 permitia a intervenção da área federal em assuntos financeiros dos estados no caso da adoção, por estes, de programas ou medidas incompatíveis com o programa econômico do governo federal (Syvrud, 1974, p.136)”.

Não obstante, mais a frente à p.267, reitera o autor que

“a criação e aperfeiçoamento do ICM representa uma importante contribuição para as finanças dos estados (apesar da isenção no caso das exportações) e o crescimento econômico, resultando em aumento de arrecadação a nível federal, representou uma maior distribuição de recursos do Fundo de Participação para os Estados e Municípios”.

Assim, a criação do CONFAZ em 1975 corresponde a uma preocupação do governo central com a possibilidade de se observar o estabelecimento de uma política tributária destoante entre os níveis subnacionais, ou seja, comportamentos que afrontassem frontalmente o projeto nacional-desenvolvimentista.

Entretanto, o período 69 – 79 não apresentou grandes problemas em termos de guerra fiscal, uma vez que se vivenciava ou auge dos Planos Nacionais de Desenvolvimento.

⁴⁶ PAIVA ABREU, Marcelo de (org.). *Ordem e Progresso – Cem Anos de Política Econômica Republicana 1889 – 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

O PND I e o PND II corresponderam a um conjunto de iniciativas de investimento público federal, numa lógica coordenada de projeto de nação (a que podemos fazer, com as devidas ressalvas ao ideário hamiltoniano) especialmente na área de infra-estrutura, e que beneficiou fortemente parcela inquestionável de regiões que poderíamos denominar periféricas em termos de participação do PIB nacional, combinando uma lógica de desenvolvimento econômico e de desenvolvimento regional, este entendido como a promoção das regiões que menor participação possuíam na composição do PIB do país e que, portanto, maiores deficiências apresentavam.

Isto equivale a dizer que a região norte e nordeste, principalmente, não possuíam interesse em competir por investimentos do setor privado, pois o capital público supria suas deficiências econômicas em larga medida, fazendo-lhe às vezes, minimizando o passo de desenvolvimento havido entre a região sudeste e o resto do país.

É somente com o esgotamento da política industrial do regime militar, que nada mais foi que o ocaso do Estado nacional desenvolvimentista ao final da década de 70, que os Estados, já no início da década de 80, passaram a adotar a postura competitiva não-cooperativa que viria a corresponder, a nível tributário, à guerra fiscal⁴⁷.

A política tributária tornava-se, outrossim, sucedânea da política industrial, em vista a ausência de uma política nacional de desenvolvimento, que levasse em consideração a federação e a necessidade de imprimir uma certa igualdade material entre os entes políticos que a compõem, sob pena de se ver frustrado o próprio ideal da federação, qual seja, o estabelecimento de um todo que vise a salvaguardar a união no sentido madsoniano.

Contudo, é no início da década de noventa que ocorre o primeiro surto considerável da guerra fiscal, que se perpetua até hoje. Eis os exemplos apontados por Abrucio⁴⁸:

1. E. Santo - Concessão de benefícios na importação de mercadorias para estimular a utilização dos seus portes;
2. St^a Catarina - Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (PADEC), vinculado ao fundo de Apoio ao Desenvolvimento Empresarial de Santa Catarina (FADESC) e Programas Bom Emprego Fiscal e Parceria Fiscal;

⁴⁷ ABRUCIO (2000) ressalta outras formas de competição não-cooperativa, sendo uma das principais o comportamento parasitário em que os Estados, utilizando-se dos Bancos estaduais, lançavam mão da emissão de títulos da dívida pública, cujo avalista era a autoridade monetária federal – ou seja, na falta de pagamento pelos Estados, os credores do setor público valiam-se do patrimônio público central, que em verdade era quem “pagava o pato”. Esta atitude parasitária equivalia, em verdade, de forma substancial, à emissão de moeda pelos Estados-membros, cujos efeitos sobre a dívida pública são sentidos até hoje pela nação, numa flagrante irresponsabilidade política. E o que mais causa-nos perplexidade foi o fato de os militares – e toda sua postura de “correição”, de “projeto nacional” aceitassem sem esboçar reação alguma tal despautério. Somente o Governo Fernando Henrique Cardoso, não obstante as severas críticas que contra ele formularam, teve a coragem de acabar com a farra dos Estados, incorporando as dívidas dos Estados à dívida do governo federal e vinculando parte da receita corrente líquida dos Estados ao pagamento à União da obrigação que assumiu – se hoje os governos estaduais criticam tal medida, esquecem que sobre a história não se pode simplesmente passar uma borracha. Fica aqui registrada a crítica aos discursos que pensam que a vinculação de fração da receita corrente líquida ao pagamento dessa dívida à União é um ultraje – pelo contrário, melhor seria se estes mesmos discursos se voltassem à implementação de dispositivo constitucional constante dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que determina a instalação de uma comissão no Congresso Nacional para a realização de uma auditoria sobre a dívida pública – só assim, argüimos, poderiam os Estados-membros pensarem formas alternativas de renegociação da vinculação de suas receitas.

⁴⁸ Cf. LAGEMAN, 1995, p. 11, *apud* ABRUCIO, 2000, p. 201.

3. Paraná - Programa de Estímulos ao Investimento Produtivo (PROIN), ligado ao Fundo de Desenvolvimento Econômico (FDE);

4. Minas Gerais - Programa Pró- Indústria;

5. São Paulo - Fundo de Apoio ao Contribuinte de São Paulo (FUNAC);

6. RG. Do Sul - Fundo Operação Empresa (FUNDOPEM);

7. Bahia - Programa de Desenvolvimento da Bahia (PROBAHIA);

8. Mato Grosso - Programa de Desenvolvimento Industrial (PRODEI);

9. MT. Do Sul - Fundo do Programa de Desenvolvimento Industrial (F-PDI);

O quadro acima aponta o Espírito Santo como o Estado responsável pelo primeiro comportamento que, efetivamente, catalisou os processos de competição não-cooperativos peculiares à guerra fiscal.

Com o plano de estabilização monetária, notadamente o Real, e o retorno do afluxo de capitais estrangeiros ao país⁴⁹, juntamente à perpetuação da ausência de uma política industrial de caráter nacional, iniciou-se o que entendemos por segundo momento do predadorismo tributário entre os níveis estaduais, vem vista de que se criava uma conjuntura em que se reforçava um conjunto de condições e instituições (ou melhor, uma flagrante incapacidade institucional de o CONFAZ processar os conflitos) a traduzir a guerra fiscal que se perpetua até os dias atuais.

Sem o devido aprofundamento na análise econômica – que fugiria ao escopo do trabalho – tem-se que, do ponto de vista individual, a geração de empregos e renda pela atração de investimentos, via concessão de incentivos fiscais, pode ser interessante.

Não obstante, do ponto de vista coletivo, a conjugação disseminada de renúncia de receita acaba por afetar diretamente o nível global de *Welfare* entre os níveis subnacionais, pois que lhe afeta diretamente sua capacidade de financiamento. O que é bom para um, pode ser terrível para todos.

Nesse sentido, a marca que tem caracterizado neste particular as relações intergovernamentais no Brasil corresponde a uma dificuldade em estabelecer mecanismos institucionais necessários e suficientes para que se proceda à compatibilização das prementes vicissitudes regionais com uma visão global dos problemas da nação – isto em face do profundo dilema federalista, traduzido nas notórias heterogeneidades territoriais, sociais e econômicas do país.

Abrucio sugere solução para o problema discutindo a questão do aspecto espacial da hipótese de incidência tributária, ou seja, a cobrança ou na origem do produto, ou na sua destinação.

Sustenta que o montante maior da captação de recursos públicos via ICMS origina-se do momento da produção do que propriamente do consumo dessa produção. Uma vez que o critério espacial da

⁴⁹ À p.209, Abrucio assenta, acertadamente, que: “em decorrência do aumento da atividade econômica interna a partir de 1994, com a estabilidade da moeda, os investimentos nacionais também apresentaram crescimento. Assim, esse aumento nas inversões nacionais e estrangeiras tem gerado um verdadeiro leilão entre os Estados brasileiros, pois o empresário percorre todos aqueles estados que são de seu interesse (isto é, que podem oferecer condições satisfatórias e desejáveis para a localização de sua planta industrial) buscando saber qual ofertará os maiores benefícios. **Sem dúvida, quanto menor a infra-estrutura de um estado, maior deverá ser o lance para permanecer na disputa, o que pode ser bastante perverso para os estados mais pobres**” (Grifo Nosso).

norma tributária é o da cobrança do tributo na origem (na produção), permite-se ao governo local onde se encontram estaladas as empresas (ou onde elas venham a se instalar) negociar a própria compulsoriedade do recolhimento do tributo via instituição unilateral de incentivos fiscais. Logo, afirma, à p.205, que “*em outras palavras, a adoção do sistema de destino praticamente acabaria com a guerra fiscal*”.

Não obstante o endosso que se dá à origem da guerra fiscal como o produto da utilização da política tributária como sucedânea da política industrial, que lhe é premissa, vale dizer, que tem como causa a ausência de um projeto de desenvolvimento econômico que minimize as disparidades regionais – ele propõe solução que não ataca diretamente o problema, uma vez que não o resolve diretamente. Veja-se o porquê disto: utilizando-se o critério do destino, os Estados importadores de mercadorias, como por exemplo as regiões centro-oeste, norte e nordeste, somente indiretamente teriam maior capacidade de financiar seu desenvolvimento via financiamento público (haja vista que suas receitas cresceriam fortemente pela alteração do critério espacial do ICMS).

Contudo, nada garante que esse raciocínio linear implementar-se-á. Ele não resolve, em verdade, diretamente o problema da ausência de uma política industrial, tampouco afeta o modelo mais amplo de competição não-cooperativa entre os níveis sub-nacionais.

Mais à frente em sua tese, contudo, revê à p.208, de certa forma, seu posicionamento, para preconizar que:

“torna-se urgente, portanto, que o País discuta e implemente um projeto efetivo de desenvolvimento industrial, que possa permitir que cada estado se desenvolva de acordo com suas vantagens comparativas, pois, indubitavelmente, a tributação não é o instrumento mais adequado para definir a localização de investimentos privados. Do contrário, o País estará, simplesmente, renunciando receitas tributárias com vistas a incentivar uma alocação distorcida de recursos”.

Entretanto, a implementação de uma política industrial que incorpore uma dimensão de diminuição de desigualdades regionais é condição necessária, mas não suficiente, para se findar o padrão de competição não-cooperativa, notoriamente predatória, passando-se a um modelo de cooperação.

Isto só se torna possível graças à existência de um pacto vinculante dos níveis sub-nacionais, o que se requer, por conseguinte, a existência de uma arena decisória adequada, que congregue o *status* de fórum federativo – e ele existe, é o CONFAZ.

A Prof^a. Fátima Anastasia sustenta nesse sentido que:

*“a organização e a consolidação dos grupos de interesse ocorrem em um contexto de crescentes complexidade e heterogeneidade sociais e expressam a emergência de novos conteúdos e identidades e a multiplicação das clivagens socioeconômicas e políticas. Tais fenômenos atestam os limites interpostos aos partidos para continuarem retendo, juntamente com o monopólio da representação, o oligopólio da participação (Santos, 1988). De acordo com Offe (1984), assiste-se à proliferação de ‘conteúdos contrários à forma-partido’, que pressionam pela organização de novas formas políticas capazes de expressá-los institucionalmente”.*⁵⁰

⁵⁰ ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. In *Cadernos de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002, p.36.

Isto posto, à parte final do trabalho, que tem por escopo discutir a teoria democrática como processo decisório, em seus aspectos de incentivos institucionais que propiciam cooperação entre os atores e legitimidade ao sistema, traçar-se simplórias opções acadêmicas em termos de se afastar o conteúdo de *lege lata* a fim de se adotar, por meio das conclusões, novos aspectos institucionais a serem considerados de *lege ferenda*.

4. O CONFAZ E O NOVO INSTITUCIONALISMO

4.1. BASES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS DA *RATIONAL CHOICE INSTITUCIONALISM*

Em excelente artigo, que ressalta seu exemplar magistério (ANASTASIA, 2002), a Prof^a. Fátima Anastasia cuida dos aspectos teóricos e metodológicos que informam grande parte das discussões contemporâneas empreendidas pela teoria democrática no bojo da chamada *rational choice institutionalism* (que para nós se reputa a visão neo-institucionalista), a partir de que questiona como imprimir os mesmos graus de institucionalização existentes acerca da representação à participação para, ao final, propor um quarto grupo de condições necessárias ao modelo dahliano de poliarquia, qual seja, a existência de **oportunidades de monitoramento e fiscalização continuados sobre os atos e as omissões dos líderes políticos**⁵¹.

Apesar do escopo de seu trabalho não coincidir com o deste modesto ensaio, ele constitui um marco teórico essencial, pois suas amarras metodológicas constituem o supedâneo básico que permitirá pensar a possibilidade de um novo modelo institucional de interação entre os atores envolvidos na guerra fiscal, que seja capaz de em alguma medida mitigar os efeitos deletérios que ela tem imprimido na prática política brasileira.

Estabelecida essa base científica, passar-se-á ao cotejo da teoria democrática como processo decisório, de Sartori, em face do CONFAZ.

Como afirmado inicialmente neste trabalho, Schumpeter proporciona ao estudo uma definição de democracia cujo silogismo lógico, tal qual apontado, pressupõe a existência de representação política como a forma necessária para se processar a democracia em sociedades de vasto território e considerável contingente populacional. As complexidades e as perplexidades deles oriundas, por óbvio, não permitem o exercício continuado da democracia direta, tal qual nos moldes atenienses.

Atendido esse suposto, o processo de tomada de decisão no âmbito das arenas decisórias regularmente constituídas, em regra, é processada pela regra da maioria. Este é o instrumento ordinário para a agregação de preferências e a construção das políticas.

⁵¹ São as condições da poliarquia:

1. Liberdade de formar e aderir a organizações;
2. Liberdade de expressão;
3. Direito de voto;
4. Elegibilidade para cargos públicos;
5. Direito de líderes políticos disputarem apoio (votos);
6. Fontes alternativas de informação;
7. Eleições livres e idôneas;

Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferências.

A construção da escola da *rational choice institutionalism*, como demonstrado pela autora, parte de um conjunto de perplexidades oriundas do teorema da impossibilidade e da constatação do caráter cíclico da regra majoritária, construídos no bojo da escola da escolha racional.

A partir do teorema de Arrow, têm-se situações em que é impossível o processo de agregação de preferências no âmbito da produção de decisões coletivizadas – o que, no limite, pode implicar paralisia decisória –, bastado para isso que haja três atores e três preferências para que o problema possa acontecer. Veja-se o quadro abaixo:

Mr. 1	Mr. 2	Mr. 3
x	y	w
y	w	x
w	x	y

Mr.1, Mr.2 e Mr.3 são os atores que compõem o jogo, sendo x, y e w as políticas postas em disputa. Opera-se a regra da maioria. Qual a decisão a ser implementada? É patente que, assumindo as oportunidades e constrangimentos institucionais como exógenos⁵² ao processo legislativo, ao jogo político, depara-se diante de um sério dado teórico acerca da incapacidade da democracia em se processar no bojo de uma sociedade marcada pelo pluralismo e heterogeneidade.

Mas, como bem demonstra Anastasia, um conjunto de estudos empíricos no âmbito do congresso americano demonstrou, contrariamente aos estudos da escola da escolha racional, interações estáveis, cujos comportamentos apresentavam uma forte regularidade no tempo.

Desta constatação propôs-se indagação inevitável, de que se desdobrou a construção da *rational choice institutionalism*, nos seguintes termos: o que gera tanta estabilidade?

Primeiramente, ainda assumindo as instituições como exógenas ao jogo, buscou-se explicação para a questão da estabilidade política no âmbito de outros mecanismos que não a regra majoritária: vale dizer, a existência de sistemas de comissões, da regra de maioria qualificada, *etc.*, suficientemente capazes de barrar os efeitos deletérios que se deduziam a partir do teorema da impossibilidade.

Num segundo instante, a investigação passa a observar o processo político a partir de perspectiva científica em que as instituições são assumidas como produto da ação e da interação entre os atores envolvidos, numa lógica do “jogo em si” e “dos jogadores e as regras do jogo”, cujo marco inolvidável é a obra de Tsebelis⁵³.

É neste ponto que encontramos o foco analítico essencial aos nossos propósitos: ademais das normas e das preferências, o arcabouço institucional passa a ser considerado como variável relevante na explicação do comportamento e dos resultados políticos – de outro lado, com a sobriedade de cientista, relembra que:

“Vale lembrar, ainda, ecoando os ensinamentos de Elster, que nenhuma das concepções atualmente disponíveis – e esta afirmação está sendo estendida, aqui, ao novo institucionalismo – pode reivindicar, com sucesso, ser exaustiva

⁵² Exógenos no sentido de constituírem constrangimentos **interpostos** entre atores e a consecução de suas preferências.

⁵³ TSEBELIS, G. *Nested games: rational choice in comparative politics*. Berkeley/Los Angeles: Te University of California Press. 1990, *Apud* ANASTASIA, Fátima. Teoria democrática e o novo institucionalismo. *In Cadernos de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002.

e generalizante o suficiente para dar conta das complexidades envolvidas nos processos de ação e de interação políticas e da explicação de suas motivações, de seus padrões e de seus resultados. Ou seja, mesmo com os desenvolvimentos propiciados pela emergência do paradigma da análise institucional, persiste a ausência de uma teoria geral da ação coletiva. Não obstante, pretende-se argumentar, neste artigo, que a contribuição trazida por essa nova abordagem representa um avanço não desprezível nessa direção.”⁵⁴

Antes de se avançar, é importante demonstrar como é possível a apreensão das instituições como endógenas ao jogo político, como o faz a autora com maestria. Veja-se quadro extraído do livro BARRY, Brian; HARDIN, Russel (Ed.). **Rational man and irrational society?** Bervely Hills, London, New Deli: Sage Publications, 1982, p.236:

Mr. 1	Mr. 2	Mr. 3	Mr. 4	Mr. 5	Mr. 6	Mr. 7
w	x	y	w	x	y	w
x	y	z	x	y	x	x
y	z	w	y	z	w	y
z	w	x	z	w	x	z

Numa democracia, operando-se a regra da maioria, teremos que w será a política implementada, pois querida por três atores – x e y são de preferência de somente dois atores, respectivamente; z não é a primeira preferência de nenhum.

Contudo, temos um sério problema, qual seja, a de deixar quatro atores insatisfeitos ao passo que em virtude dos interesses de somente três no universo de sete jogadores em implementar w. W é a política que se encontra em último na hierarquia de preferências de Mr.2 e de Mr.5, e em penúltimo de Mr.3 e de Mr.6 – dependendo da intensidade de sua rejeição, estaríamos perante um sério questionamento acerca da **legitimidade política** da decisão tomada.

Mantendo todas as demais condições, ou seja, os mesmos atores, a mesma hierarquia de preferências e o elenco de alternativas em exame, os autores sugerem seja utilizado outro método de agregação de preferências, consistente na atribuição de valores às alternativas de acordo com a posição que ocupam na hierarquia de políticas desejadas por cada um, vejamos:

Pontos:	Mr. 1	Mr. 2	Mr. 3	Mr. 4	Mr. 5	Mr. 6	Mr. 7
4	w	x	y	w	x	y	w
3	x	y	z	x	y	x	x
2	y	z	w	y	z	w	y
1	z	w	x	z	w	x	z

Assim, teria-se o seguinte resultado: w = 18; x = 19; y = 20; z = 13. A alternativa escolhida, conseqüentemente, será y e não w. Anastasia pontifica, então que:

⁵⁴ ANASTASIA, 2002. p. 39.

“O que se quer enfatizar é que as regras de tomada de decisão são endógenas ao processo político e incidem sobre seus resultados. A escolha das regras do jogo é de crucial importância para a delimitação dos graus e da natureza da participação política, bem como do universo dos participantes e das alternativas disponíveis à apreciação”⁵⁵

A racionalidade instrumental da escola da escolha racional passa a ser assumida, nesse sentido, como uma racionalidade contextualizada, em que as instituições são tomadas não somente como artefatos (estrutura) interpostos entre a interação dos atores e a elaboração do agregado resultante dos embates de sua preferência, mas também como objeto da escolha dos atores, no sentido de que:

“o comportamento como resultante de uma ação estratégica informada pelo contexto institucional e/ou a ele referida (...) a combinação de ação racional e contexto institucional produz uma ordem expressiva, ao mesmo tempo, de cooperação e de estabilidade de resultados, ali onde se verifica um casamento bem sucedido entre instituições e condições. O principal desafio refere-se à construção de instituições adequadas ao processamento das condições socioeconômicas e culturais em presença (Putnam, 1996). A desordem, segundo essa concepção, resultaria da institucionalização dos procedimentos que fosse precário e/ou inadequada às condições vigentes”⁵⁶ (Grifo nosso).

Pode-se afirmar, nessa medida, retomando as proposições assentadas no capítulo referente ao dilema federativo brasileiro que a ação racional individual dos Estados-membros tem gerado resultados sub-ótimos do ponto de vista da ação coletiva – o benefício fiscal concedido unilateralmente por um ente político significa, no limite, a redução do nível geral de *welfare*.

De outro lado, há um contexto institucional inadequado para processar uma ordem expressiva de cooperação e estabilidade de resultados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, o que é explicativo em larga medida dos problemas advindos do padrão estadualista predatório que tanto têm deturpado a prática política brasileira.

4.2. O CONFAZ VISTO A PARTIR DA TEORIA DEMOCRÁTICA COMO PROCESSO DECISÓRIO

Como já reiterado neste ensaio, a política consiste em decisões coletivizadas, e que são tomadas por alguém em nome de outrem, e recaem sobre todos. Muito embora as decisões políticas sejam coletivizadas, o contrário não necessariamente é verdadeiro – o capitalista decide pelos consumidores o produto que irá vender, o que lhe confere a natureza de decisão coletivizada; contudo ela não é dotada dos atributos de serem **soberanas** (se sobrepõe a qualquer outro poder), **inescapáveis** (se estendem até as fronteiras territoriais) e **sancionáveis** (sustentadas pelo monopólio legal da força). Grosso modo, trata-se de uma questão de hierarquia.

Mas, o primeiro questionamento que se revela ao analista consiste na indagação de “por que qualquer política?”.

⁵⁵ ANASTASIA, 2002. p. 34.

⁵⁶ Idem, p. 42.

Se a política produz decisões que recaem sobre todos, o que leva ao indivíduo a aceitá-las consiste num cálculo de custo/benefício. Com efeito, algumas decisões são deixadas ao crivo do individualismo por se cingirem ao âmbito de sua autonomia privada, em termos de utilidade. Outras, do contrário, são rogadas pela coletividade, uma vez que a ideologia predominante atrai para a política questões antes pertinentes somente aos indivíduos. O embate acadêmico utilitarismo/coletivismo não cabe nesse momento, bem como a discussão sobre o grau que ele assume em diversos países, em especial o Brasil. O que importa é deixar sedimentado que, independente dos valores da sociedade em questão, se marcada por qual ou tal tipo de religião, por exemplo, ou do tipo de Estado a partir dela consubstanciado, se capitalista ou socialista, há sempre um conjunto de matérias postas ao crivo da coletividade que, independente de quem sobre elas delibera, será imposto a todos.

Essas linhas servem, avançando no discurso, para assentar dois **axiomas** construídos pela teoria da democracia como processo decisório, que se resumem ao seguinte: (1) toda decisão de grupo ou coletiva tem custos internos, isto é, custos para os próprios tomadores de decisão, em geral denominados **custos de tomada de decisões**; (2) toda decisão coletivizada envolve riscos externos, isto é, **riscos para os destinatários, para quem recebe as decisões de fora**, *ab extra*. O axioma 1 refere-se, logo, a custos intragrupo, vale dizer, custos relativos ao processo de decidir e não às perdas e ganhos dos membros do órgão decisório – inversamente, o axioma 2 refere-se a riscos extragrupo, ou seja, a uma indeterminação quanto a potencialidade percebida em sua periculosidade, dele resultando a probabilidade de riscos de opressão ou decorrentes da incompetência, estupidez ou interesses sinistros.

Logo, há risco quando cria-se um órgão decisório que submete suas decisões a um grupo externo exposto ao risco, que não pode decidir por si pelas impossibilidades atuais da aplicação da democracia ateniense; e isso implica o silogismo de que só há custos de tomada de decisão em virtude de decisões grupais, vale dizer, as conseqüências advindas do tempo perdido em decisões que não são tomadas ou são adiadas *ad infinitum*, que envolvem baixa produtividade, ineficiência, imobilismo e paralisia.

Assumindo que cada indivíduo possui voz ativa e independente, temos que quanto maior o número de pessoas envolvidas, maiores serão os custos decisórios. Logo, há que se verificar algum motivo para que se aumente o número de participantes no órgão decisório, sem o que seria desarrazoado fazê-lo: o motivo principal é a forte intenção nas democracias de proteger terceiros, reduzindo os riscos dos danos aos destinatários da norma.

Tem-se, outrossim, que os custos internos e os riscos externos constituem dimensões inversamente proporcionais. Entretanto resta a questão: como alcançar o equilíbrio ótimo entre riscos externos e custos decisórios, ou seja, quando é conveniente coletivizar uma área de decisão, assim como fazê-lo de forma adequada.

Sartori introduz, nesta discussão, duas variáveis essenciais para a solução do problema, e que se referem ao (1) método de formar o órgão decisório: como é recrutado ou designado e qual é sua composição ou natureza; (2) a regra de tomada de decisões: os princípios e os procedimentos para a tomada de decisão.

A primeira variável envolve-se em torno da problemática da inter-relação havida entre como compor a arena decisória e suas implicações sobre os riscos de opressão ou de incompetência. Retomando as noções weberianas de dominação tradicional, a liderança advinda da hereditariedade, por exemplo, traz consigo uma flagrante periculosidade quanto aos riscos externos; não obstante a liderança advinda da vitaliciedade escolhida, como na hipótese do Papado, só por esse motivo da indicação, implica certamente

uma substancial diminuição dos riscos. Isso leva-nos a afirmar com segurança que o método de criação da instância decisória impacta fortemente sobre a possibilidade da opressão e da incompetência.

A segunda variável, a seu turno, discute como as regras para o estabelecimento de políticas operam no âmbito do governo, guardando, por conseguinte, um laço de afetação inexorável com os custos de tomada das decisões.

A primeira regra que se nos apresenta corresponde à unanimidade, uma vez que somente ela permite atribuir o mesmo peso aos participantes – mas, por outro lado, ela implica não somente um tipo de poder igual: incorpora um tipo de poder excessivo, o poder de chantagem. O poder de veto constitui um imbróglio indigesto à teoria política, v. g., nos casos do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e do próprio Conselho Nacional de Política Fazendária. Eis a expressa opinião de Sartori⁵⁷:

“Embora a unanimidade possa ser defendida (...) no plano abstrato, parece não funcionar na prática. A objeção é bem conhecida e parece formidável: os custos decisórios da regra da unanimidade são sua própria negação, pois resultam em paralisia. Essa conclusão parece absolutamente final e sem dúvida se aplica muitas vezes” (Grifo nosso).

Afastada a regra da unanimidade em virtude de suas perplexidades intrínsecas, como demonstrado, temos as regras majoritárias, que abrangem três ordens de procedimentos: (1) maiorias qualificadas, geralmente correspondem a 2/3 do universo dos atores envolvidos no processo decisório; (2) maiorias absolutas, equivalentes ao primeiro número inteiro superior à metade dos componentes do colegiado; (3) maiorias simples, ou maior minoria, as quais, pressupondo a existência de um dado quorum mínimo para a deliberação, alcança o primeiro número inteiro superior à metade dos presentes na sessão de deliberação.

É certo que a passagem de uma maioria qualificada para o critério de maioria simples reduz fortemente o custo de decidir – não obstante, há que se sublinhar que numa democracia, sob o mero argumento de ensejar maior produção decisória, não se pode admitir a possibilidade de o critério de maioria simples regerem toda atividade política, pois isso significaria a abdicar a própria existência de direitos mínimos das próprias minorias, sob o pretexto de garantir que sempre uma questão será resolvida.

Isso significa que há, no bojo do constitucionalismo, um conjunto de direitos anti-majoritários, que não admitem modificação, ao não ser nas hipóteses permitidas pela própria Constituição, atendido o requisito de maioria qualificada. Resta, por óbvio, que o equilíbrio entre esses critérios decorre da importância da matéria a ser decidida.

Cotejando os critérios da unanimidade e o majoritário (e suas derivações), é salutar a transcrição de trecho em que Sartori⁵⁸ assenta o seguinte:

“O poder de bloquear a ação é incomensuravelmente diferente do poder de agir. Assim, uma minoria que impede a ação não é o mesmo que ‘regra da minoria’. Governar consiste em decisões, não em ausência de decisões. Em outras palavras, as não-decisões (impedimento ou bloqueio à ação) certamente restringem, limitam e até obstruem o ‘ato de governar’, mas

⁵⁷ SARTORI, 1994, p. 303.

⁵⁸ SARTORI, 1994, p. 297.

não são a mesma coisa que governar. Na verdade, as minorias em pauta não têm poder de decidir. Não podem impor suas preferências – podem apenas protegê-las”. (Grifo nosso).

Assim, feitas esses apontamentos acerca da teoria da democracia como processo decisório, podemos assentar provisoriamente que dispomos de três variáveis para ao final analisarmos o CONFAZ, a saber (1) o número de componentes do colegiado que tomam a decisão; (2) a forma de nomeá-las; (3) os procedimentos para a tomada das decisões.

O problema passa a ser, então, como reduzir concomitantemente os custos internos e os riscos externos e encontrar um equilíbrio ótimo entre essas dimensões estruturantes das democracias contemporâneas.

Sartori sublinha que a redução dos riscos externos é mais uma variável da forma de composição do órgão do que do número de participantes – a chave para sua redução é o **método representativo**.

Diz a este respeito⁵⁹:

“Como a teoria e prática da representação política também são fáceis de criticar, gostaria de enfatizar que, à parte as técnicas representativas de transmissão controlada do poder, não há nenhuma outra técnica conhecida para lidar com os riscos externos”. (Grifo nosso).

A maneira de se mitigar a periculosidade para os destinatários de uma decisão, sem que isso implique paralisia decisória, passa a ser mais bem resolvida pela forma de composição do órgão colegiado do que propriamente pelos procedimentos da tomada da decisão; eis que⁶⁰:

“Em consequência, a chave é a representação: pois apenas a redução drástica do universo dos representados para um pequeno grupo de representantes permite uma redução importante dos riscos externos (de opressão) sem agravar os custos decisórios. Se a única forma de minimizar os riscos externos for aumentar o número de pessoas que tomam as decisões, quase nunca seria conveniente coletivizar uma área de decisões”.

Passando-se à análise da maneira como se decide, após se demonstrar a técnica da representação como a possibilidade de redução vertiginosa dos riscos externos, o estudo de como minimizar os custos internos constitui a saída para as questões relativas à real necessidade de resposta do governo frente àquilo posto à coletivização, “como se decide, com que resultados”. Para tanto, três novas variáveis são acrescentadas ao modelo analítico proposto por Sartori: (1) o tipo de resultado; (2) o contexto decisório; (3) intensidade de preferência.

O tipo de resultado do jogo pode ser reduzido, basicamente, a dois padrões de interação, que podem gerar (1) *jogo de soma positiva* quando todos os jogadores tendem a ganhar, e as interações se reduzem a dividir e repartir os ganhos, que se explicam em tipos cooperativos e de negociação; (2) *jogo de soma zero ou não vantajoso para todos*, que se define pelo fato de o que um jogador ganha é exatamente aquilo que outro jogador perde. Assenta Sartori⁶¹ a este respeito que:

⁵⁹ SARTORI, 1994, p. 298.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ SARTORI, 1994, p. 299.

“no entanto, quando passamos desses construtos analíticos para a política – a política concebida como um jogo – deve-se compreender que as políticas de soma positiva não precisam ser cooperativas e podem muito bem resultar de uma mistura de cooperação e conflito. Com esse problema em mente, eu formularia a questão da seguinte forma: à medida que nos afastamos da ‘política como guerra’ e nos aproximamos da ‘política como negociação’, é correto dizer que passamos, na mesma medida, de políticas de soma zero para políticas de soma positiva”.

A questão do contexto decisório, apesar de simples, é central para compreender a interação dos atores na arena política, podendo ser dicotomizado em contínuo ou descontínuo. O caso clássico deste último contexto decisório corresponde às eleições, cujos interstícios eleitorais demonstra por si a descontinuidade do contexto decisório.

Já o contexto decisório contínuo é marcado por uma corrente de decisões que, mesmo de natureza francamente distinta, implica a interligação dos assuntos, levando o grupo a estabelecer interseções entre as várias questões decididas, a despeito de seu conteúdo intrínseco, envolvendo-o em trocas recíprocas, em **recompensas recíprocas retardadas** – o apoio dado por uma fração específica da maioria à minoria para a defesa dos interesses destas hoje, leva a uma barganha amanhã para que essa minoria reforce aquela fração específica da maioria na implementação de suas preferências.

Essa lógica permite um silogismo lógico, óbvio, mais central ao entendimento da teoria democrático como processo decisório, a saber: a solução das questões postas a deliberação não se dão de forma isolada, estanque; contrariamente, envolve uma rede intrincada de trocas recíprocas, em que o apoio ou o veto de hoje possa significar a afirmação ou a derrocada política de uma fração do grupo no âmbito do colegiado.

Por fim, a teoria considera a variável intensidade de preferências, cujas implicações atingem o princípio da maioria, e se revela por uma proposição singela, cujas repercussões no estudo do jogo político causa espanto ao estudioso desavisado: **toda questão desperta um grau diferente de afeto, de envolvimento ou desinteresse**. Toda questão envolve, portanto, uma intensidade desigual das preferências individuais.

A regra da maioria existe devido ao fato de pressupormos corretamente que os indivíduos possuem preferências distintas e que, nessa exata medida, necessita-se de um mecanismo (majoritário) que faça com que o que é desejado por um grupo maior prevaleça sobre o grupo menor – não obstante, parte esse cânone de uma ficção, para Sartori vago e irreal, ao ignorar que essas preferências tem uma intensidade diferente, tornando iguais intensidades diferentes, pesando indivíduos enquanto indivíduos e só. Eis trecho curiosíssimo e exemplar em que ressalta⁶²:

“a realidade da vida é que um Não forte suplanta regularmente dois Sim fracos e, inversamente, que um Sim obstinado em geral vence dois Não débeis. Assim, todas as coletividades provavelmente contêm – em qualquer momento dado, sobre determinadas questões – um subgrupo intenso que aguarda uma chance de vencer os sub-grupos apáticos (menos intensos ou indiferentes) mesmo quando o subgrupo intenso constitui uma minoria da coletividade em questão. Formulado por extenso: uma maioria de 51% é

⁶² SARTORI, 1994, p. 301-2.

imbatível se consistir também de membros intensos; mas uma maioria de 51% (e até maior) não é imbatível quando é uma maioria pouca intensa. É importante notar que nada seria mudado nesse estado de coisas se as fontes de poder material (a riqueza, por exemplo) de todos fosse exatamente igual. Notamos, então, que ‘intensidade’ é a base mais negligenciada do poder, embora seja inteiramente independente e a mais poderosa de todas. Seja como for, o fato inquestionável é que as minorias intensas têm um peso extra nos processos de tomada de decisão; sua intensidade compensa sua inferioridade numérica”.

O importante é saber maiorias intensas, em regra, não constituem grupos perenes. Esse é um atributo característico das minorias. Minorias intensas são grupos reais, que se mantêm, enquanto que maiorias intensas são agregados efêmeros – quando não, geralmente são mobilizados por minorias intensas – “e assim fechamos o círculo”. Para Sartori ⁶³ :

“em última instância, e sendo iguais todas as outras condições, quem é intenso é ativo; quem é ativo prevalece sobre o inativo; e só pequenos grupos têm possibilidade de ser duravelmente intensos e ativos em relação a conjuntos globais e seqüências de questões”.

Tem-se, outrossim, seis variáveis postas pelo modelo analítico acima descrito, e que nos servirá à apreensão do CONFAZ – mas antes, é importante consolidar, sumariamente, a idéia de COMITÊ, a saber: (1) existência de um grupo pequeno de interação face a face, que para Sartori, na prática, pode ser composto de três a trinta membros; (2) seja um grupo durável e institucionalizado, vale dizer, legalmente reconhecido; (3) um fluxo de decisões que implique um contexto decisório contínuo; (4) existência do princípio da maioria, apesar do voto ser *pro forma*, uma vez que o tipo COMITÊ decisões unânimes, não porque os membros do órgão tenham as mesmas preferências, mas porque esperam que aquilo que concede numa questão lhe seja devolvido ou retribuído em uma outra questão, e isto implica (5) a existência de compensação recíproca retardada, o que revela que (6) suas decisões constituam um jogo de soma positiva. Para Sartori ⁶⁴ :

“em síntese, um sistema de comitês atua, no interior de cada comitê, na base de compensações (ou trocas) recíprocas retardadas e, já que sistema, na base de pagamentos laterais guiados em grande parte pelas reações antecipadas. Os pagamentos internos (compensações recíprocas) conduzem a decisões unânimes e a resultados de soma positiva. Os pagamentos laterais externos representam os custos, mas também a condição sine qua non de um processo espontâneo (em contraposição a imposto) de ajustamento e coordenação. O que precisa ser acrescentado é que os pagamentos externos não são necessariamente definidos pelos limites de um sistema de comitês, nem se restringem a ele. Na medida em que um sistema de comitês é formado de ‘comitês representativos’ sensíveis à vontade popular, os pagamentos externos afetam o conjunto da sociedade”. (Grifo nosso).

O CONFAZ, certamente, como demonstrado nos capítulos anteriores, atende ao requisito do tamanho do órgão, uma vez que possui 27 membros.

⁶³ SARTORI, 1994, p. 303.

⁶⁴ SARTORI, 1994, p. 310.

De outro lado, ele se encontra regularmente instituído pela Lei Complementar 24 de 1975. Atende, dessa forma, ao requisito de um contexto decisório contínuo, em que há um fluxo interligado de decisões, abrindo a possibilidade (e tão somente) de atendimento a um quarto requisito, qual seja, a possibilidade de existência de recompensas recíprocas retardadas.

Entretanto, ele não chega a ser um comitê. Em verdade não há recompensas recíprocas retardadas, uma vez que o jogo político ali travado, como demonstrado na seção 3.2, é de soma zero – aberta a possibilidade de um benefício fiscal por um Estado-membro, o que ele ganha em termos de investimento corresponde ao que os outros perdem.

Isso se deve ao padrão estadualista predatório que tem marcado os laços intergovernamentais brasileiros – a lógica das grandes empresas multinacionais, v.g., o caso notório, que muita repercussão teve na imprensa há alguns anos, da Ford, que deixou de se instalar no Rio Grande do Sul para ir para a Bahia – e que se deve a um tipo de incentivo institucional que leva à competição não-cooperativa, e que equivale justamente ao não atendimento da existência do princípio da maioria.

O pressuposto da unanimidade para a concessão do benefício, ao invés de tutelar os interesses dos Estados-membros mais fracos, tem como implicação o exercício de um poder abusivo de veto. Eis um caso concreto que relata-nos Abrucio⁶⁵ :

“Em 1992, São Paulo pleiteou incentivos à sua indústria automobilística, a fim de manter o nível local de investimento e emprego. Porém, inicialmente enfrentou a resistência de alguns estados, e mais adiante apenas o Estado de Rondônia vetou tal incentivo. A partir daí, São Paulo se articulou com outros estados, sobretudo os que possuíam também um parque industrial automotivo, para tentar modificar o veto de Rondônia, que jogou o tempo todo esperando por algo em troca, esperando tirar proveito da regra da unanimidade para colher benefícios. No fim do processo, Rondônia cedeu, mas não se sabe ao certo qual foi a moeda de troca usada”. (Grifo nosso).

Conclui-se, destarte, que o CONFAZ não constitui um COMITÊ, tal qual construído a partir da teoria da democracia como processo decisório de Sartori. Os incentivos institucionais, incorporados em seus procedimentos, têm implicado um desrespeito recorrente de suas deliberações, e até de seu poder em abstrato, levando ao seu descrédito de sua condição de fórum federativo por excelência para dirimir os conflitos advindos da distribuição de competência tributária do ICMS aos entes subnacionais.

4.3. ILEGITIMIDADE POLÍTICA: A CRÍTICA AO MODELO INSTITUCIONAL DO CONFAZ E BREVES PROPOSTAS PARA UM NOVO ARCABOUÇO LEGAL

A forma de escolha dos representantes do órgão colegiado, de pronto, implica sua ilegitimidade política: a não-deliberação do CONFAZ em termos da concessão de uma isenção fiscal, por exemplo, implica a exclusão de a Assembléia Legislativa vir a fazê-lo, obviamente, dentro da regularidade constitucional. E isso engendrado por um conjunto de agentes titulares das pastas das Secretarias das Fazendas Estaduais. Ora, que representatividade *popular* esses agentes possuem?

Quando tratou-se do Conselho Federal Alemão – órgão de atribuições muito mais amplas que as do CONFAZ, mas que inclui as competências deste – viu-se que Hans Klein pugna pela legitimidade política do Conselho Federal quanto à **forma de composição de seus membros, a saber, os titulares do Executivo estaduais.**

⁶⁵ ABRUCIO, 2000, p. 211.

Contudo, não se pode transpor sem critério algum sua argumentação para o caso brasileiro. Lá, sua forma de composição, como ressaltado, encontra guarida na própria Constituição. Aqui não. A CRFB/88 diz que cabe a lei complementar dispor sobre como os estados concederão benefícios fiscais, etc. A lei que o faz é anterior ao texto magno, datando do período do regime militar, e mantém fidelidade à sua redação original. Apesar de a remissão expressa do texto à lei, o legislador infraconstitucional deve guardar uma pertinência material ao espírito da Constituição – quando ela dispõe que o poder será exercido por meio de representantes eleitos, notadamente em matéria de exercício de produção de leis em sentido material como é no CONFAZ, visto que sua inércia exclui o exercício da competência pelas Assembléias, a Carta Magna o faz consubstanciando o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, indisponível aos poderes públicos.

Não se está argumentando a não recepção da Lei complementar 24/75 em face da CRFB/88, mas isto sim, a ocorrência de uma necessidade de atuação do Congresso Nacional em alterar a lei, para dispor que os titulares das cadeiras dos Estados no Conselho sejam representantes das Assembléias, e não os titulares das pastas da Fazenda, como uma forma de tornar o CONFAZ um **microcosmo** da representação popular estadual. Caberia, isso sim, aos Secretários de Estado, um papel consultivo no âmbito do colegiado, sem direito a voto e com direito a voz. Outra providência salutar, devido ao fato de que ¼ das receitas do ICMS é dos municípios, consiste em criar uma cadeira por região (norte, sul, etc.) de representantes eleitos, por exemplo, por um colegiado de Presidentes das Câmaras Municipais, que teriam os mesmos direitos dos representantes dos Executivos estaduais, até porque seria um exagero dar-lhes direito a voto, uma vez que no caso do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (que também tem seu produto repartido) nada pode o município fazer sobre, p.ex., uma redução de alíquota, haja vista que é indelegável a competência tributária, sendo ela exclusiva, facultativa e incaducável.

Outro problema é a regra da unanimidade. Se para conceder isenção do Imposto de Renda, ou do Imposto sobre Veículos Automotores, ou do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a União, Estados e Municípios necessitam de aprovação de lei específica que os autorize – esta, requer, a seu turno, somente maioria simples. Atendida a proposição do parágrafo *retro*, não haveria porque perpetuar a regra da unanimidade, extirpando, de uma vez por todas, o poder excessivo de veto havido no bojo do conselho. Aí sim, teríamos o CONFAZ como verdadeiro COMITÊ.

Essas são as conclusões que o escopo do trabalho nos permitiram deduzir, mas há que se sublinhar, como feito na seção 4.1, que o novo institucionalismo não reclama o poder de dar conta de toda complexidade envolta na teoria e prática políticas contemporâneas, mas serviu-nos de substrato científico essencial para descrever e explicar nossa problemática. Fica, para outros estudos, perceber do ponto de vista da política econômica as questões atinentes à política industrial e seu envolvimento e interdependência com a guerra fiscal.

BIBLIOGRAFIA

ANASTASIA, Fátima. Teoria Democrática e o novo institucionalismo. In *Cadernos de Ciências Sociais*, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei n. 406 de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1968. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2004

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar n.º 24 de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os Convênios para a Concessão de Isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 09 jan. 1975. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 fev. 2004

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição brasileira*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 44/04 e pelas emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/94. Brasília: [Senado Federal], 2004. 245 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Guerra Fiscal. Isenção de ICMS. Necessidade de Lei Complementar. Convênio Celebrado pelos Estados. ADI-MC 2.376. Estado de Minas Gerais *versus*. Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília. Acórdão de 15 de março de 2001. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 24 de abril de 2004

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DAHL, Robert. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, Vol. 3, São Paulo, 1998.

ELAZAR, Daniel. *Exploring Federalism*. Alabama: The University of Alabama Press, 1987.

FAGUNDES, M. S. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FRANÇA, J. L. e VASCONCELLOS, A. C. *Manual para normalização de publicações técnico-científicas*. 7.ed. Belo Horizonte, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Tradução de Willian Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-nacional – Ensaios Políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961.

HELLER, H. *Teoria do estado – staatslehre*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Hans. A legitimação do Conselho Federal e sua relação com as assembleias legislativas e os governos estaduais – Trad. *Vierzig Jahre Bundesrat, Der deutsche Bundesrat*. In *O Federalismo na Alemanha*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo, 1995.

PAIVA ABREU, Marcelo de (org.). *Ordem e Progresso – Cem Anos de Política Econômica Republicana 1889 – 1989*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

PIERSON, Paul. “*Fragmented Welfare States: Federal Institutions and the Development of Social Policy*”. Cambridge: Governance, 1995.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Atlas, 2001.

ROSENFELD, Michael. *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical perspectives*. London: Duke University Press, 1994.

SARTORI, G. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SPAGNOL, W. B. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del derecho*. México: S.Ed., s.d.

TORRES, H. *Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elisão tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

A LIBERDADE E A IGUALDADE EM KANT

SIMONE CARNEIRO CARVALHO*

I - INTRODUÇÃO

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República de 1988, batizada de Constituição Cidadã, torna-se importante a pesquisa da evolução da cidadania. Este estudo perpassa os caminhos da própria democracia e da participação popular, cujas matrizes são os direitos à liberdade e igualdade.

Impregnado dos ideais da Revolução Francesa, Kant realiza uma síntese histórica dos valores da liberdade e igualdade, indispensáveis para o desenvolvimento do conceito de cidadania.

Ele desenvolve os conteúdos da igualdade e liberdade e consolida a concepção funcional do poder, cuja sede é o povo. O homem se torna fim em si mesmo e o papel do Estado fica intimamente associado à realização deste homem, que, reunido na sociedade civil, passa a se denominar cidadão.

Neste texto trabalharemos a cidadania e seus fundamentos: liberdade e igualdade, segundo a doutrina de Immanuel Kant.

II - DESENVOLVIMENTO

1 - LIBERDADE

A liberdade tem de pressupor-se como a propriedade da vontade de todos os seres racionais. A todo ser racional que tem uma vontade tem-se que atribuir necessariamente a idéia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir¹.

A partir da lei moral nos consideramos livres, isto é, auto-legisladores, para depois concluirmos, a partir da liberdade, que estamos submetidos à lei moral. É um círculo aparente que advém do dualismo kantiano: o sujeito como inteligência pertence ao mundo numenal, por outro lado, como ser sensível, pertence à esfera fenomenal. O homem, enquanto ser puramente racional, considera-se livre, para daí concluir que, enquanto ser fenomenal, está submetido à lei moral. Um ser racional agiria sempre conforme a razão, mas o homem que pertence ao mundo sensível e ao mundo inteligível tem que considerar-se como submetido à lei prescritiva da razão. A razão contém a idéia de liberdade e esta contém a lei do mundo inteligível. Logo, todo ser racional tem que conhecer as leis do mundo inteligível como imperativos e as ações deles decorrentes como deveres.²

* Advogada. Assistente do Advogado-Geral do Estado. Mestre em Direito Público.

¹ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 1948., p. 95-96.

² GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen*., 2000, p. 66 e ss.

Diante disto, indaga-se:

“Em que situação a ação humana (e a Razão) pode ser considerada livre? Se a ação humana é aquela que não sofre influência de uma força externa, então, em um primeiro momento, liberdade pode ser concebida como não submissão. Ser livre é não se submeter a nada de externo a nós. Esse é o conceito negativo ou prático de liberdade apresentado por Kant na Crítica da Razão Prática, e significa basicamente independência, ou seja, não-necessidade na orientação da ação.”³

O Direito e a lei, que se exprime no dever ser, exigem uma causa originária que lhe dê fundamento, esta causa é a liberdade.

“A liberdade não é agir independentemente do dever, mas, ao contrário, agir conforme e sobretudo por dever. Liberdade não é o agir sem normas, ao contrário, liberdade implica a disposição de seguir as normas que o próprio sujeito moral se representa, tendo em vista apenas o respeito que devemos a elas”⁴

Kant, a partir destas colocações faz da liberdade o fundamento da moral e do direito. O direito surge exatamente no momento em que as várias liberdades individuais precisam ser harmonizadas e possibilitadas no contexto da sociedade. Por isso Kant vai definir o direito como o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de alguém pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade⁵.

Para que a liberdade possa ser o termo de conexão, é preciso que ela possa ser atribuída a todos os seres racionais, já que a moralidade tem que valer como lei universal. A liberdade tem de ser pressuposta como propriedade da vontade de todo ser racional, pois do contrário ele não poderia, de modo algum, pensar-se com agente⁶.

Conseqüentemente, o princípio universal do direito é: “Age externamente de tal modo que o uso livre de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”⁷

A razão vê a necessidade de impor regras à conduta humana, que se expressa pelo imperativo categórico. Eles mandam uma ação objetivamente, necessária por si mesma, sem relação de finalidade: uma ação boa em si mesma⁸. O imperativo categórico dá a forma de legislação moral: “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”⁹

Para que uma máxima se converta numa lei moral, ela seja posta à prova pelo imperativo categórico, sobretudo em sua fórmula de universalização, expressa na Fundamentação da Metafísica dos

³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*, 2002. p.80

⁴ GALUPPO, *op. cit.*, p.81

⁵ GALUPPO, *op. cit.*, p.84

⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 66.

⁷ KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*.1948.

⁸ GOMES, *op. cit.*, p. 83-84

⁹ KANT, *op. cit.*, 1948.

Costumes, que diz: “Age apenas segundo a máxima, a qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que se torne uma lei universal”.¹⁰

Isso significa que a representação de um dever só significa também a existência de um dever legítimo se este puder ser atribuído universalmente a qualquer ser racional, o que implica que a existência de um dever não pode se contradizer¹¹

A liberdade se subdivide em interna (moral) e externa (jurídica). A interna gera a obrigação moral, a exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação.

O fundamento do Direito é a liberdade entendida como autonomia da razão. A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. E é esta mesma liberdade interna que fundamenta a existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais. O direito é, portanto, a liberdade exteriorizada. A moral não é suficiente e a mesma liberdade que manda o homem agir conforme o dever interno e pelo dever interno, manda que sejam criadas leis externas para garanti-las¹².

O direito se fundamenta na consciência da obrigação de cada um segundo uma lei, apoiando-se numa coação exterior que lhe dá eficácia, mas que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais.¹³

Quem age moralmente, age por dever, pois este dever advém da razão, lei universal. Agir por dever é agir racionalmente e exercitar a verdadeira liberdade, livre das inclinações externas do mundo sensível. A liberdade está em agir sem inclinações ou coações externas. Ela coexiste com a coação do Direito na medida em que o Direito representa a própria razão, e seu descumprimento significa agir irracionalmente, sem se importar com os danos que possam ser causados aos demais na sociedade. A coação é legítima na medida em que busca impedir a injustiça.

O conceito de liberdade como autonomia de participação do cidadão na elaboração da lei que vai reger a sua conduta é uma das grandes contribuições de Rousseau e Kant para a compreensão do Estado democrático. A palavra liberdade pode ser tomada como sinônimo de autonomia, como fazia Rousseau, que em passagem célebre de sua obra O Contrato Social fornece a intuição essencial da filosofia prática kantiana. Diz Rousseau que, no Estado Civil, que sucede o Estado Natural, acrescenta-se aos homens (como cidadãos) a liberdade moral, única a tornar o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, porque o impulso do puro apetite é escravidão, e a obediência à lei que se estatuiu a si mesma é liberdade¹⁴.

O papel do Estado está associado à realização do próprio homem como ser que se autodetermina,

“como a etimologia da palavra indica, uma sociedade livre e autônoma, ou ainda um ser autônomo, é aquele que é autor de suas próprias normas. Portanto, o ser livre é aquele que age autonomamente, ou seja, segundo as normas morais que sua Razão se lhe representa. A Razão é autônoma uma vez que é autora de suas próprias leis morais, ou seja, uma vez que representa seu próprio dever. Esse é o sentido positivo ou transcendental do termo

¹⁰ KANT, *op.cit.*, 1948.

¹¹ GALUPPO, *op.cit.*, 2002. p.84

¹² GOMES. *O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen*, 2000. p. 80-81

¹³ GOMES, *op.cit.*, p. 73-74

¹⁴ GALUPPO, *op. cit.*, p.84

*liberdade que significa, antes de mais nada, 'a legislação própria da Razão pura'.*¹⁵

2 - IGUALDADE

A igualdade, em Kant, é também fundamento do Direito. Ela legitima a limitação à liberdade, sob a condição de que se limitem todos, da mesma forma.

A idéia de igualdade acompanha os momentos em que aparece a idéia de liberdade. O princípio da validade do direito tem como fundamento a liberdade e a igualdade, que compõem ainda a própria estrutura da razão na medida em que é universal e legisladora¹⁶.

A universalização é condição de existência legítima de um dever e implica em imparcialidade, ou seja, cada ser humano deve considerar-se igual a qualquer outro ser racional em direitos e deveres.

O limite da liberdade é necessário, para que se assegure uma liberdade real. Isso reconduz ao imperativo categórico:

*“devemos buscar aquilo que universalmente pode ser reconhecido como direito de todos para fundamentar a limitação da liberdade, que só pode ser, (...), autolimitação, pois esta limitação surge exatamente para garantir a coexistência de direitos legítimos, que só podem ser os direitos universalizáveis”*¹⁷

A igualdade dos homens se dá pela sua racionalidade. O homem se identifica com a razão e todo ser racional é um fim em si mesmo, pois pode agir com autonomia. Sendo assim, deve-se atribuir o mesmo valor a todo ser humano pelo simples fato de ser racional.

Segundo Kant,

*“cada membro desse corpo deve poder chegar a todo o grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que o possa levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte; e é preciso que seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (...) não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto co-súdito, sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus dependentes”*¹⁸

Neste sentido, a igualdade para Kant é inclusiva¹⁹ pois é estendida a todos os homens pela universalização. Funda-se o conceito inclusivo de igualdade, através da igualdade aritmética, onde todo o homem tem o mesmo valor na sociedade, podendo dela participar, influenciando na construção da norma que regulará sua vida.

¹⁵ GALUPPO, *op. cit.*, p.80

¹⁶ SALGADO. *A idéia de justiça em Kant*, 1995, p.304 e ss

¹⁷ GALUPPO, *op. cit.*, p.95

¹⁸ KANT, Immanuel. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática. *A paz perpétua e outros opúsculo*, 1988, p-57-102, p. 77 e ss.

¹⁹ GALUPPO, *op. cit.*, p.99

3 - CIDADANIA

A origem do Estado para Kant é idéia da razão humana. Diferentemente de Aristóteles, para quem o homem é um animal político por natureza, em Kant o homem é político através do exercício de sua liberdade com a qual cria a sociedade civil²⁰.

O ato pelo qual o povo se constitui como Estado é o contrato originário, segundo o qual todos do povo renunciam a sua liberdade exterior, para recobrá-la, em seguida, como membros do povo enquanto Estado.

O Estado é, portanto, um conjunto de homens sob leis jurídicas. Estas leis emanam do legislador, soberano, que representa e ao mesmo tempo se identifica com o próprio povo. Só a vontade unida e concordante de todos, uma vez que decidem o mesmo, cada um sobre todos e todos sobre cada um, através do uso da razão. Só a vontade popular universalmente unida pode ser legisladora.²¹

O conceito de cidadão para Kant se compõe de três elementos: liberdade legal de não obedecer nenhuma outra lei além daquelas a que tenham dado o seu sufrágio; a igualdade civil que tem por objeto o não reconhecer entre o povo nenhum superior além daquele que tem faculdade moral de obrigar juridicamente da mesma maneira, que por sua vez pode ser obrigado; e o atributo da independência civil que consiste em ser devedor de sua existência e de sua conservação, como membro da república, não ao arbítrio de outro povo, mas sim aos próprios direitos e faculdades²²

Kant retoma a análise destes atributos em outros escritos. A liberdade é assim explicada:

“ninguém me pode constranger a ser feliz a sua maneira (como ele concebe o bem estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à Liberdade dos outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode coexistir com a Liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível”²³.

Para Kant, a igualdade

“de cada membro da comunidade possui um direito de coação sobre todos os outros, excetuando apenas o chefe de Estado (porque ele não é membro deste corpo, mas seu criador e conservador), o qual é o único que tem poder de constranger, sem ele próprio estar sujeito a uma lei coercitiva”²⁴.

Finalmente, quanto ao atributo da independência, ele analisa que é a capacidade de um membro da sociedade de ser “cidadão, isto é, co-legislador”²⁵.

Kant distingue ainda a cidadania ativa da passiva. A cidadania ativa se relaciona com o direito de organizar o Estado ou formar as leis. Estas jamais poderão contrariar a liberdade e a igualdade, direitos

²⁰ SOARES. Direito Administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e município. 1997, p.56.

²¹ GALUPPO, op. cit., 2002. p. 90-91

²² KANT, Doutrina do direito, p. 153

²³ KANT, op.cit., p. 75.

²⁴ KANT, op. cit., p. 76.

²⁵ KANT, op. cit., p. 80.

inerentes aos cidadãos. A passagem de cidadão passivo para ativo, se dá pelo exercício da liberdade e da igualdade.

A liberdade é, como já afirmado anteriormente, autonomia de participação do cidadão na elaboração das leis que vão reger suas condutas. A igualdade é o reconhecimento de todos como racionais e participantes do processo de formação da norma.

“Para que uma máxima da Razão seja também uma lei moral é preciso que ela seja universalizável. Isso significa que a máxima deve poder ser reconhecida como legítima por qualquer ser racional, uma vez que o que caracteriza as leis é o fato de elas valerem incondicionalmente em qualquer lugar e para qualquer pessoa.”²⁶

Com isto Kant desenvolve um modelo participativo e consolida o homem como fim e não meio. É o marco inicial do desenvolvimento de teorias participativas que tornam o cidadão co-responsável, no Estado, pela elaboração das normas, que passam a ter validade apenas quando admitidas pelos cidadãos, que passam de meros destinatários a elaboradores das leis.

É o despertar do povo, sempre formalmente titular do poder soberano, mas que só no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a efetivamente exercê-lo, tornando-se dono de seu próprio destino.

III - CONCLUSÃO

Neste novo paradigma de Estado Democrático de Direito, a legitimidade do Estado está cada vez mais próxima do exercício efetivo da cidadania participativa.

Os cidadãos agora, mais que nunca, fazem parte da vontade do Estado, participando da elaboração das normas jurídicas e da execução das decisões políticas.

Neste contexto, os fundamentos da democracia, quais sejam: a liberdade e a igualdade vinculam o conteúdo da ordem jurídico-positiva, e o direito só será justo se nelas for fundado.

A contribuição de Kant para o desenvolvimento deste modelo participativo é fundamental, na medida em que consolidou o homem como fim em si mesmo e fim do próprio Estado.

BIBLIOGRAFIA

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento da validade do Direito Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1948.

KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática: a paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988. p-57-102.

KANT, Immanuel. Doutrina do Direito, p. 153

²⁶ GALUPPO, *op. cit.*, p.83

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação: cidadania, direito, Estado e município*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

**PARECERES,
NOTAS JURÍDICAS E
PEÇAS PROCESSUAIS**

O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado exarou no Parecer nº 14.529, do Advogado-Geral do Estado, o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 03.08.2005”.

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado,

Adoto para os fins do art. 7º da Lei complementar nº 75, de 13 de janeiro de 2004, o anexo PARECER n.º 14.529/AGE, de 8 de julho de 2005, da lavra da Procuradora do Estado Raquel Melo Urbano de Carvalho e submeto-o à elevada consideração de Vossa Excelência para os efeitos do inc. I, do art. 7º da referida Lei Complementar.

Belo Horizonte, 3 de agosto de 2005.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado

PROCEDÊNCIA: Gabinete do Advogado-Geral do Estado
INTERESSADO: Procuradoria Administrativa da Advocacia-Geral do Estado
NÚMERO: 14.529
DATA: 8 de julho de 2005
EMENTA:

PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE – INADMISSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS INATIVOS – LIMITES DO ARTIGO 40, § 8º DA CR – LEI ESTADUAL Nº 14.694/03 – PRESSUPOSTOS – VANTAGEM *PROPTER LABOREM* – ARTIGO 167, IV DA CR – DECRETO ESTADUAL Nº 43.674/03 – RESOLUÇÕES Nº 5.644/04 E 5.673/04 – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA – INSTRUMENTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO – JURIDICIDADE.

RELATÓRIO

O Advogado Geral do Estado requer seja examinada a legislação e normatização pertinente ao prêmio de produtividade, tendo em vista as ações ajuizadas por servidores inativos em face do Estado de Minas Gerais, pretendendo lhes seja deferido o pagamento da referida parcela.

Realizados levantamentos técnicos e jurídicos junto à Secretaria da Fazenda e à Secretaria de Planejamento e Gestão, vislumbra-se adequada a padronização da defesa cabível na espécie, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores e doutrina hodierna, elementos com base em que passo a opinar.

PARECER**1. DA INADMISSIBILIDADE DA EXTENSÃO DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE AOS SERVIDORES INATIVOS, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ.**

Em primeiro plano, cumpre afastar a assertiva de que o prêmio de produtividade consubstancia uma vantagem remuneratória paga genericamente aos servidores públicos estaduais, pelo que seria necessária a sua extensão automática aos inativos, em cumprimento ao artigo 40, § 8º da Constituição Federal. O equívoco de tal posicionamento resulta dos limites da “regra da paridade” fixados pelos Tribunais Superiores na interpretação do art. 40, § 8º da CR/88, bem como da natureza jurídica do prêmio instituído no âmbito estadual.

No tocante à norma do artigo 40, § 8º da Constituição da República, certo é que dela decorre o direito do inativo receber vantagem concedida aos servidores da ativa apenas se ficar comprovado o caráter geral do acréscimo. É inadmissível pretender incorporar nos proventos vantagem de caráter pessoal ou de serviço, cujo pagamento foi previsto apenas para os servidores em atividade que preenchem condições específicas dispostas em lei.

Não há dúvida de que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior do texto constitucional e da sentimentalidade social que lhe serve de amparo, como bem assevera o Ministro Carlos Ayres Britto. Atentando para tal premissa e buscando no entendimento da Corte Máxima o norte hermenêutico sobre a matéria em comento, observa-se que o Pleno do STF já pacificou o entendimento de que o artigo 40, § 8º da CF consiste em norma apta a estender aos inativos somente vantagens de natureza geral, jamais aquelas cujo pagamento depende de pressupostos estabelecidos em lei, cujo cumprimento é empiricamente impossível aos servidores já aposentados:

“Gratificação: Não-Extensão aos Inativos: O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, relatora, que julgara extinto mandado de segurança - por ausência de direito líquido e certo - em que se pretendia a extensão aos servidores inativos da gratificação de desempenho da carreira de especialista do Tribunal de Contas da União, instituída pela Lei 10.356/01 e objeto da Resolução 146/2001. Considerou-se que a referida gratificação prevê percentuais e critérios de avaliação cuja aplicação é inviável aos aposentados, por depender de condições especiais não passíveis de serem aplicadas aos inativos.” (Ag. Reg. no MS 24.204-DF, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno do STF, julgado em 12.02.2003, Informativo 298 do STF)¹

“Auxílio-Moradia: Não-Extensão aos Inativos: O Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado por deputado federal aposentado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados em que se pretendia a incorporação, aos seus proventos, do auxílio-moradia pago aos parlamentares. Considerou-se que o § 8º do art. 40 da CF é norma que visa estender aos inativos os benefícios ou vantagens de natureza geral, mas não aqueles que dependam de condição inscrita em lei, invocando, ainda, o

¹ No mesmo sentido, confira-se: Agravo Regimental no RE nº 335.260-1-SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma do STF, julgado em 25.05.2004; Agravo Regimental no AI nº 381.335-3, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma do STF, julgado em 22.10.2002 e Agravo Regimental no RE nº 217.110-2, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma do STF, julgado em 10.10.2000.

disposto na Súmula 339 (“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”). Precedentes citados: ADI 778-DF (DJU de 19.12.94); RE 191.018-DF (DJU de 19.12.2002).” (MS 24.180-DF, Min. Ellen Gracie, Pleno do STF, julgado em 20.02.2003, Informativo 299 do STF)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o STF negou extensão aos servidores inativos da gratificação instituída pela Lei Complementar nº 744/93 do Estado de São Paulo, afirmando a inocorrência de ofensa ao artigo 40, § 4º da CF, uma vez evidenciada a não generalidade da vantagem instituída no âmbito local:

“Concluído o julgamento de agravo regimental em recurso extraordinário interposto contra decisão do Min. Sepúlveda Pertence, relator, que, mantendo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastara o direito de servidores inativos do mesmo Estado à extensão da gratificação de função instituída pela LC estadual 670/91 aos diretores de escola no exercício da função, bem como daquela instituída pela LC estadual 744/93 aos supervisores de ensino em atividade - v. Informativo 332. A Turma, por maioria, rejeitando a alegada ofensa ao § 4º do artigo 40 da CF (na redação anterior à EC 20/98), negou provimento ao agravo regimental, uma vez que as referidas vantagens não possuem caráter geral, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que davam provimento ao agravo.” (AgR no RE nº 219.850-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, Informativo 334 do STF).

Especificamente quando se trata de prêmio de produtividade, reiterada é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser inadmissível fazer incidir a regra da paridade em favor dos inativos, tratando-se de parcela não permanente e sujeita à verificação da efetividade do exercício:

“Rateio anual da reserva constituída pelo excesso de quotas de prêmio de produtividade (Lei Complementar nº 567, de 20-7-88, do Estado de São Paulo).

Parcela de remuneração não permanente e sujeita à verificação de efetividade de exercício (lei citada, art. 7º) e insusceptível, portanto, de participação dos aposentados, a título de aplicação do disposto no § 4º do art. 40 da Constituição Federal.” (RE nº 170.020-3, rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma do STF, julgado em 05.05.1998).

“A Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que reconheceu aos oficiais da reserva remunerada da Polícia Militar o direito ao recebimento de gratificação de comando e chefia, instituída pela Lei 6.403/92, do mesmo Estado, ao fundamento de tratar-se de vantagem genérica e haverem os recorridos exercido chefia quando em atividade. A Turma entendeu tratar-se de vantagem restrita ao servidor que se encontra no exercício de tal atividade, não se incorporando aos proventos da inatividade e nem se estendendo aos proventos dos já inativados.” (RE nº 325.032-BA, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma do STF, julgado em 12.11.2002, Informativo 290 do STF).

Corroborando a jurisprudência do STF, indicam-se, à exaustão, recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM RESULTADOS – GRP. LEI ESTADUAL Nº 13.547/99. DECRETO Nº 5.443/01. VANTAGEM PRO LABORE FACIENDO. INEXISTÊNCIA DE LINEARIDADE E GENERALIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I – O Superior Tribunal de Justiça, secundando orientação do Pretório Excelso, consolidou entendimento acerca da impossibilidade de extensão de vantagens de natureza propter laborem, devidas aos servidores em razão de trabalho a ser realizado. Precedentes.

II – A Gratificação de Participação em Resultados – GRP, instituída pela Lei Estadual nº 13.547/99, tem natureza propter laborem, sendo devida somente aos servidores que estiverem em efetivo exercício e que cumprirem metas previamente definidas. Neste contexto, a gratificação em comento não incide durante o período de licença maternidade, mormente quando tal hipótese é expressamente vedada pelo decreto regulamentador do referido diploma legal estadual.” (Ag. Reg. no RMS nº 16.414-GO, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, DJU de 06.09.2004, p. 273).

“ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. DECRETO Nº 21.743/95. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. PREMIAÇÃO POR MÉRITO/BRAVURA. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ANALISAR O MÉRITO ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A gratificação de encargos especiais, instituída pelo Decreto nº 21.743/95, consistia em uma premiação, de caráter individual, por mérito do policial, após o regular reconhecimento e declaração oficial realizados em procedimentos administrativos. Ou seja, a referida premiação não foi instituída indistintamente, somente fazendo jus ao seu percebimento aqueles servidores que tivessem reconhecido ato de bravura pelo Chefe do Poder Executivo do Estado.

II - A concessão da gratificação estava adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorria por meio de elementos meramente objetivos.

III - É defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão do diploma legal.

IV - O Decreto nº 21.743/95 foi expressamente revogado pelo Decreto nº 26.249/2000, não mais subsistindo a gratificação de encargos especiais, não havendo qualquer dispositivo legal que autorize a sua concessão.

V - *Recurso desprovido*” (RMS 18.151-RJ, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma do STJ, DJU de 09.02.05, p. 206)

Resulta claro de tais julgados que é incabível estender aos aposentados vantagens devidas aos servidores em razão de trabalho realizado na atividade. Afinal, o Judiciário admite, de modo expresso, o deferimento somente aos servidores ativos de vantagem remuneratória cujos pressupostos impliquem inclusive avaliação discricionária da Administração Pública, conforme critérios de conveniência na gestão estatal.

A adequação de tais considerações à hipótese em exame é manifesta, na medida em que se verifica a natureza *propter laborem* do prêmio de produtividade regulamentado nas Leis Estaduais nº 14.694, de 30.07.03 e nº 15.275, de 30.07.2004, o que impede sua extensão aos servidores inativos, consoante se demonstrará a seguir.

2. DAS REGRAS CONSTITUCIONAIS E DA NORMATIZAÇÃO DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE

A instituição do prêmio de produtividade tem fundamento na própria Constituição da República e na Constituição do Estado de Minas Gerais. A Lei Magna Federal prevê no § 9º do artigo 37, inserido pela Emenda à Constituição nº 19/98, a possibilidade de criação de prêmio de produtividade como mecanismo de modernização e racionalização do serviço público, “*in verbis*”:

“Art. 39 (...)

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.”

A Constituição Mineira, por sua vez, veicula, no § 4º do artigo 30 (acrescentado pela EC nº 49/01) e no artigo 31 (redação dada pela EC nº 57/03), regras no mesmo sentido, prevendo, ainda, a publicação de lei própria para tratar do cálculo e periodicidade do prêmio:

“Art. 30 (...)

§ 4º - Os recursos orçamentários provenientes da economia na execução de despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação serão aplicados no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, de treinamento e desenvolvimento, de modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público ou no pagamento de adicional ou prêmio de produtividade, nos termos da lei.

(...)

Art. 31 – O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autarquia e fundacional os direitos previstos no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da

Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho.

§ 1º - A lei disporá sobre o cálculo e a periodicidade do prêmio por produtividade a que se refere o 'caput' deste artigo, o qual não se incorporará, em nenhuma hipótese, aos proventos de aposentadoria e pensões a que o servidor fizer jus e cuja concessão dependerá de previsão orçamentária e disponibilidade financeira do Estado."

Dos transcritos dispositivos constitucionais resulta clara a obrigatoriedade da aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia na execução de despesas em medidas concretas como programas de qualidade, pagamento de prêmio de produtividade ou programas de treinamento a serem realizados na Administração Pública. Tal obrigatoriedade resulta do artigo 30, § 4º da CEMG que utiliza o imperativo "serão aplicados" ao enumerar as hipóteses de ação administrativa. Especificamente no Estado de Minas Gerais, há determinação a que lei disponha sobre o prêmio de produtividade, vedada, de modo expresso, a incorporação aos proventos de aposentadoria ou pensões (artigo 31, § 1º da CEMG).

Nesse contexto, o que fez o Estado de Minas Gerais ao publicar a Lei nº 14.694, de 13.07.03, alterada pela Lei 15.275, de 30.07.04, foi cumprir uma diretriz constitucional vinculante da política pública relativa ao seu quadro de pessoal. O mencionado diploma, disciplina, dentre outras questões, a aplicação de recursos provenientes da economia com despesas correntes e a ampliação real da arrecadação de receitas no pagamento do prêmio de produtividade. Enumera, outrossim, as fontes de recurso para pagamento do prêmio, bem como traça os parâmetros para o seu cálculo, inclusive periodicidade. Delineia o contexto normativo do qual decorrem os pressupostos a serem atendidos para o deferimento da vantagem criada.

Condiciona o pagamento do prêmio de produtividade ao fato de o órgão, a cujo quadro pertença o cargo público exercido pelo servidor, ter firmado acordo de resultados, definido no art. 2º, I da Lei nº 14.694/03 como "aquele celebrado entre dirigentes de órgãos e entidades do Poder Executivo e as autoridades que sobre eles tenham poder hierárquico ou de supervisão". Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo:

"Art. 2º. (...)

Parágrafo único - O acordo de resultados de que trata o inciso I do caput será formalizado mediante instrumento que especifique as metas de desempenho, os prazos de cumprimento e os padrões de controle preestabelecidos e terá por contrapartida o enquadramento do órgão ou da entidade em normas especiais, mais flexíveis, estabelecidas em leis ou atos infra-legais, aplicáveis unicamente aos órgãos e às entidades que mantenham fiel cumprimento do Acordo."

Referido acordo de resultados previsto na Lei Estadual nº 14.694/03, além de não incorrer nos vícios imputados aos contratos de gestão previstos em diplomas federais, consubstancia, ao contrário, mecanismo de exercício do poder hierárquico em que o Estado busca a adesão dos subordinados aos objetivos institucionais norteadores da política pública. Tais objetivos encontram-se explicitados no acordo de resultados em metas estabelecidas para o órgão ou entidade administrativa. Observe-se que a

comprovação do alcance das metas pactuadas é condição *sine qua non* para que se possa apurar o prêmio de produtividade a ser pago na espécie.

Confira-se o artigo 33 da Lei nº 14.694/03:

“Art. 33 – O pagamento de prêmio de produtividade aos servidores só poderá ocorrer em órgão ou entidade com Acordo de Resultados em vigor e com instrumento de avaliação permanente do desempenho dos seus servidores.”

Sendo assim, o primeiro pressuposto para pagamento do prêmio é a existência de um acordo de resultado no bojo do qual estejam fixadas as metas a serem alcançadas pelo órgão ou entidade administrativa. Outrossim, é indispensável que estas sejam alcançadas pela unidade administrativa.

Dentre as metas institucionais, pode-se destacar a economia de despesas correntes, bem como o aumento de arrecadação. Frise-se, contudo, que as metas não se restringem a tais aspectos financeiros, mas estes consistem apenas em parte dos objetivos buscados com o acordo de resultados. O Decreto nº 43.674/2003 estabelece no artigo 2º, § 1º a regra segundo a qual *“o desempenho do órgão, entidade ou unidade administrativa será aferido em função das metas, da cobertura e da qualidade dos serviços prestados e das atividades realizadas no exercício, com a utilização dos indicadores definidos no Acordo de Resultados”*.

O acordo de resultados firmado entre a Subsecretaria da Receita Estadual e a SEF, com interveniência da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (doc. anexo), v. g., enumera, no seu Anexo III, a realização de obras como construção e reforma de postos de fiscalização, 250.000 horas anuais de capacitação e treinamento de servidores, aquisição de bens como veículos e equipamentos de informática, dentre outros. Na verdade, é possível identificar uma meta institucional a ser atendida pela Secretaria da Fazenda como pressuposto ao pagamento. Além disso, cada uma das nove superintendências regionais tem uma meta pactuada como elemento necessário para se cumprir a meta global.

O atingimento dos objetivos do acordo depende do esforço conjugado da instituição (órgão ou entidade administrativa) e dos respectivos servidores públicos. E somente com tal atingimento é que se mostra possível aferir a viabilidade econômica de se proceder ao pagamento do prêmio. Por fim, cada servidor terá o seu desempenho aferido para a consecução das metas, mediante avaliação específica, tratando-se de requisito pessoal e indispensável na espécie.

Com efeito, a Lei Estadual nº 14.694/03, com a redação dada pela Lei Estadual nº 15.275/04, prevê a avaliação de desempenho no seu artigo 26, III, e estabelece que os seus resultados *“poderão ser considerados para efeito de progressão e promoção funcional dos servidores, bem como para concessão de prêmios de produtividade e adicionais de desempenho”* (§ 2º do artigo 26 da Lei nº 14.694/03). Nos termos do artigo 33 do citado diploma, tem-se clara a exigência de que o órgão ou entidade administrativa possua instrumento de avaliação de desempenho individual permanente dos seus servidores. O Decreto nº 43.674/03, com alterações posteriores, expressamente prevê que o prêmio de produtividade é pago proporcionalmente aos dias efetivamente trabalhados pelo servidor:

“Art. 8º (...)

§ 5º - O valor do prêmio por produtividade a ser pago a cada servidor será proporcional aos dias de efetivo exercício das atribuições do cargo ou função.

§ 6º - Para fins do disposto no § 5º não são considerados como efetivo exercício os afastamentos, as licenças, as férias ou qualquer interrupção o exercício das atribuições do cargo ou função.”

O prêmio é pago proporcionalmente ao esforço do servidor aferido em avaliação de desempenho, segundo o período de efetivo trabalho, tomando-se por base o cargo em que o mesmo é provido, o montante a ser distribuído conforme a parcela de economia e/ou ampliação. Destarte, tem-se manifesta sua natureza variável, de modo que dificilmente um servidor receberá montante idêntico relativo ao prêmio em suas parcelas periódicas (trimestrais, p. ex.).

A própria natureza do prêmio caracteriza uma compensação pelo esforço despendido pela unidade administrativa a que pertence o servidor no cumprimento das metas institucionais que lhe foram fixadas previamente. Assim, somente os servidores que efetivamente trabalharam, unindo seus esforços no objetivo comum da realização das metas pactuadas, fazem jus ao acréscimo. Por conseqüência, é mister sejam excluídos do cálculo do montante do prêmio períodos de exercício fictício como férias prêmio ou regulamentares, bem como inadmitido o seu pagamento àqueles que já se afastaram das atividades públicas, porquanto aposentados.

Observe-se que o § 2º do artigo 33 da Lei Estadual nº 14.694/03 determina:

“§ 2º. O prêmio de produtividade só poderá ser percebido por servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e por detentor de função, pública, mesmo quando no exercício de cargo de provimento em comissão ou função gratificada, que obtiver o nível mínimo de desempenho previsto em regulamento, bem como por servidor ocupante, exclusivamente de cargo de provimento em comissão.”

O nível mínimo de desempenho exigido do servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e o detentor de função pública será igual ou maior a setenta por cento da pontuação máxima da avaliação de desempenho individual ou da avaliação especial de desempenho, conforme regra expressa do artigo 8º, § 3º do Decreto nº 43.674/03. Reitere-se que o valor do prêmio a ser recebido variará conforme o resultado obtido nas avaliações.

Da estrutura consagrada nas normas constitucionais, legais, regulamentares e normativas infere-se ser insuficiente, em determinadas hipóteses, que um órgão de uma entidade administrativa, com o esforço de todos os seus servidores, tenha êxito em cumprir a meta para ele estipulada no acordo de resultados, se a entidade, como um todo, não atingir a meta global como, p.ex., a superação da arrecadação. Nesse caso, nenhum servidor da entidade administrativa fará jus ao prêmio. Outrossim, se o órgão da entidade não atingir a sua meta, mesmo se cumprida a meta global da entidade, o órgão sofrerá um decréscimo relativamente ao valor do prêmio a ser pago. Esclareça-se que o servidor em efetivo exercício apenas receberá a vantagem se obtiver, no mínimo, setenta por cento dos pontos apurados em avaliação de desempenho individual ou avaliação especial de desempenho.

O valor do prêmio por produtividade a ser pago a cada servidor será proporcional aos dias de efetivo exercício das atribuições do cargo ou função, conforme definido na legislação específica. Ademais, o prêmio será proporcional à remuneração do cargo ou função exercida pelo servidor, devendo-se excluir adicionais por tempo de serviço, parcelas decorrentes de decisões judiciais e vantagens pessoais de qualquer natureza.

Decorre do artigo 5º e do Anexo da Resolução Conjunta nº 5.644, de 13.08.04, que no cálculo do prêmio de produtividade (PP) repercute o montante de recursos disponíveis para pagamento do prêmio por produtividade decorrente da ampliação real da arrecadação de receitas (MDRA). Também integra o prêmio a denominada parcela proporcional individual (PPI) que é calculada com base no valor da remuneração do cargo ou função exercida pelo servidor (RP), na pontuação obtida na avaliação de desempenho individual ou na avaliação especial de desempenho (ADI), no número de dias efetivamente trabalhados (n) dividido pelo número total de dias do período de apuração do montante da ampliação real da arrecadação de receitas (NT). O somatório do valor do PPI de cada servidor perfaz o E PPI, relativo ao órgão ou entidade. A fórmula ficou assim estabelecida:

$$PP = MDRA \times \frac{PPI}{E PPI}$$

PP: prêmio de produtividade

MDRA: montante de recursos disponíveis para pagamento do prêmio por produtividade.

PPI: parcela individual calculada nos seguintes termos:

$$PPI = RP \times D \times ADI \times \frac{n}{NT}$$

RP: valor da remuneração do cargo ou função exercida pelo servidor

ADI: pontuação obtida na avaliação de desempenho individual ou na avaliação especial de desempenho

n: número de dias efetivamente trabalhados

NT: número total de dias do período de apuração do montante da ampliação real da arrecadação de receitas.

E PPI: somatório do valor do PPI de cada servidor. (doc. anexo)

Nenhuma dúvida pode remanescer quanto ao fato de os pressupostos cujo cumprimento se exige repercutirem também no momento em que se calcula o valor devido. É o caso do montante disponível para o seu pagamento (decorrente da economia de despesas ou ampliação de receitas), da pontuação na avaliação de desempenho do servidor e dos dias efetivamente trabalhados.

Especificamente sobre os recursos necessários ao pagamento do prêmio, reza a Lei nº 14.694/03:

“Art. 29. Os recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia ou fundação da Administração Pública estadual poderão ser aplicados na forma prevista nesta Lei, no pagamento de prêmio de produtividade e no desenvolvimento institucional, que compreende programas de:

I – qualidade e produtividade;

II – treinamento e desenvolvimento de pessoal;

III – modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público.

(...)

Art. 30. Os recursos economizados serão apurados a cada exercício, com base na diferença contabilizada em valores reais, entre o disponível para empenho e o orçamento efetivamente executado pelo órgão ou entidade, conforme disposto no Acordo de Resultados.

§ 1º Adicionalmente ao disposto no caput deste artigo, o desempenho do órgão, entidade ou unidade administrativa será aferido em função das metas, da cobertura e da qualidade dos serviços prestados e das atividades realizadas no exercício, com a utilização dos indicadores definidos no Acordo de Resultados.

(...)

Art. 32. Durante a vigência do Acordo de Resultados, os recursos de que trata o art. 29 desta Lei poderão ser destinados ao pagamento de prêmio por produtividade aos servidores em exercício no órgão, entidade ou unidade administrativa com Acordo de Resultados em vigor, até o limite equivalente a um terço do montante apurado. (...)

Art. 32-A. Os recursos orçamentários provenientes da ampliação real da arrecadação de receitas da administração Pública estadual poderão ser aplicados no pagamento de prêmio por produtividade.”

Insta frisar que a vedação de incorporação do prêmio nos proventos ou pensão (artigo 31, § 1º da CEMG) foi reiterada, de modo expresso, no art. 32, § 3º da Lei 14.694/03. O artigo 33, § 3º prescreve, de modo expresso que “o montante disponível para o pagamento de prêmio por produtividade corresponde à soma dos recursos provenientes das economias com despesas correntes e da ampliação da arrecadação de receitas, observado o disposto na Lei”.

Resulta do mencionado contexto normativo que o prêmio por produtividade constitui um bônus a ser pago em função do desempenho institucional e do desempenho individual do servidor. O propósito da sua criação não foi o de compensar o servidor pelas atividades desenvolvidas, mas principalmente o de estabelecer um instrumento gerencial que, sob controle de administradores comprometidos com a qualidade da atividade pública, seja capaz de produzir benefícios no órgão ou na entidade administrativa que o utilizar.

Nesse sentido, o prêmio consiste no mecanismo que podem assumir os programas de qualidade, produtividade, treinamento, desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público. Trata-se de instrumento de racionalização e aperfeiçoamento estatal, contexto em que se afigura absurdo reduzi-lo a uma mera fonte ou rubrica de pagamento de servidores. O seu esteio finalístico é a otimização da estrutura gerencial do serviço público, sendo o eventual benefício dos agentes que a integram aspecto indireto e secundário das medidas em questão.

Os recursos para o pagamento da vantagem advêm de duas fontes fixadas nos artigos 29 e 32 da Lei nº 14.694/03, quais sejam, a economia com despesas correntes e a ampliação real da arrecadação de receitas. Nesse contexto, denota-se que o prêmio de produtividade apresenta como característica o fato de ser auto-sustentável, pois somente após apurado o cumprimento das metas, é que se mostra lícito,

com base na economia de despesas correntes e/ou aumento de arrecadação, apurar o montante a ser distribuído entre os servidores que realmente contribuíram para o atendimento de tais metas, na proporção do seu desempenho e dos dias efetivamente trabalhados.

A parcela do prêmio cujos recursos sejam provenientes da economia com despesas correntes denomina-se parcela por economia – PE (artigo 7º do Decreto Estadual nº 43.674/2003 com a redação dada pelo art. 1º do Decreto Estadual nº 43.851, de 10.08.2004), enquanto a parcela cujos recursos sejam provenientes da ampliação real da arrecadação de receitas denomina-se parcela por ampliação – PA (artigo 7º-A do Decreto Estadual nº 43.674/2003 acrescentado pelo art. 2º do Decreto Estadual nº 43.851, de 10.08.2004). De acordo com as características do órgão ou da entidade signatária do acordo de resultados, bem como dos parâmetros adotados em cada caso, o prêmio poderá ser composto por apenas uma das parcelas descritas ou ser resultado da soma de ambas parcelas.

Observe-se que o fracionamento do prêmio de produtividade entre as parcelas que o integram – parcela por ampliação (PA) e parcela por economia (PE) – viabilizou sua adequada operacionalização. A apuração da economia com despesas correntes será realizada ao final de cada exercício e o pagamento da parcela do prêmio dela originada far-se-á em até duas vezes. Quanto à ampliação real da arrecadação de receitas, sua apuração poderá ser trimestral, quadrimestral, semestral ou anual, na forma de resolução conjunta, e a parcela por ampliação será paga após cada intervalo apuratório.

A sua distribuição, nos termos do artigo 7º-B do Decreto nº 43.674/2003, acrescentado pelo Decreto nº 43.851, de 10.08.2004, dar-se-á “*na forma definida em resolução conjunta entre o dirigente do órgão ou entidade e o Secretário de Estado de Planejamento e Gestão*”. Para a hipótese de ampliação de receitas, o artigo 32-A, § 6º, acrescentado à Lei nº 14.694/03 pela Lei Estadual nº 15.275/04, determina que os recursos “*serão distribuídos entre os servidores, na forma do regulamento*”, respeitado o pressuposto de distribuição entre órgãos ou entidades administrativas que tenham contribuído em conjunto para a ampliação da arrecadação de receitas. Em se tratando de recursos economizados, artigo 32, § 1º fixa alguns critérios preliminares na própria Lei Estadual nº 14.694/03:

“§ 1º Os recursos destinados pelo órgão ou entidade ao pagamento de prêmio de produtividade a que se refere este artigo, a ser pago em duas parcelas ou em parcela única, serão distribuídos entre os servidores da seguinte forma:

I – 50% (cinquenta por cento), proporcionalmente ao valor do vencimento de cada servidor, com base na pontuação obtida em avaliação individual de desempenho;

II – 50% (cinquenta por cento), no mesmo valor para todos os servidores no âmbito de cada órgão ou entidade.”

A Lei nº 14.694/03 prevê tratamento diferenciado para as economias decorrentes de ações de órgãos centrais de planejamento, gestão e finanças ou de auditoria e correição. Nos termos do artigo 3º do Decreto nº 43.674/03, tais economias poderão ser aplicadas no pagamento de prêmio por produtividade e desenvolvimento institucional até o limite de quatro por cento, na forma estabelecida em resolução conjunta com a SEPLAG ou nos respectivos acordos de resultados.

Conclui-se, de todo o exposto, que o prêmio de produtividade somente poderá ser pago em órgão ou entidade administrativa em que haja instrumento de avaliação de desempenho individual permanente dos seus servidores e acordo de resultados em vigor, no qual tenha se dado a economia com despesas correntes ou ampliação real da arrecadação das receitas. Não se olvide da necessidade do

resultado satisfatório na avaliação institucional do desempenho da unidade administrativa, conforme disciplina da Lei nº 14.694/03 e do respectivo acordo de resultados, bem como da avaliação de desempenho do servidor superior a setenta por cento da pontuação máxima.

3. DA NATUREZA “PROPTER LABOREM” DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que se a vantagem tem natureza “propter laborem”, somente pode ser devida no caso de efetivo exercício, situação da qual se excluem os servidores aposentados, no gozo de férias prêmio ou de férias regulamentares, bem como usufruindo de outros afastamentos legais. A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

“Administrativo. Servidor Público. Gratificação por serviços extraordinários. Natureza pro labore faciendo e propter laborem. Pagamento durante licença-prêmio. Inexigibilidade. Recurso não provido.

1. As gratificações de natureza pro labore faciendo e propter laborem são atreladas à consecução de atividades específicas, como as de periculosidade, de insalubridade, de participação nos resultados e por horas-extras; estas gratificações por sua natureza, somente são pagas pela Administração àqueles servidores que efetivamente trabalharem sob as condições especiais que ensejaram a sua criação.” (RMS 14.210-PB, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma do STJ, DJU de 09.05.2005, p. 475)

“A gratificação de estímulo à produção individual – GEPI – possui caráter propter laborem, ou seja, somente é percebida pelo servidor quando em exercício das atribuições pertinentes ao cargo ou em hipótese elencada pela lei”. (ROMS nº 11.462-MG, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma do STJ, JSTJ, v. 18, p. 366).

Referido entendimento aplica-se à hipótese em comento, uma vez que, para fazer jus ao prêmio de produtividade, o servidor provido em cargo público ou no exercício de função pública deve evidenciar que em suas atividades corroborou para o atingimento dos objetivos institucionais e logrou alcançar as metas individuais incidentes na espécie, em razão do acordo de resultados e das determinações hierárquicas administrativas.

Vantagem como o prêmio regulado pela Lei nº 14.694/03 é considerada pela doutrina como retribuição pecuniária “propter laborem” que, segundo lição de Hely Lopes Meirelles, “só deve ser percebida enquanto o servidor está prestando o serviço que a enseja”, notadamente o exercício do magistério. “Cessado o trabalho que lhe dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que a justificam, extingue-se a razão de seu pagamento” (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, Malheiros, 1993, p. 411).

Sua natureza jurídica é típica das vantagens transitórias ou precárias, cujo pagamento depende do contínuo atendimento, ausente previsão legal específica de incorporação. A propósito, Hely Lopes ensina:

“As gratificações - de serviço ou pessoais - não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por recíproco interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida

‘são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas’. (...)

Em última análise, a gratificação não é vantagem inerente ao cargo ou à função, sendo concedida em face das condições excepcionais do serviço ou do servidor” (“Direito Administrativo Brasileiro”, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 410).

O prêmio de produtividade é concedido em razão de cumulativas condições singulares, a saber, a celebração do acordo de resultados; o atingimento, pela unidade administrativa, das metas fixadas no acordo; a ampliação de receitas ou economia de despesas de que se extraem os recursos necessários ao pagamento da vantagem; o efetivo desempenho das atribuições inerentes ao cargo efetivo ou função pública; a avaliação funcional de desempenho do servidor em cujo cálculo repercutem todos os aspectos mencionados “in retro”.

Encontra-se, portanto, entre as gratificações denominadas transitórias, isto é, aquelas que são devidas enquanto o servidor estiver no exercício de determinada atividade considerada pela legislação aplicável à espécie, satisfeitos os demais pressupostos. É uma das hipóteses das vantagens denominadas modais ou condicionais. Essas vantagens, mesmo que auferidas por longo tempo, não se incorporam à remuneração.

Nessa mesma linha de raciocínio, Walter Brasil Mujalli, após definir as gratificações como vantagens pecuniárias atribuídas aos servidores precariamente, afirma que as mesmas são “*sempre transitórias e não se incorporam ao vencimento e nem geram direito a continuidade de sua percepção*” (“Administração Pública: Servidor Público, Serviço Público”, Campinas, Bookseller, 1997, p. 135).

O benefício “sub examine” foi criado como instrumento de corroborar um novo modelo de gestão administrativa, sendo manifesto o caráter de incentivo ao atingimento de metas fixadas para órgãos e entidades administrativas. Destarte, não se justifica o pagamento da vantagem se o servidor não está abrangido pela legislação pertinente ou na hipótese de se afastar da situação que motivou a instituição da vantagem.

Insta observar que gratificações dessa natureza somente podem ser criadas e regulamentadas por leis específicas, cabendo ao Executivo especificar e pormenorizar, por decreto, as condições do seu pagamento, ao exercer o poder regulamentar privativo da Administração Pública. Não cabe ao servidor, nem mesmo ao Judiciário, estender as hipóteses em que será devido o pagamento da vantagem especial, mesmo porque o incentivo pecuniário por produtividade não consubstancia conceito técnico nem jurídico, mas integra o mérito administrativo, ou seja, insere-se na avaliação de oportunidade e conveniência administrativas a ser realizada unicamente pelo Poder Público.

Nesse mesmo diapasão, Hely Lopes Meirelles esclarece que não se permite ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência e oportunidade da ação administrativa, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição.

Leciona o saudoso professor que “*o mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja função é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito*” (“Direito Administrativo Brasileiro”. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., p. 607-608).

O Superior Tribunal de Justiça, nessa mesma trilha, determinou que “*o mérito do ato*

administrativo, entendido como Juízo de oportunidade e conveniência, é próprio do administrador, vedado ao Judiciário substituí-lo” (ROMS nº 129-PR, 2ª T. do STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 02.04.90, p. 2.453).

Com fulcro em tais ensinamentos, conclui-se que não é lícito ao magistrado adentrar na análise do valor intrínseco do julgamento administrativo, alterando a apreciação dos critérios que, diante de comprovada situação fática, levou a uma irrepreensível opção administrativa devidamente positivada.

A competência do Estado para organizar seu funcionalismo e criar vantagens em face de situações concretas peculiares é consectário da autonomia administrativa de que dispõe, consoante já se ressaltou “in retro”. Assim, a extensão do direito à percepção do prêmio de produtividade previsto na Lei Estadual nº 14.694/03 a situações não previstas no referido diploma não pode ser levada a efeito pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da independência e harmonia dos poderes previsto no art. 2º da Constituição da República.

O já citado Hely Lopes Meirelles assevera:

“Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter labore. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador” (op. cit., p. 411).

Em se considerando a estrita vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, o que lhe impede de agir na falta de expressa e específica autorização legal, conclui-se que ao Estado foi vedado o pagamento do prêmio de produtividade se não atendido qualquer dos requisitos previstos no ordenamento de regência.

4. DA CONSTITUCIONALIDADE DA DESTINAÇÃO DOS RECURSOS PARA PAGAMENTO DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE E DA INADMISSIBILIDADE DE ESTENDÊ-LOS AOS INATIVOS

Segundo a clássica teoria do Direito Tributário, os impostos teriam, em princípio, a característica da não-vinculação, tratando-se de prestações pecuniárias independentes de qualquer relação de troca ou utilidade, porquanto não vinculados a uma atuação estatal². Ademais, prescreve-se, ainda, a regra segundo a qual é proibida a vinculação da receita ou da majoração dos impostos à determinada finalidade específica³.

No entanto, além da possibilidade de afetação de taxas e contribuições de melhoria, em razão da natureza das mesmas, são previstas exceções no próprio texto constitucional relativamente aos impostos, consoante resulta claro do artigo 167, IV da CR, com a redação lhe atribuída pela Emenda Constitucional nº 42/2003:

² CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19ª ed. SP: Malheiros, 2003, p. 463.

³ PAUSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 415.

“Art. 167. São vedados:

(...)

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação 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”.

Destarte, a própria Constituição da República admite a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa para realização de atividades da administração tributária. Tem-se aqui hipótese excepcional que faculta aos entes políticos vincularem parcela de sua receita orçamentária na hipótese de incremento da arrecadação tributária. Lícito destinar-se o acréscimo especificamente àqueles que corroboraram para a majoração, assim como manifestamente admissível idêntica destinação vinculada no caso de economia de despesas. A circunstância de se tratar de benefícios financeiros decorrentes de atividades desenvolvidas por servidores no exercício dos seus cargos e funções impede que se pretenda estender a vinculação aos inativos, consoante entendimento doutrinário uníssono.

O ilustre Procurador Geral da República Claudio Fonteles ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 3.516 em que arguiu a inconstitucionalidade da lei do estado do Ceará que, ao instituir o prêmio por desempenho aos servidores do Grupo Ocupacional Tributação e Arrecadação e Fiscalização, estendeu o prêmio aos aposentados e pensionistas, conforme regra do artigo 1º parágrafo 1º da Lei Cearense nº 13.439/04.

Segundo o Ministério Público da União, se a lei estadual que institui prêmio aos servidores vincula parcela relativa ao incremento da receita tributária ao seu pagamento, inadmissível a extensão aos inativos, em razão da regra do artigo 167, IV da Constituição da República:

“Ocorre que a lei em questão vinculou parcela do incremento da receita tributária estadual (leia-se, neste caso, como receita tributária aquela proveniente de impostos) ao pagamento do PDF.

A Constituição da República, no seu art. 167, inciso IV, dentre as ressalvas que admitem a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, contempla a hipótese de vinculação para realização de atividades da administração tributária.

(...) Devem ser entendidas como atividades da administração tributária, sob o aspecto dos servidores, as realizadas exclusivamente por aqueles que estejam na ativa, não se podendo incluir no permissivo constitucional a vinculação da receita de impostos destinada ao pagamento do PDF aos aposentados e os pensionistas, visto que esses não exercem quaisquer das aludidas atividades. Daí a inconstitucionalidade. Aliás, no que atina aos aposentados, a própria noção de servidores inativos está a confrontar-se com o termo ‘atividades’ previsto na Lei Maior.

A vinculação se dá por determinação do art. 2º e sobretudo do art. 3º da lei cearense, os quais dispõem sobre o cálculo do valor do PDF com base em percentual do incremento da receita tributária estadual. Tais dispositivos repercutem no art. 1º, caput e § 1º, cuja declaração de inconstitucionalidade ora se postula.

Além desse vício, capaz de extirpar os textos verberados da ordem jurídica, constata-se, também, a seguinte incongruência na lei cearense: a parte final do seu art. 1º estabelece que o escopo da concessão do Prêmio por Desempenho Fiscal é o de estimular os aumentos de produtividade da Secretaria da Fazenda que impliquem no incremento da arrecadação tributária anual e de outros indicadores de desempenho. Os aposentados e os pensionistas, dada a condição de não servidores, certamente não podem efetivar o referido desiderato legal. (doc. anexo)”

Com efeito, se o objetivo perseguido quando da instituição de um prêmio de produtividade é incentivar o aperfeiçoamento da administração, inclusive no tocante ao aumento das receitas tributárias e redução dos gastos orçamentários, é inadmissível estender o pagamento da vantagem aos aposentados que, por se encontrarem na inatividade, estão naturalmente impedidos de corroborarem no atingimento das metas fixadas. A eventual afetação do incremento de receitas ou redução de despesas ao pagamento do prêmio aos inativos importaria em inconstitucionalidade capaz de comprometer a legitimidade do instituto, vício em que não incorreu a Lei Mineira nº 14.694/03.

5. DA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Resulta do artigo 37, X da CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que a fixação e alteração das parcelas integrantes da remuneração devem ser feitas por lei específica, observando-se a iniciativa das leis entre o Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, a da CF), Tribunais (art. 96, II, b da CF), Ministério Público (art. 127, § 2º da CF) e Tribunal de Contas (art. 73 c/c art. 96 da CF).

A Lei Estadual nº 14.694/03, que instituiu especificamente o prêmio de produtividade, observou a iniciativa privativa do Governador do Estado decorrente do art. 61, § 1º, II, a da Constituição da República. Não criou uma vantagem remuneratória fixa, uma vez que o prêmio de produtividade tem como característica o fato de ser:

- a) eventual, uma vez que não compõe a remuneração mensal do servidor, podendo ou não ser pago caso sejam atendidos, ou não, os requisitos para seu recebimento;
- b) condicionado, pois depende de serem satisfeitas as condições estipuladas para que assim ocorra seu pagamento;
- c) precário, dado que não restam garantias de que perdure e se perpetue no tempo;
- d) compensatório e premial, posto que consiste um *plus* pago em razão do esforço despendido pelo servidor;
- e) isolado, visto que não se incorpora aos vencimentos, subsídios ou proventos para qualquer fim.

Em razão da natureza explicitada “in retro” e que nenhuma inconstitucionalidade apresenta diante das regras do art. 39, § 7º da CF e dos artigos 30, § 4º e 31 da CEMG, cabia ao diploma mineiro estabelecer os pressupostos que, atendidos, autorizariam o pagamento do prêmio em comento. Desse mister desincumbiu-se a Lei nº 14.694/03 ao fixar, no artigo 32 (redação dada pela Lei nº 15.275/04), a possibilidade de o Estado, durante a vigência do acordo de resultados, destinar ao pagamento do prêmio ao servidor em exercício até o limite equivalente a um terço do montante apurado, ao que se acrescem as exigências do artigo 33 da Lei nº 14.694/03.

O diploma legal determinou, de modo claro e expresso, os requisitos mínimos necessários para o pagamento do prêmio, encontrando-se nas normas administrativas subseqüentes – Decreto nº 43.674/03, Resolução Conjunta nº 5644, de 13.08.04, Resolução Conjunta nº 5.673, de 29.10.04 e Acordos de Resultados – meras prescrições materiais complementares da lei, aptas a, do ponto de vista técnico e político, explicitarem os requisitos legais, observados estritamente os limites da discricionariedade remanescente da legislação antecedente.

Nenhuma inconstitucionalidade se vislumbra se, diante da previsão legal do prêmio, as autoridades administrativas competentes exerceram o poder normativo que lhes cabia: o Governador do Estado o poder regulamentar no Decreto nº 43.674/03; os Secretários da Fazenda e de Planejamento e Gestão o poder regulatório nas Resoluções nºs 5644/04 e 5.673/04; os demais agentes públicos o poder regulatório nos respectivos Acordos de Resultados.

Mister distinguir, para adequada compreensão da matéria, o poder regulamentar do poder regulatório, ambos espécie do gênero poder normativo da Administração Pública. Com efeito, a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para completar as leis e permitir sua efetiva aplicação denomina-se poder normativo. Neste, destaca-se o poder regulamentar como a atribuição privativa do Chefe do Executivo para expedir regulamentos, os quais, em regra, devem ser compatíveis com a lei e visar somente desenvolvê-la. Considerando, no entanto, que o poder regulamentar não esgota a competência normativa da Administração, além do decreto regulamentar, de competência privativa do Chefe do Executivo, tem-se o exercício do poder normativo por outras autoridades administrativas que o expressarão por meio de resoluções, portarias, deliberações, instruções, dentre outros.

O poder regulamentar do Chefe do Executivo é adequado quando se mostra cabível o exercício da discricionariedade política, fato que, no caso em comento, impôs a edição do Decreto nº 43.674/03, o qual foi objeto de alterações posteriores. Referidos diplomas, nos limites da liberdade remanescente da Lei nº 14.694/03, assentaram, no exercício da competência política imposta ao Governador, aspectos a serem observados na materialização do projeto de reforma do Estado. Estabeleceram critérios a serem observados quando da operacionalização do cálculo do prêmio, aspectos relevantes para o governo, consoante se denota do documento anexo.

Sempre que na lei não estiverem predeterminados, de modo exaustivo, todos os pressupostos de um único comportamento admitido para a Administração, é cabível o exercício do poder normativo, mormente se se considerar sua potencial função interpretativa.

No tocante especificamente ao poder regulamentar, antes da Emenda Constitucional nº 32 predominava o entendimento de que deveria ser subjacente à lei, não podendo alterar suas prescrições, criar ou extinguir direitos que dela decorressem, nem mesmo majorar ou suprimir sanções nela previstas. Contudo, a EC 32/01 deu nova redação ao artigo 84 da CR/88, determinando ser competência do Chefe do Executivo Federal: “VI – *dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da*

administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. A nova redação passou admitir, assim, os decretos autônomos no tocante à organização e funcionamento da Administração Pública federal, entendimento consagrado pelo Pleno do STF ao julgar a ADI nº 2.564-DF, relatada pela Ministra Ellen Gracie (DJU de 06.02.2004, p. 21).

Observando-se tal orientação e o princípio da simetria na federação brasileira, verifica-se que o Decreto nº 43.674/03 poderia até mesmo ter fixado regras inovadoras do ordenamento. Isso porque em nenhum momento o citado Decreto implicou aumento de despesa, mas, ao contrário, regulamentou projeto em que se estabelece sua redução como meta, organizando o funcionamento da administração pública estadual. Certo é, contudo, que tal faculdade não foi sequer exercida pelo Governador, porquanto o Decreto nº 43.674/03 restringiu-se a, nos limites da discricionariedade política que lhe é inerente, pormenorizar os ditames da Lei nº 14.694/03.

Em relação ao poder normativo das demais autoridades administrativas, denominado doutrinariamente poder regulatório, observa-se que idêntico respeito à inovação reservada à lei foi observado pelas Resoluções Conjuntas nº 5644, de 13.08.04 e nº 5.673, de 29.10.04, bem como pelos Acordos de Resultados posteriormente firmados.

Trata-se do fenômeno que a doutrina denominou “deslegalização”, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador. Sempre que a delegação não for integral, por reservar o legislador para si a competência relativa ao regramento básico, calcado nos critérios políticos e administrativos, nenhuma ilicitude se vislumbra na transferência somente da competência para a regulamentação técnica mediante parâmetros previamente enunciados na lei. É o que no Direito americano se denomina delegação com parâmetros.

Não se usurpa da lei a função de inovar no mundo jurídico, porquanto, salvo a hipótese do artigo 84, VI da CR/88, somente a lei pode instituir direitos e obrigações. Somente reconhece-se a impossibilidade de ignorar a generalidade que lhe é característica, sendo absurda a pretensão da exaustiva regulamentação legal diante de uma complexa realidade social. Com efeito, a celeridade das transformações sociais e da Administração Pública impede a sincronicidade com a produção, no Parlamento, das regras necessárias à regulação das mutáveis realidades. Nesse contexto, o poder normativo da Administração surge como uma via de legitimação da regulamentação capaz de atender à multiplicidade inerente à sociedade contemporânea.

Uma forma do operador do Direito Administrativo aproximá-lo dos inúmeros e novos contextos empíricos consiste exatamente em valer-se da discricionariedade política presente no poder regulamentar e da discricionariedade técnica inerente ao poder regulatório, cujas raízes como valores ético-políticos aproximam, em cada incidência, o seu conteúdo da sociedade e da estrutura estatal a que pertinem, bem como viabilizam a transformação necessária à concretização do Estado Democrático de Direito.

Não há como ignorar a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, quando se trata de explicitar materialmente a operacionalização dos critérios necessários ao pagamento do prêmio de produtividade. No caso em exame, a regulamentação política restou exercida no Decreto nº 43.674/03 e a regulamentação técnica na Resolução Conjunta nº 5644, de 13.08.04, Resolução Conjunta nº 5.673, de 29.10.04 e nos Acordos de Resultados firmados pelos órgãos e entidades administrativas estaduais.

Nenhum equívoco existe quando o legislador determina, de modo soberano, a competência do poder regulamentar ou regulatório, deixando certas matérias as quais implicam exercício de discricionariedade política e administrativa sob responsabilidade normativa dos agentes públicos. Isso não apenas em face da tremenda complexidade e da aceleração dinâmica dos fenômenos políticos, administrativos e sociais de nossos dias, mas tendo em vista o próprio entendimento relativo à densidade jurídica cabível em relação a cada uma das normas: regras legais, normas regulamentadoras, normas regulatórias.

O doutrinador Alexandre Santos de Aragão, ao tratar da regulação, invoca as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e de García de Enterría:

“A deslegalização consiste nas palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, na ‘retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-se ao domínio do regulamento (domaine de l’ordonnance)’.

O Mestre EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA conceitua a deslegalização ou delegificação como ‘a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. (...)

Por este entendimento, com o qual concordamos, não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?” (Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2.003, p. 419-420; 422-423).

Certo é que o Chefe do Executivo não incorreu no equívoco de confundir o exercício do poder regulamentar que lhe era obrigatório com usurpar a atividade legislativa privativa do Parlamento ao editar o Decreto nº 43.674/03, o mesmo ocorrendo em relação aos demais atos administrativos normativos. A Lei nº 14.694/03 enquadra-se na categoria das *lois-cadre* ou *standartizadas*, próprias das matérias de particular complexidade técnica e suscetíveis a constantes mudanças administrativas, econômicas e orçamentárias.⁴

Tal posição é referendada pelos Tribunais, lembrando Alexandre Santos Aragão que o STF “em diversas ocasiões já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo através de *standards* e finalidades genéricas estabelecidas em lei” (RE 77.899-PE e Ação Rescisória 1.204-DF), sendo que

“Em recente decisão liminar (ADI nº 1.668/DF, Relator MINISTRO MARCO AURÉLIO), o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT em favor da ANATEL, desde que esta subordine-se aos preceitos legais e regulamentares pertinentes”⁵.

⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2.003, p. 408

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos, op. cit., p. 416-417.

O citado autor invoca, ainda a decisão do STJ no MS 4.578-DF, relatado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros reconhecendo que “*controlar a execução de determinada norma é fazer com ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida*”⁶. Conclui, com base em tais prescrições, que a deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo (esteado em *standards* gerais) conferido pelas leis para exercício de competências administrativas regulatórias de determinado setor da economia, principalmente em seus aspectos técnicos, observada a política fixada pela Lei e pela Administração Central. Vale-se da posição do Ministro Ilmar Galvão do STF que, ao julgar o RE 140.669-PE, asseverou que os princípios da legalidade, do congelamento do grau hierárquico e da precedência da lei não impedem, salvo em matérias reservadas à lei (tributos e crimes), que se adote uma

*“maior flexibilidade através da deslegalização ou degradação do grau hierárquico. Neste caso, uma lei, sem entrar na regulamentação da matéria, rebaixa formalmente o seu grau normativo, permitindo que essa matéria possa vir a ser modificada por regulamentos”*⁷.

No caso em comento em nenhum momento o Chefe do Executivo Estadual ou qualquer autoridade hierarquicamente subordinada ao mesmo pretendeu inovar primariamente na ordem jurídica, mas simplesmente limitou-se a regulamentar matéria já prevista na lei instituidora do prêmio de produtividade. Com efeito, as regras da Lei nº 12.694/03 consubstanciaram *standards* cujos parâmetros foram estritamente observados nas normas administrativas subseqüentes. E a constitucionalidade da lei atributiva resulta do fato de o legislador haver estabelecido *standards* suficientes.

Referida estrutura justifica-se, em primeiro lugar, em razão da impossibilidade de enumerar em lei os objetivos circunstanciais e técnicos a serem perseguidos pelos órgãos e entidades administrativas estaduais. A lei não consiste no veículo próprio para estipular que, durante um dado exercício financeiro, p. ex., o Estado deverá adquirir 50 veículos, 1000 novos equipamentos de informática ou promover 1.000 horas de treinamento de servidores. Também não consubstanciam matéria a ser tratada em lei o peso atribuído à ampliação de arrecadação, os percentuais de cumprimento das metas fixadas e a forma de operacionalização do fechamento dos dados necessários ao cálculo do prêmio, por se tratar de questões estritamente técnicas, inseridas na discricionariedade reservada aos agentes públicos.

Nesse contexto, a gestão eficaz das metas a serem perseguidas por cada unidade administrativa, a operacionalização técnica dos elementos integrantes do prêmio de produtividade e os aspectos políticos de conveniência e oportunidade administrativas deveriam ser consagrados em normas administrativas regulamentadoras e regulatórias, exatamente como se denota dos Decreto nº 43.674/03, Resolução Conjunta nº 5644/04, Resolução Conjunta nº 5.673/04 e nos Acordos de Resultados ora em exame.

Reitere-se que o conteúdo mínimo da lei serviu de embasamento e limite para os atos normativos da Administração, não havendo substituição da atividade legislativa pela regulatória, em estrita observância do Estado Democrático de Direito. Não se identifica qualquer subjetividade no regramento do prêmio de produtividade, tendo sido a regulamentação levada a efeito de modo impessoal, genérico, objetivo e não discriminatório. É preciso atentar para o fato de que não se trata de vencimento ou de vantagem pecuniária decorrente do exercício do cargo ou função, mas de uma parcela eventual cuja regulação inseriu-se no contexto de economia pública, aperfeiçoamento estrutural e ampliação de receitas, ausente qualquer ofensa ao artigo 37, X da Constituição da República.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos, op. cit., p. 417.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos, op. cit., p. 425.

Nesse contexto, em observância à Súmula 339 do STF, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa ou normativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, afastando as normas de regência, o que implicaria invasão de competência e grave violação ao princípio constitucional da separação dos poderes consagrado no artigo 2º da Constituição da República.

6. DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E DA ISONOMIA

O princípio da impessoalidade impõe que a atuação do Estado ocorra a salvo de preferências espúrias, divorciadas dos objetivos públicos que devem inspirar a ação administrativa. Afinal, os poderes estatais são meros instrumentos das finalidades públicas, sendo vedada a influência de qualquer vontade particular que não se coadune com o interesse geral, porquanto inadmitida a personalização indevida do poder.

Sendo assim, o princípio da impessoalidade parte da idéia básica de objetividade capaz de excluir quaisquer favores ou perseguições desleais e de promover a independência da atuação pública em relação a todas as particularidades individuais irrelevantes para o exercício da competência administrativa. Ao se exigir um agir impessoal, afastam-se quaisquer discriminações ou privilégios indevidos, seja em favor do beneficiário da atuação administrativa, seja em favor do agente público integrante do quadro de pessoal do Estado.

No caso do prêmio de produtividade, certo é que os critérios enumerados para o seu pagamento afiguram-se objetivos, a saber, a celebração do acordo de resultados; o atingimento das metas pela instituição; a ampliação de receitas ou economia de despesas de que se extraem os recursos necessários ao pagamento da vantagem; o efetivo desempenho das atribuições inerentes ao cargo efetivo ou função pública; a avaliação funcional de desempenho do servidor. Tais critérios não apresentam qualquer subjetividade indevida ou personalismo antagônico capaz de comprometer o instituto. Verifica-se perfeita harmonia entre o interesse público primário – aperfeiçoamento estatal mediante incentivo aos servidores integrantes do esforço nesse sentido – e o objetivo da previsão administrativa – pagamento prêmio de produtividade se satisfeitos os respectivos pressupostos.

Em lugar de uma impessoalidade estética e formal, concretizou-se um princípio do qual decorre o dever do administrador público agir sem considerar aspectos pessoais irrelevantes para o cumprimento do ordenamento de regência. Os aspectos individuais considerados guardam estreita proporcionalidade com o interesse público que inspirou a formatação do instituto. Trata-se da moralização administrativa expressa em conduta positiva de tratamento impessoal, porquanto ausentes quaisquer preferências ofensivas ao Texto Magno.

Especificamente em relação à igualdade, note-se que o referido princípio não proíbe que as demais normas ou os comportamentos administrativos estabeleçam distinções, nem mesmo impõe um nivelamento mecânico de todos os atingidos pela norma. O que se veda são as diferenciações sem justificação fática e jurídica razoável, aquelas fundadas em aspectos pessoais que não atendem qualquer necessidade pública concreta, bem como as que são incompatíveis com o interesse coletivo e com o restante do ordenamento.

Como assevera Cláudio Petrini Belmonte:

“Mister salientar, outrossim, que a igualdade em questão será sempre relativa, nunca absoluta. Isso porque a igualdade pressupõe também necessariamente diferença de objetivos, igualdade é sempre a abstração de

uma desigualdade existente, sob um determinado ponto de vista.” (Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 144, p. 159)

A relatividade consiste em aspecto inerente à isonomia, motivo por que afirmam os doutrinadores que o princípio em comento autoriza determinadas desigualdades sociais e econômicas sempre que a ausência do tratamento diferenciado resultar em verdadeira iniquidade. Conforme afirmou Boaventura Souza Santos em Palestra proferida no VII Congresso Brasileiro de Sociologia, citado por Guilherme Wagner Ribeiro: *“temos o direito de ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza: temos o direito de ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza.”* (apud Revista de Informação Legislativa, a. 37, n. 148, p. 256)

É o professor Guilherme Wagner Ribeiro quem conclui:

“Essa tensão construtiva entre a igualdade e o direito à diferença – ao qual também se atribui uma dimensão principiológica – é uma marca do paradigma do Estado democrático de direito, que supera a perspectiva homogeneizadora do princípio da igualdade no Estado Social.

(...) o reconhecimento de que os esforços pela construção de uma sociedade igualitária deve pautar-se pelo respeito e valorização das diferenças individuais e culturais é marca indelével do Estado Democrático de Direito.” (Revista de Informação Legislativa, a. 37, n. 148, p. 256)

Verifica-se, destarte, que se encontra no próprio princípio da isonomia a possibilidade de tratamento diferenciado, desde que este não se mostre aleatório, arbitrário ou gratuito, mas, ao contrário, encontre-se fundado em justificativa racional e técnica.

Ao enumerar os critérios com base em que se identifica a distinção ofensiva à isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello afasta a possibilidade de o critério diferencial singularizar de modo absoluto um sujeito. Exige que o traço diferencial resida naquele que é discriminado e que haja correlação lógica abstrata entre o fator erigido como critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. Afirma, por fim, a necessidade de correlação com os valores absorvidos no sistema constitucional e juridicizados (*“Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”*. 3ª ed. 9ª tir. São Paulo: Malheiros, 2001).

Aplicando-se tais critérios às distinções fixadas a propósito do prêmio de produtividade, denota-se que as normas legais e administrativas não criaram uma situação única e inigualável. A diversidade de tratamento fundamentou-se em aspectos peculiares do órgão e da entidade administrativa, bem como no próprio trabalho desenvolvido pelo próprio servidor. Não há dúvida da justificativa administrativa racional para o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Afinal, não é gratuito ou aleatório o tratamento diverso das unidades administrativas que cumprirem as metas do acordo de resultados e dos servidores que colaboraram para tal atingimento em relação àqueles que não satisfizeram o esperado em matéria de efetividade administrativa. São de fato distintos aqueles comprometidos com o aperfeiçoamento do Estado daqueles que não se inserem no projeto de reforma da estrutura administrativa. Os interesses constitucionalmente protegidos – princípios da eficiência e da moralidade, a regra do artigo 39, § 7º da CF – embasam a desequiparação consagrada na legislação estadual que reserva o pagamento do prêmio de produtividade aos primeiros, consoante complexa aferição técnico-administrativa.

Sendo assim, tem-se adequada a lição de Álvaro Melo Filho:

“Defluiu-se desse labor exegético que o princípio da isonomia não proíbe que a lei estabeleça distinções, até porque a lei não existe para criar igualdade e sim para disciplinar desigualdades. O que se proíbe na lei é o arbítrio, ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, vale dizer, sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. E proíbe ainda a discriminação, ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas. Quer isso dizer que o princípio da isonomia permite ao legislador fazer discriminações que atendam situações desiguais (a ‘desisonomia seletiva’ a que alude Ives Gandra), desde que o critério discriminatório não seja arbitrário, mas esteja fundado em razões valiosas, de ordem econômica e/ou social.” (Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 31, n. 123, p. 122).

Como a Lei nº 14.694/03 e as normas subseqüentes desigualaram pessoas de fato diferentes, com base no interesse público consagrado no próprio texto constitucional, nenhuma ofensa à isonomia há em deferir o prêmio de produtividade apenas aos servidores que cumprirem os requisitos da lei, recusando o seu pagamento às situações que não se enquadram aos ditames jurídicos de regência.

7. O PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE INSERIDO NA REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A análise levada a efeito “supra” demonstra que o prêmio previsto na Lei nº 14.694/03 consiste em instrumento essencial à reforma do Estado comprometida com a busca da efetividade administrativa. Referida transformação exige melhoria na qualidade da atividade administrativa, perseguição da economicidade nas condutas públicas, modernização da estrutura estatal, objetivos estes concretizáveis apenas na hipótese de se lograr sucesso na motivação do quadro de pessoal competente para realizar as competências previstas no ordenamento. Não se ignora que toda reforma administrativa depende principalmente da valorização do servidor sobre o qual pesa, cotidianamente, o aperfeiçoamento do Estado. Esta a razão pela qual as inovações hodiernas na política de pessoal, que não encontram equivalentes na legislação estadual precedente, devem ser compreendidas pelo prisma da efetividade, da produtividade e da qualidade cuja realização ora se pretende, com amplo amparo constitucional.

Não se trata somente da eficácia - medida normativa do alcance de resultados, estando relacionada ao sucesso no alcance dos objetivos (pertinente aos aspectos externos da organização), nem somente da eficiência - medida da utilização dos recursos nesse processo (pertinente aos meios e métodos de trabalho empregados internamente pela instituição). Persegue-se a efetividade externa da ação, com o cumprimento dos objetivos estatais paralelo ao controle interno da ação pública. A doutrina administrativa alemã já proclamava que a efetividade deve estar necessariamente integrada na legalidade. O projeto ora execução prioriza a harmonização entre o cumprimento das metas, a observância do ordenamento e serviços de qualidade prestados ao cidadão.

Procura-se garantir uma maior transparência no processo decisório, uma maior proximidade entre as instâncias de planejamento e as realidades sobre as quais se planeja intervir, bem como atingir uma maior eficiência na alocação dos recursos e eficácia na prestação dos serviços. O acordo de resultados consiste no veículo por meio de que as diretrizes da política pública passam a vincular a estrutura administrativa existente. Os resultados financeiros positivos resultantes das medidas implantadas devem

ser reinvestidos e/ou distribuídos em parte para o quadro de pessoal encarregado de satisfazer os fins sociais a que se destina o Estado, potencializando a execução dos objetivos institucionais.

O acordo de resultados com o incentivo decorrente do prêmio de produtividade viabiliza a integração entre as políticas governamentais e uma articulação com a distribuição de competências, para suporte das entidades de governo. Referido contexto realiza-se sem fundar-se exclusivamente no clássico poder de império estatal, mas implanta uma rede de parcerias coesa na própria estrutura do Estado, voltada para o compromisso social da sua atuação. Logrou-se evitar que as atuações se fizessem de modo fragmentado, tendo sido desenvolvida uma coordenação política ampla, ao que se acresce a participação dos setores públicos integrados nas políticas a serem realizadas. O prêmio de produtividade inseriu-se em um sistema que busca transparência de resultados, um constante fluxo de informações, para que novas ações de planejamento, regulação e controle não se tornem inócuas.

A legitimidade do prêmio se constrói também pela composição entre as metas institucionais e individuais voltadas para o aperfeiçoamento do Estado. Nesse sentido, a legitimidade surge como um atributo que reside na confluência entre as características de sua formação, das funções assumidas e exercidas, bem como no controle realizado.

Frise-se a preocupação cumulativa com a necessidade de se profissionalizar servidores, instrumentalizada pelo investimento em cursos de atualização, o exercício do poder disciplinar nos estritos termos dos mecanismos previstos de modo amplo, há décadas, na legislação vigente, ao que se acresce o investimento na ampliação do próprio patrimônio público móvel e imóvel.

Repita-se: o prêmio de produtividade insere-se em um processo de reavaliação das políticas públicas, de aperfeiçoamento técnico e organizacional voltado para a melhoria da capacidade de resposta do Estado às necessidades da sociedade, sendo indispensável que a interpretação do arcabouço constitucional e legal vigente oriente-se para a assegurar a preservação das melhorias efetivas obtidas no atendimento das necessidades sociais primárias.

A própria Constituição, no artigo 37, § 8º, estabelece que:

“§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: a) o prazo de duração do contrato; b) os controles e critérios de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes; c) a remuneração do pessoal”.

A Lei nº 14.694/03 dispôs sobre o regime no âmbito do Estado de Minas Gerais, viabilizando celebração de acordo de resultados, os quais assumem a natureza jurídica de termos de compromissos assumidos por órgãos integrados na estrutura hierárquica pública. Os órgãos inferiores obtêm maior autonomia e se obrigam a cumprir metas, sendo o vínculo com o superior hierárquico embasado na consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas de comum acordo entre as partes.

Como bem observa Paulo Modesto (Revista de Interesse Público, nº 13, p. 127), não se trata de fonte imediata de direitos ou obrigações inovadoras, nem pode significar um mecanismo de alforria do regime da liberdade. Contudo, pode ensejar, por este mecanismo de deslocamento do campo de incidência

de normas, uma “*ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira*” de entidades e órgãos públicos. Dentre as virtudes do referido instrumento, enumera Marçal Justen Filho:

“Em primeiro lugar, o contrato de gestão amplia a transparência administrativa. Exterioriza-se, de modo formal, uma relação de compromissos do Estado. Indicam-se objetivos, metas e estratégias, o que permite conhecimento (e, portanto, controle) por parte da sociedade civil e de outros órgãos.

Depois, a definição formal de objetivos, metas e políticas produz a fixação de uma política setorial. Isso importa o dever de racionalização das atividades estatais. Portanto, surge uma espécie de instrumento norteador da atuação governamental estatal. Há o dever de congruência das decisões posteriores em face daquelas adotadas em período pretérito.

Além de tudo, o contrato de gestão produz uma pauta de controle da atuação concreta dos ocupantes de cargos públicos. Torna-se possível examinar se os objetivos foram atingidos, se os compromissos foram cumpridos, se o desempenho foi satisfatório.” (“Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 475).

Sendo assim, certo é que o acordo de resultados com base em que é pago o prêmio de produtividade apresenta-se como meio de ampliação de transparência administrativa, bem como de definição formal de objetivos e facilitação do controle da Administração, aspectos a serem resguardados na prestação da tutela jurisdicional no presente caso.

8. DA MANIFESTA JURIDICIDADE DO PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE.

Demonstrado à exaustão o equívoco em se afirmar que o prêmio de produtividade foi instituído para pagamento pelo simples exercício do cargo, em razão de o servidor integrar a carreira pública. Não há sequer a possibilidade do seu pagamento ocorrer em caráter permanente, não eventual e indiscriminado, ausente qualquer linearidade ou generalidade que pudesse justificar sua extensão aos inativos.

Trata-se de parcela eventual sem qualquer vinculação com vantagens anteriores como, v.g., a GEPI instituída pela Lei Estadual nº 6.565/75. Os pressupostos indispensáveis ao deferimento do prêmio de produtividade encontram-se de acordo com as normas constitucionais, não havendo supressão de quaisquer garantias asseguradas pela CR/88, porquanto nenhuma parcela foi extirpada da composição remuneratória do servidor, sendo absurdo falar-se em ofensa a direito adquirido na espécie.

Outrossim, inexistente qualquer subjetividade inconstitucional na apreciação dos fatores exigidos para seu pagamento, nem mesmo em qualquer vício na disciplina da matéria por normas administrativas regulamentares e regulatórias.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, entende-se pela improcedência dos argumentos invocados pelos servidores inativos, porquanto inadmissível lhes seja estendido o pagamento do prêmio de produtividade, vez que não atendidos os requisitos legais e normativos incidentes na espécie.

É como penso, sub censura.

Belo Horizonte, 27 de junho de 2005.

RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO
Procuradora do Estado

Aprovado. Em 04.07.2005.

MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE
Consultor-Jurídico Chefe

O Dr. Alberto Guimarães Andrade, Advogado-Geral do Estado, Substituto, proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 01.03.2005.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão – SEPLAG.
INTERESSADO: Superintendente Central de Administração e Pagamento de Pessoal/SEPLAG
NÚMERO: 14.470
DATA: 1º de março de 2005.
EMENTA:

SERVIDORES ESTADUAIS DESIGNADOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA E OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO - REGIME PREVIDENCIÁRIO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.20/98.

CONSULTA

Indaga o consulente acerca do regime jurídico previdenciário dos servidores estaduais designados para o exercício da função pública e dos servidores estaduais ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, antes da Emenda Constitucional nº 20/98.

Analisada a questão, passo a manifestar:

PARECER

Na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ambas as categorias são consideradas servidores públicos, porquanto:

“São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos Celso Antônio Bandeira de Mello denomina os servidores em questão de servidores estatais.”

Os primeiros - os designados - têm disciplina normativa disposta no art.37, IX, da CF/88 e no art. 10, da Lei Estadual nº 10.254/90, vazada nos seguintes termos:

Art. 10 - Para suprir a comprovada necessidade de pessoal, poderá haver designação para o exercício de função pública, nos casos de:

I - substituição, durante o impedimento do titular do cargo;

II - cargo vago, e exclusivamente até o seu definitivo provimento, desde que não haja candidato aprovado em concurso público para a classe correspondente.

§ 1º - A designação para o exercício da função pública de que trata este artigo somente se aplica nas hipóteses de cargos de:

a)- Professor, para regência de classe, Especialista em Educação e Serviço, para exercício exclusivo em unidade estadual de ensino;

b) - Serventuários e Auxiliares de Justiça, na forma do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.027, de 21 de novembro de 1985, e art. 7º, §1º, da Lei nº 9.726, de 5 de dezembro de 1988.

§ 2º - Na hipótese do inciso II, o prazo de exercício da função pública de Professor, Especialista em Educação e Serviço não poderá exceder ao ano letivo em que se der a designação.

§ 3º - A designação para o exercício de função pública far-se-á por ato próprio, publicado no órgão oficial, que determine o seu prazo e explicita o seu motivo, sob pena de nulidade e de responsabilidade do agente que lhe tenha dado causa.

§ 4º - Terá prioridade para designação de que trata o inciso I deste artigo o candidato aprovado em concurso público para o cargo, observada a ordem de classificação.

§ 5º - A dispensa do ocupante de função pública de que trata este artigo dar-se-á automaticamente quando expirar o prazo ou cessar o motivo da designação, estabelecido no ato correspondente, ou, a critério da autoridade competente, por ato motivado, antes da ocorrência desses pressupostos.

§ 6º - Poderá haver também designação para o exercício de função pública de candidato em processo seletivo sujeito a período experimental ou treinamento avaliados que constituam prova do correspondente concurso público, nos termos do respectivo edital, com prazo de designação não superior a 90 (noventa) dias.

A segunda categoria funcional - os servidores comissionados de recrutamento amplo - são regidos pelo disposto no art. 37, II, *in fine*, da CF/88.

Não há dúvida de que os servidores estaduais designados para o exercício da função pública e os servidores estaduais ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração são servidores públicos estaduais e, sendo assim, compete ao Estado de Minas Gerais, por força do princípio federativo (CF, art. 1º) e da autonomia (CF, art. 18) estabelecer a disciplina e o regime jurídico administrativo de tais servidores.

Quanto ao regime previdenciário, há que se considerar dois momentos distintos: um, antes da Emenda Constitucional nº 20/98 e outro, após referida emenda que foi promulgada em 16 de dezembro de 1998.

Com efeito, antes da EC nº 20/98, a disciplina previdenciária do servidor público era tratada na forma da redação original do art. 40, da CF/88 que dispunha:

Art. 40 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou

incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

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

III - voluntariamente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nota-se à evidência que a redação original não precisava a diferença entre categorias de servidores, mencionando apenas, no seu §2º, que a lei iria dispor sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

Deve ser notado ainda que o requisito básico para a aposentadoria era o tempo de serviço. Daí se infere o que Vinícius Carvalho Pinheiro pontificou ao analisar a relação entre o servidor público e a Administração:

A característica básica deste modelo, baseado na relação de trabalho '*pro labore facto*', é de que os servidores públicos têm direitos à aposentadoria devido ao fato de terem trabalhado para o Estado e não porque contribuíram para isso.

Somente em 1993, com o advento da Emenda Constitucional nº 3/93 foi que se previu a

possibilidade de cobrança de contribuição dos servidores públicos federais para custeio de sua aposentadoria, conforme se estabeleceu no §6º, já revogado:

“Art. 40.(...)

(...)

§ 6º - As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.”

Até então, a Constituição Federal nada mencionou sobre o custeio da aposentadoria dos servidores estaduais, distritais e municipais.

Somente em 1998, com a Emenda à Constituição nº 20/98, previu-se o caráter contributivo do regime de previdência dos servidores estaduais e exigiu-se como requisito básico para a concessão da aposentadoria, o tempo de contribuição.

Em conseqüência, não há que se falar em contribuição de servidores públicos estaduais, especialmente dos designados e dos comissionados de recrutamento amplo vinculados ao Estado de Minas Gerais, para custeio de aposentadoria antes de 1998 à míngua de norma a esse respeito. Data *maxima venia* as notificações fiscais de débito lançadas para cobrança de eventuais créditos previdenciários referentes a estes servidores e relativas ao período anterior à 1998 não têm suporte constitucional e nem legal.

Lado outro, antes da EC nº 20/98 não há, no Ordenamento Jurídico brasileiro, norma obrigando o Estado de Minas Gerais a vincular seus servidores públicos ao INSS.

O art. 12, da Lei nº 8.212/91 não relaciona os servidores em questão como segurados obrigatórios do INSS. O art. 13 do mesmo diploma legal, por sua vez, ressalva que se tais servidores estiverem incluídos em sistema próprio de previdência, estarão excluídos do RGPS, sendo o caso de Minas Gerais.

Deve ser ressaltado que, pelo princípio federativo (CF, art. 1º), o Estado de Minas Gerais, enquanto entidade da federação, goza de autonomia política (CF, art. 18), que pressupõe capacidade de autogoverno, auto-administração e auto-organização, por isso, pode (e deve) disciplinar a previdência de seus servidores sem a interferência de qualquer outra esfera estatal.

Esse entendimento está insculpido na repartição de competências prevista na Constituição Federal, que legitimou o Estado a legislar concorrentemente com a União sobre previdência social (CF, art. 24, XII), conferindo-lhe condições de arrecadar o tributo necessário para custeio de seu regime próprio (CF, art. 149, §1º e art. 195, §1º).

Com base nesse contexto constitucional, vigorava no Estado, neste período anterior à EC nº 20/98, a Constituição Estadual de 1989 (art. 36 e 287), a Lei 9.380/86 que dispunha sobre o Instituto de Previdência dos Servidores Cíveis do Estado de Minas Gerais - IPSEMG e a Lei nº 869/52, que compunham o regime próprio de previdência da época. Com isso, falece competência à Autarquia Previdenciária Federal questionar o regime próprio estadual, em face do princípio da paridade entre os entes federativos (CF, art. 19, II).

Corroborando esse entendimento, deve ser considerada a decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, segundo o qual:

“ÓRGÃO PÚBLICO. CARGOS EM COMISSÃO. Os servidores ocupantes de cargos em comissão sem vínculo efetivo com o Estado, mas incluídos no Regime Próprio de Previdência, até a promulgação da EC n.º 20/98 estão excluídos do Regime Geral de Previdência Social, de acordo com o disposto no Parecer CJ/MPAS n.º 1.703/99. Recurso conhecido e provido (Acórdão n.º 04186/1999, da 6ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, sessão de 18.10.99)

CONCLUSÃO

Portanto, considerando a ausência de exigência de contribuição dos servidores estaduais para custeio de aposentadoria e considerando a vinculação destes ao regime próprio estadual organizado segundo o disposto nos artigos 1º, 18, 19, III, 24, XII, 40, 149, §1º e 195, §1º, todos da CF/88, conclui-se que não compete ao INSS lançar débitos previdenciários referentes a servidores designados para o exercício da função pública e dos servidores estaduais ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, cuja vinculação, antes da EC n.º 20/98 deve se verificar junto ao Estado de Minas Gerais.

É o parecer que submeto à elevada apreciação superior.

Belo Horizonte, 1º de março de 2005.

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS

Procurador do Estado

Aprovado. Em 1º.03.2005.

MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE

Consultor-Jurídico Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 29.03.2005.”

PROCEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e
Desenvolvimento Sustentável
INTERESSADO: SISEMA – Sistema Estadual do Meio Ambiente
PARECER: 14.481
DATA: 31 de março de 2005.
EMENTA:

PODER DE POLÍCIA – MEIO AMBIENTE – SISEMA – ENTIDADES
INTEGRANTES – COMPETÊNCIA.

RELATÓRIO

O Senhor Secretário de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável solicita à Advocacia-Geral do Estado parecer sobre o exercício do poder de polícia administrativo atribuído ao COPAM, IEF, FEAM e IGAM, visto que a nova política de gestão ambiental adotada pelo Estado de Minas Gerais requer a uniformidade da fiscalização daquelas entidades em benefício do Sistema Estadual de Meio Ambiente, SISEMA.

PARECER

Segundo Hely Lopes Meirelles, “poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”

O poder de polícia pode ser manifestado por diversos modos de atuação da Administração Pública. Manifesta-se por normas limitadoras e sancionadoras, exprimindo a atividade fiscalizadora do Estado em prol do benefício social.

Exemplo do poder de polícia são as normas protetoras do meio ambiente, já que com o intuito de conservar e preservar o meio onde vivemos, a Administração Pública criou entidades para fiscalizar o cumprimento da legislação ambiental e coercitivamente aplicar as sanções às infrações cometidas.

No Estado de Minas Gerais respondem conjuntamente por estas prerrogativas o COPAM, FEAM, IGAM e IEF. Aquele conselho e entidades integram o SISEMA, Sistema Estadual de Meio Ambiente, todos incumbidos de proteger o meio ambiente, e zelar pelo bem-estar dos cidadãos.

O Decreto nº 43.278/03 no art. 4º estabelece entre as competências do COPAM:

(omissis)

“III - compatibilizar planos, programas e projetos potencialmente modificadores do meio ambiente com as normas e padrões estabelecidos pela legislação ambiental vigente, visando a garantia da qualidade de vida e dos direitos fundamentais da sociedade e do indivíduo;

IV - estabelecer diretrizes para a integração dos municípios, mediante convênio, na aplicação das normas de licenciamento e fiscalização ambiental;

V - determinar ações para o exercício do poder de polícia administrativa e para os casos de infração à legislação de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente e de gestão de recursos ambientais;

VI - aplicar penalidade, por intermédio do Plenário, dos Conselhos Regionais ou das Câmaras Especializadas e dos órgãos seccionais, no âmbito de sua competência, observada a legislação vigente;”

O Decreto nº 43.370/03, que aprova o Estatuto da FEAM, no art. 5º, IV, também investe a FEAM de competência para fiscalizar o cumprimento da legislação ambiental e aplicar penalidades, multas e sanções administrativas:

“Art. 5º - A FEAM tem por finalidade executar a política de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente no que concerne à prevenção, à correção da poluição ou da degradação ambiental provocada por atividade poluidora, bem como promover e realizar estudos e pesquisas sobre a poluição e qualidade do ar, da água e do solo, competindo-lhe:

(omissis)

V - fiscalizar o cumprimento da legislação de controle da poluição ou da degradação ambiental, podendo aplicar penalidades, multas e demais sanções administrativas, e promover a arrecadação, a cobrança e a execução de créditos não tributários e emolumentos decorrentes de suas atividades;”

Assim como compete ao IEF pelo Decreto nº 10.850/92, art. 5º:

(omissis)

“XVI - aplicar penalidades e sanções administrativas, nos termos da legislação vigente;

XVII - arrecadar, na forma da Lei, tributos decorrente das atividades florestais e faunísticas, bem como aplicar multas e propor a execução fiscal dos infratores;

XXI - prestar colaboração ao Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM - em matérias de sua competência.”

A Lei nº 12.584/97 estabelece no art. 5º, VII, a competência do IGAM para:

“exercer a fiscalização e o controle da utilização dos recursos hídricos no Estado;”

O COPAM e as entidades que integram o SISEMA possuem competência para fiscalizar o cumprimento da legislação ambiental, manifestando assim o poder de polícia administrativa, cada qual respeitando os limites de sua competência, e tendo em vista a finalidade para a qual foi instituído. O

IGAM atuando nas questões relativas a recursos hídricos, o IEF na área florestal, e o COPAM e a FEAM fiscalizando as normas gerais de proteção ao meio ambiente.

O IGAM e a FEAM embora na desempenhem com a mesma desenvoltura o IEF a fiscalização do cumprimento das normas protetoras do meio ambiente são competentes para tanto, sim, sendo a maior ou menos destreza uma variável de ordem meramente administrativa.

A Lei Estadual nº 7.772/80, que dispõe sobre a proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, estabelece:

“Art. 5º - À Comissão de Política Ambiental - COPAM, integrante do Sistema Operacional de Ciência e Tecnologia, cabe, observadas as diretrizes para o desenvolvimento econômico e social do Estado, atuar na proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, competindo-lhe:

...

II - compatibilizar os planos, programas, projetos e atividades de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente com as normas estabelecidas;”

omissis

“Art. 7º - A Comissão de Política Ambiental – COPAM, na execução do disposto nesta Lei, articular-se-á com os órgãos federais, estaduais e municipais que direta ou indiretamente, exerçam atribuições de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente, visando a uma atuação coordenada que resguarde as respectivas áreas de competência.”

A coordenação da atuação dos entes que compõem o SISEMA é dever do COPAM, já que lhe cabe agir visando atuação coordenada dos órgãos que exerçam atribuições de proteção, conservação e melhoria do meio ambiente. E para isso lhe compete a compatibilização de planos, programas e projetos de proteção ao meio ambiente com as normas ambientais.

O novo modelo de gestão ambiental, que necessita da integração das entidades estaduais encarregadas de zelar pelo cumprimento das normas protetoras do meio ambiente, e também a uniformidade e homogeneização dos procedimentos de controle e fiscalização poderão, se conveniente à Administração Pública, ser implementados pelo COPAM naquilo que lhe compete, desde que atue no sentido de compatibilizar a nova política de gestão ambiental com as normas investidoras de competência ao COPAM, FEAM, IGAM e IEF.

Também à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável compete atuar almejando a integração das entidades protetoras do meio ambiente, haja vista a Lei Delegada nº 49, que determina a finalidade daquela Secretaria:

“Art. 7º - Os órgãos referidos no artigo 5º desta Lei têm por finalidade:

...

XI – Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável: planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar as ações setoriais a cargo do Estado relativas à proteção e a defesa do meio ambiente, ao gerenciamento dos recursos hídricos e à articulação das

políticas de gestão dos recursos ambientais, visando ao desenvolvimento sustentável;”

No mesmo sentido o Decreto nº 43.278/03,

“Art. 3º - A Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável tem por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar as ações setoriais a cargo do Estado relativas à proteção e à defesa do meio ambiente, ao gerenciamento dos recursos hídricos e à articulação das políticas de gestão dos recursos ambientais, visando ao desenvolvimento sustentável, competindo-lhe:

I – formular e coordenar a política estadual de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e supervisionar sua execução nas instituições que compõem sua área de atuação;

II - formular planos e programas em sua área de competência, observadas as determinações governamentais, em articulação com a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão;

III – promover a aplicação da legislação e das normas específicas de meio ambiente e recursos naturais, bem como coordenar e supervisionar as ações voltadas para a proteção ambiental;

IV – zelar pela observância das normas de preservação, conservação, controle e desenvolvimento sustentável dos recursos ambientais, em articulação com órgãos federais, estaduais e municipais;

V – planejar, propor e coordenar a gestão ambiental integrada no Estado, com vistas à manutenção dos ecossistemas e do desenvolvimento sustentável;

VI – articular-se com os organismos que atuam na área do meio ambiente e especificamente na área de recursos hídricos, com a finalidade de garantir a execução da política ambiental e de gestão de recursos hídricos do Estado;

VII – estabelecer e consolidar, em conjunto com órgãos e entidades que atuam na área ambiental, as normas técnicas a serem por eles observadas, coordenando as ações pertinentes;”

(omissis)

CONCLUSÃO

Ao COPAM, FEAM, IGAM e IEF compete, mediante exercício do poder de polícia, fiscalizar a observância das normas protetoras do meio ambiente. Apesar de omissão na parte de alguns desses órgãos, as normas que os regem autorizam-lhes o procedimento.

A nova política de gestão ambiental, que impõe a integração operacional de todas entidades que compõem o SISEMA para ser implementada com sucesso, deve ser desenvolvida pelo COPAM, que é o órgão responsável pela compatibilização das normas com os projetos ambientais, e atuação coordenada

daquelas entidades. Assim como pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, que juntamente ao COPAM deve estabelecer as diretrizes para orientar a atividade coordenada das entidades que se articularão segundo o novo modelo de política ambiental.

Belo Horizonte, 16 de agosto de 2004.

ANTÔNIO OLÍMPIO NOGUEIRA
Procurador do Estado

MARIA TERESA LIMA LANA
Procuradora-Chefe da Procuradoria do
Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente

Aprovado. Em 14/02/2005.
MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE
Consultora-Jurídica Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.

Em 30.03.2005.”

PRODEDÊNCIA: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável
INTERESSADO: COPAM – Conselho Estadual de Política Ambiental e FEAM – Fundação Estadual do Meio Ambiente
PARECER: 14.482
DATA: 31 de Março de 2005.
EMENTA:

MEIO AMBIENTE – FISCALIZAÇÃO – PENALIDADES – MULTA – APLICAÇÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO – NORMA POSTERIOR – APLICABILIDADE – IRRETROATIVIDADE.

RELATÓRIO

A SEMAD retransmite consulta do COPAM, Conselho Estadual de Política Ambiental e da FEAM, Fundação Estadual do Meio Ambiente, em decorrência das dúvidas suscitadas pela Câmara de Atividades Minerárias do COPAM e pelos autuados sobre o julgamento dos processos administrativos de penalidade de multa por eles aplicados.

Primeiramente solicita esclarecimento acerca da situação dos processos administrativos referentes a autos de infração lavrados antes da vigência do Decreto estadual n.º 43.127/02, que alterou e extinguiu algumas infrações tipificadas do Decreto estadual n.º 39.424/98, e pendentes de julgamento.

A segunda consulta trata do critério de cálculo para aplicação das penalidades -multas- previstas na Deliberação Normativa do COPAM n.º 27/98, modificada pela Deliberação Normativa n.º 64/03. Alguns conselheiros da Câmara de Atividades Industriais calculam a multa observando os limites da Lei estadual n.º 7.772/80, quando a Deliberação Normativa do COPAM n.º 64/03 determina serem considerados os valores estabelecidos no Decreto estadual n.º 39.424/98, posteriormente alterado pelo Decreto estadual n.º 43.127/02.

Para orientação formula o seguinte questionamento:

“1) Qual a natureza jurídica do Auto de Infração? Pode ser considerado um ato jurídico perfeito?”

2) O processo administrativo de aplicação de penalidades que foi formalizado, antes da publicação do novo decreto, com o Auto de Infração tipificado como, exercer atividade licenciada em desacordo com as condições estabelecidas na Licença de Operação (art. 19, § 2º, item 2, da redação anterior do Decreto n.º 39.424/98), e aguarda julgamento, poderá ser aplicada multa, uma vez que o novo Decreto extinguiu a referida infração?”

3) *Qual o valor da multa a ser aplicada no processo de penalidade, em que o Auto de infração lavrado, antes da publicação do Decreto n° 43.127/02, considerava a infração como de natureza gravíssima e pela redação dada pelo novo decreto a mesma infração passou a ser tipificada como de natureza leve?*

4) *As infrações tipificadas como instalar fonte de poluição (art. 19, § 2º, item 1 do Decreto. 39.424/98) e operar fonte de poluição (art.19, § 3º, item 1 do Decreto n° 39.424/98), foram consideradas infrações distintas e tipificadas como grave e gravíssima , respectivamente. O Decreto 43.127/02 agrupou em uma única infração (art. 19, § 2º, item 1 e 2, do Decreto 39.424/98 com redação dada pelo Decreto 43.127/02), distinguindo uma infração de outra pelo fato de ser verificada a poluição. Neste caso, deverá ser aplicada uma duas multas e em que valores?*

5) *Seria possível a aplicação retroativa a norma sem que haja previsão expressa?”*

PARECER

1) O processo para aplicação das penalidades administrativas por ofensa a normas de proteção e controle do meio ambiente, que se inicia com o auto de infração de competência do COPAM, normatizado pelo Decreto estadual n° 39.424/98, art. 24, é uma atividade administrativa destinada a formalizar a constatação de uma infração às normas daquele Decreto e demais normas de proteção ao meio ambiente. Para aplicação da penalidade deve-se observar uma seqüência de procedimentos e só quando todos estiverem cumpridos estará regularmente concluído o processo administrativo e aperfeiçoado o ato administrativo com a imposição – ou não – da penalidade.

Observa-se que, sendo o encadeamento de passos procedimentais, após cada qual opera-se a preclusão, reputando-se perfeita a etapa.

2) O fato que se caracteriza como infração é inalterável após sua consumação. Se a norma vigente à época do fato o considera como infração, esse fato é permanentemente uma infração. O princípio “*tempus regit actum*” informa o fato ou ato a ser apreciado e considerado juridicamente segundo a norma vigente ao tempo em que aconteceu. Portanto, se a norma vigente ao tempo do fato o tipifica como infração, é assim que deve ser considerado, mesmo que outra lei posterior o descaracterize. A exceção feita ao Direito Penal, para o qual a norma posterior mais benéfica retroage em favor do agente, norma excepcionalíssima, aplica-se exclusivamente a esse ramo do direito, criminal, por força da Constituição, art. 5º, XL.

O Cód. Tributário Nacional - art. 106 - também contempla especificamente a retroatividade benéfica da lei tributária “quando seja expressamente interpretativa” e quando, cuidando-se de caso não julgado definitivamente, deixar de defini-lo como infração ou cominar penalidade menos gravosa. Em todo caso, na condição de não haver sido cometido mediante fraude e não implicar falta de pagamento de tributo.

Portanto, o que a lei nova não pode desconsiderar é a situação jurídica (Roubier) segundo a qual ela atuou. E ainda assim, para produzir efeitos pretéritos, há-de predizê-lo expressamente.

3) Modo geral, a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, após afirmar que “a lei em vigor terá efeito imediato”, isto é, não retroage, consigna em seu § 1º o conceito de ato jurídico perfeito:

“Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob a égide da lei revogada. Atinge, sim, o procedimento; mas só e tão somente para lhe dirigir o andamento, não o que se apura nesse proceder e nem os passos já caminhados.

Nesse sentido o processo administrativo para a apuração de irregularidades contra o meio ambiente, iniciado com o auto de infração, poderá ser considerado uma atividade administrativa que se aperfeiçoa a cada passo, até que findo e formalizado o processo em consonância com as normas de seu tempo. E esta qualidade, a de ato jurídico perfeito, é protegida pela Constituição Federal:

“Art. 5º, XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada;”

4) O que importa para aplicação da multa não é tanto a formalização do processo quanto a verificação dos fatos constantes do auto de infração que lhe dá início. Após a lavratura do auto de infração, as etapas posteriores são destinadas à defesa do autuado e à formação do juízo acerca dos fatos que se passaram. Julga-se o fato caracterizado como infração que consta no auto. O direito à ampla defesa é garantido, o autuado pode-se defender, porém sua defesa deve ser fundamentada nas normas vigentes ao tempo em que se passaram os fatos.

Já ocorrido o fato tipificado como infrator da legislação, a classificação da infração não pode ser alterada por norma posterior que desconsidere o fato constitutivo do tipo. As fases posteriores ao processo administrativo decorrem do próprio auto; se uma norma posterior descaracterizasse o fato como infração, só para os fatos a ela posteriores isso será válido.

O processo administrativo julga fato já consumado e a descaracterização do fato como infração, após a lavratura do auto, não obsta a continuidade do procedimento. A norma nova não tem eficácia retroativa.

Então, o processo que aguarda julgamento de tipo desconstituído na norma nova não é extinto porque persiste a infração. Prossegue até o julgamento final. Logo, a multa poderá ser aplicada se caracterizadas as condições para tanto.

5) Toda a cadeia seqüencial de atos que compõem o processo administrativo obedece a lei que regula o próprio processo. Essa norma de natureza processual, diferente da norma material que tipifica as infrações, estabelece qual será o encadeamento dos atos que culminarão com a aplicação, ou não, da multa. Os atos – tanto infracionais quanto procedimentais – já consumados segundo a norma vigente ao tempo de cada qual não podem ser alterados por norma posterior, mesmo que haja alteração na norma, processual ou material.

Portanto, se ao tempo do fato e da autuação a infração é tipificada como gravíssima, o julgamento deve ser feito tratando a infração como gravíssima, o julgamento deve ser feito tratando a infração como gravíssima, mesmo que outra norma altere a sua classificação. O julgamento do fato já consumado e tipificado conforme a lei vigente a seu tempo não pode ser influenciado pela lei nova, já que essa não possui eficácia retroativa para modificar a classificação do fato.

Lavrado a auto de infração e caracterizada a infração de natureza gravíssima, a publicação do Decreto estadual nº 43.127/02 não altera a consideração da infração consumada e classificada na vigência da norma anterior. A penalidade aplicada deve ser a de infração gravíssima mesmo que o novo Decreto a caracteriza como infração de natureza leve.

6) O Decreto estadual nº 43.127/02 agrupou no art. 19, § 2º, item 1 do Decreto estadual nº 39.424/98, as infrações de instalação e operação de atividade potencialmente poluidora, sem licença, se não constatada a existência de poluição ou degradação ambiental. Considerou esta infração como grave.

O tipo do art. 19, § 2º, item 1, é composto por vários verbos: instalar, construir, testar, operar ou ampliar atividade poluidora. Não é necessário a verificação conjunta e simultânea de todos as ações traduzidas pelos verbos para que se constitua a infração, alternativa como é a conjunção da norma: “ou”. A ocorrência de uma só das ações é suficiente para configuração do tipo.

Não há duas ou mais infrações se o autuado cometer mais de uma das ações descritas na norma. Se o autuado “instalar” e “operar” atividade poluidora, a infração cometida foi uma só. Também porque “operação” na maioria das vezes compreende a “instalação”.

Agora só comete uma infração se as ações de operar e instalar constituírem o mesmo fato. Se o autuado instala, é autuado e, depois, ainda por cima de desatendido a primeira autuação, passa também a operar o equipamento potencial ou efetivamente poluidor, não há só uma infração, mas duas, já que o primeiro fato não coincide e se destaca do segundo.

Portanto, se o fato constitutivo do processo compreende a instalação e a operação da atividade, somente uma multa deve ser aplicada.

Entretanto, se instalar e operar constituírem dois fatos distintamente autuados, dois processo deverão ser manobrados para verificação de cada qual das condutas autônomas, com as conseqüências de lei.

7) O valor das multas é o determinado pelo Decreto estadual nº 43.127/02, que alterou os valores do Decreto estadual nº 39.424/98, em virtude de norma expressa, Decreto estadual nº 43.127/02, art. 3º:

“As alterações nos valores das multas promovidas por este Decreto implicam a incidência das normas pertinentes, desde que não tenha havido decisão definitiva na esfera administrativa”.

Só para o valor das multas a norma se estende aos processos ainda em andamento. Como o Decreto estadual nº 43.127/02 não o fez expressamente no que concerne às condutas tidas como prejudiciais ao meio ambiente pela lei anterior, não ocorre a extinção das infrações aplicadas em virtude daqueles fatos ocorridos sob a égide da norma anterior, ainda que sua ilicitude não tenha sido contemplada pela norma posterior. Nisso legisla diferentemente do Cód. Tributário, art. 106, ali sim, expressamente prevista a hipótese -ainda que sob termos e condições- de extensão retroativa dos efeitos da norma.

8) Em regra geral as leis não retroagem. O princípio “*tempus regit actum*” é o norteador desse entendimento. Quando se cuida de fazer com que tal ou qual efeito da lei possa alcançar situações pretéritas, ela o faz expressamente; em o fazendo, respeita os limites do ato jurídico perfeito do direito adquirido e da coisa julgada – Constituição, art. 5º, XXXVI.

Salvo exceção expressa da lei, no direito administrativo a norma não tem eficácia retroativa.

CONCLUSÃO

O auto de infração é ato administrativo que se presta a verificar unilateralmente, de pronto, um fato. Para o caso sob estudo, ele se prestará também a iniciar o processo administrativo ensejando ao autuado as suas razões a fim de que se conforme com todos os matizes, definitivamente, o fato só preliminarmente constatado pelo agente do poder público. Tecnicamente não se conforma à definição de ato jurídico perfeito só na medida em que suas constatações quanto ao fato que descreve e imputa ao autuado ainda pende das verificações e da defesa no curso do processo. Agora, do ponto de vista meramente processual, ato que enseja a instauração do processo, aí sim, os seus efeitos são definitivos.

Os processos administrativos que aguardam julgamento quando da edição do Decreto 43.127/2002 merecerão decisão segundo a norma da época dos fatos verificados pelo auto de infração, autuados, ainda que posteriormente descaracterizados como infração, aplicando-se a multa.

O valor da multa, em virtude do que dispõe o Decreto n.º 43.127/2002, art. 3º, é o deste Decreto, mesmo para os fatos a ele anteriores.

As multas aplicam-se segundo a constatação do agente. Se verifica que a fonte de poluição está só instalada, uma multa. Depois, se verifica que está operando, outra multa. Agora, se só foi dar-se conta da infração quando a atividade já estava operando, não há falar em autuação só por instalação que isso não corresponde à realidade, havendo de ser matéria de defesa ponderosa por parte do autuado, realçando má atuação do poder público, por intermédio do seu agente.

A aplicação retroativa de norma jurídica só se admite quando expressamente previsto e desde que não prejudique o que se adquiriu no passado já perfeito, respeitando a “situação jurídica” estabelecida (Roubier).

Este, s.m.j., o Parecer submetido à censuras superiores.

Belo Horizonte, 2 de fevereiro de 2005.

ANTÔNIO OLÍMPIO NOGUEIRA
Procurador do Estado

Aprovado. Em 18.03.2005.
MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE
Consultor-Jurídico Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 13.06.2005.”

PROCEDÊNCIA: Presidente da Rádio Inconfidência Ltda.
INTERESSADO: Rádio Inconfidência Ltda
NÚMERO: 14.505
DATA: 14 de junho de 2005.
EMENTA:

EMPRESA PÚBLICA CONSTITUÍDA SOB FORMA DE SOCIEDADE LIMITADA – PUBLICAÇÃO DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS – NECESSIDADE – INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 08/2000 DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

RELATÓRIO

A Rádio Inconfidência Ltda, por intermédio de seu Diretor Presidente, formula consulta sobre a necessidade de publicação de suas Demonstrações Financeiras, atendendo comando da Instrução Normativa n. 08/2002 do Tribunal de Contas do Estado.

Informa que a emissora em questão vem se orientando pelas determinações da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas – considerando a inexistência de tratamento legal específico no caso de sociedades limitadas.

PARECER

O Decreto n. 42.592, de 23 de maio de 2002 aprovou o Estatuto da Rádio Inconfidência Ltda, empresa pública estadual, constituída sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade Ltda, de acordo com as disposições do Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (art. 1º).

A administração da Rádio Inconfidência, segundo o estatuto que a regula, é composta pela Diretoria Executiva, Conselho de Administração e Conselho Fiscal, nos termos dos arts. 8º ao 23.

O capital social é de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), representado por 10.000 (dez mil cotas), no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais) cada, subscritas 9.990 (nove mil novecentos e noventa) pelo ESTADO DE MINAS GERAIS e 10 (dez) pela FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (art. 5º)

À Diretoria Executiva compete, nos termos do inc. XV do art. 14 do Estatuto,

“encaminhar ao Tribunal de Contas do Estado, ao final de cada exercício financeiro, o balanço geral da empresa, aprovado pelo Conselho de Administração;”

A Instrução Normativa n. 08/2002, que estabelece normas sobre composição e apresentação das prestações de contas de exercício financeiro dos administradores e gestores das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades de direito privado sob controle direto ou indireto do Estado, regidas pela Lei n. 6.404/1976, exige **publicação das demonstrações financeiras, em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 176 da Lei n. 6.404/76, nos exatos termos do art. 1º, inc. III da mencionada instrução normativa.**

A questão está limitada, portanto, à vinculação da exigência legal de publicação das demonstrações financeiras, prevista na Lei de Sociedade por Ações, em relação às sociedades limitadas.

No caso, a resposta é afirmativa, pelas razões expostas a seguir:

- 1.) Trata-se de empresa pública que, segundo *CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO* "... é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de direito privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito" (in Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo, 1995, p. 94/95). O tipo societário adotado pela Rádio Inconfidência é, na hipótese, irrelevante.
- 2.) Mesmo sob a perspectiva do direito societário, outro não há de ser o entendimento.

Os contratos sociais das sociedades limitadas encontram na Lei de Sociedades por Ações, a regência legal supletiva quando o ato constitutivo, expressamente, assim o estabelece. Nesse sentido, o art. 1.053, parágrafo único do Código Civil:

“O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

Na ausência de menção expressa a que alude o parágrafo único, impera a regra geral, posta no caput do art. 1.053, de regência supletiva do capítulo que trata das sociedades limitadas, pelas regras da sociedade simples.

O ato constitutivo da Rádio Inconfidência Ltda apresenta, ainda, como diploma legal de regência o Decreto n. 3708, de 10 de janeiro de 1919.

De se observar, por oportuno, que o próprio art. 2.031 do Código Civil, com a redação dada pela Medida Provisória n. 234, de 10 de janeiro de 2005, estabeleceu o dia 11 de janeiro de 2006, como data limite para que as associações, fundações e sociedades, constituídas na forma das leis anteriores adaptem seus atos constitutivos às disposições do Código.

A ausência da adaptação a que se refere o art. 2.031 do Código Civil, não autoriza o entendimento no sentido de que as disposições da Lei de Sociedades Anônimas não se apliquem à espécie. Ao contrário, em tudo e por tudo, a legislação de regência supletiva da sociedade limitada Rádio Inconfidência Ltda é a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

No momento em que a Consulente promover a adaptação de seu estatuto aos ditames do Código Civil de 2002, por certo haverá indicação expressa, em disposição clausulada, da regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, porquanto incompatíveis, de modo absoluto, as características da *empresa pública* Rádio Inconfidência Ltda com as da *sociedade simples*.

3) O art. 176, §1, da Lei de Sociedades por Ações, dispõe sobre a obrigatoriedade de publicação das demonstrações financeiras, exceção para a companhia fechada, com patrimônio líquido, na data do balanço, não superior a um milhão de reais.

CONCLUSÃO

A empresa pública que adote o tipo societário de sociedade limitada será regida, supletivamente, pelas disposições da Lei de Sociedade por Ações, ainda que não tenha havido adaptação de seu estatuto às disposições do Código Civil, que deverá ocorrer até o dia 11 de janeiro de 2006, por força do disposto no art. 2.031 do Código Civil.

A Rádio Inconfidência Ltda deverá promover a publicação de suas demonstrações financeiras, conforme disposto no § 1, do art. 176, da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Sub censura.

Belo Horizonte, 08 de junho de 2005.

MOACYR LOBATO DE CAMPOS FILHO
Procurador do Estado

Aprovado. Em 09/06/2005.
MARIANE RIBEIRO BUENO FREIRE
Consultora-Jurídica Chefe

O Advogado-Geral do Estado proferiu no Parecer abaixo o seguinte despacho.

“Aprovo.

Em 12.04.2005.”

PROCEDÊNCIA: Procuradoria de Tributos e Finanças da AGE.
INTERESSADO: Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais - EPAMIG
NÚMERO: 14.523
DATA: 24 de junho de 2005
PARECER Nº 034/03
CONSULENTE: Secretário de Estado da Fazenda
INTERESSADO: Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
EMENTA:

EPAMIG – EMPRESA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA DE MINAS GERAIS. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. INTERPRETAÇÃO DA LEI ESTADUAL 6.310/74. PREVALÊNCIA DA NOTA TÉCNICA 11/2003, DO CENTRO DE POLÍTICA TRIBUTÁRIA. PECULIARIDADES EM RELAÇÃO AO ICMS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR.

EXPOSIÇÃO

1. O eminente Secretário de Estado da Fazenda, Dr. Fuad Noman, formula consulta decorrente de “solicitação feita pelo Secretário de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Dr Odeldo Leão” (conforme OF. SEC. GAB. SEC.2003/408, do Sr. Secretário de Estado da Fazenda). Indaga-se, então, sobre “a adoção das providências administrativas necessárias para que a EPAMIG Empresa de Pesquisas Agropecuárias de Minas Gerais - seja oficial e formalmente declarada isenta de impostos e taxas estaduais, com base na Lei 6.310/74” (Conforme OF. SEC. GAB. SEC.2003/408, do Sr. Secretário de Estado da Fazenda).

2. A hipótese ventilada foi objeto de apreciação pelo Centro de Política Tributária CPT - da Subsecretaria da Receita Estadual, que emitiu a Nota Técnica 11/2003, da lavra do ilustre Assessor Jefferson Nery Chaves, devidamente aprovada pelo Subsecretário da Receita Estadual. As conclusões da Nota Técnica 11/2003, sinteticamente são as seguintes:

- a) “com relação ao ICM/ICMS, a isenção prevista no art. 9º da Lei 6.310/74 não é mais aplicável desde 1º de janeiro de 1976” (p. 5/6), não havendo, “na legislação do ICMS”, “norma exonerativa genérica que contemple as empresas públicas, ou, especificamente, a EPAMIG” (p.5/6);
- b) “com relação aos demais impostos estaduais”, também não haveria possibilidade de atribuição de “privilégios fiscais” às empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173 § 2º, da Constituição Federal (p. 5/6).

c) em sede de IPVA e ITCD, igualmente, “não há norma exonerativa que, genericamente, contemple as empresas públicas ou, especificamente, a EPAMIG” (p. 5/6)

3. Daí a conclusão de que “não há, em vigor, norma que assegure à EPAMIG completa isenção de tributos estaduais” (p. 5/6).

4. Opondo-se a estas conclusões, a antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, tendo o então Procurador-Geral da Fazenda, ilustre Dr. José Benedito Miranda, concluído pela impossibilidade de se “insistir na cobrança do suposto crédito tributário contra a Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais, constituído à revelia da Lei” (conforme memo/PGEF/GAB/493, em 31.10.2002). Fiou-se esta conclusão em dupla argumentação, a saber: a) “isenção expressa”, contida no art. 9º da Lei Estadual 6.310/1974; e b) não configuração da “condição de contribuinte do ICMS”, ante o seu “objetivo social”, no qual “prepondera a atividade-fim de promoção e o estímulo da pesquisa e experimentações” (art. 5º da Lei 6.310/1974).

5. A partir, então, deste contexto fático-jurídico, são tecidas as ponderações que se seguem.

Ausência de regra de isenção válida

6. Ressalvadas todas as vênias devidas à manifestações do ilustre Dr. José Benedito Miranda, se me afigura correta a conclusão da Nota Técnica 11/2003, a propósito da insubsistência de regra posta no art. 9º da Lei Estadual 6.310/74. As ponderações deduzidas, quanto a este aspecto, se me afiguram irresponsáveis, não se podendo sustentar, assim a prevalência de nenhuma regra de isenção, em relação ao ICMS, isto desde a Lei Complementar 24/75, tendo a Constituição Federal de 1988 encerrado qualquer discussão a propósito da permanência de benefícios fiscais anteriores (art. 41 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

7. Portanto, não há norma legal que isente a EPAMIG do pagamento de tributos estaduais.

Consideração “de lege ferenda”: benefícios fiscais para empresa pública que não exerce atividade econômica.

8. Por outro lado, não me parece impossível a adoção de política legislativa que outorgue benefícios fiscais à EPAMIG. A Nota Técnica 11/2003, ao que parece, discorre deste entendimento, afirmando que, por força do § 2º do art. 173 da Constituição Federal, “as empresas públicas e as sociedades de economia mista perderam seus privilégios fiscais”(p.5/6). A afirmação comporta temperamentos, “*permissa venia*”.

9. De fato, há entendimento doutrinário de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, referidas no § 2º do art.173 da Constituição federal, são aquelas “que explodem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” (§ 1º do referido art. 173). Se aquelas pessoas - empresas públicas e sociedades de economia mista - não exploram “atividade econômica”, impedimento não há à concessão de “privilégios fiscais”.

10. Misabel de Abreu Machado Derzi, ao atualizar as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, de Aliomar Baleeiro, pontifica que “a imunidade não beneficiará atividades, rendas ou bens estranhos às tarefas essenciais das pessoas estatais e de suas autarquias, **que tenham caráter especulativo ou voltadas ao desempenho econômico lucrativo**, em respeito ao princípio da livre concorrência entre

as empresas públicas e privadas e à tributação segundo o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, art. 173, 1º e 2º)” (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7.ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 296).

Examinando a disciplina constitucional da ordem econômica, Celso Ribeiro Bastos estendeu-se sobre a polêmica que envolve a interpretação do § 3º do art. 173 da Constituição Federal, concluindo, então, que “o preceito terá um campo mais fértil de aplicação quando se tratar de empresas governamentais interventoras no domínio econômico” (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990, 7º Vol., p. 88/89).

E Eros Roberto Grau, em monografia dedicada ao estudo da ordem econômica na Constituição de 1988, arremata:

“O que resta definitivamente evidente, neste passo, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º do art.173 da Constituição de 1988 **apenas alcançam empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidade (estatais) que explorem atividade econômica em sentido estrito**. Não se aplicam, pois, àquelas, entre essas, que prestam serviço público, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. Estas, empresas públicas, sociedade de economia mista e outras entidades (estatais) que prestem serviço público, podem gozar de privilégios fiscais, ainda que não extensivos a empresas privadas prestadora de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988)” (A ordem Econômica na Constituição de 1988. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 134/135).

11. No plano jurisprudencial, esta distinção veio a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Ao julgar o RE 407. 099-RS, 2ª Turma, ReI. Min. Carlos Velloso, (Informativo STF 353). Embora tratando de hipótese de imunidade recíproca, afirmou o eminente Min. Carlos Velloso a tese de que é possível fazer “*a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público*”.

12. Na espécie em exame, a empresa pública criada pelo Estado de Minas Gerais, EPAMIG, tem por objetivo legal o desenvolvimento de “pesquisas e experimentações relacionadas. Direta e indiretamente, com a agropecuária” (art. 2º, parágrafo único, da Lei 6.310/1974). Não exerce, pois, atividade econômica.

Aliás, longe disso, a atividade exercida pela EPAMIG atende aos ditames constitucionais que impõem ao Estado a missão de promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218 da constituição Federal), valendo realçar a autorização constitucional para a vinculação de receita orçamentária a “entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica” (§ 5º do art. 218 da Constituição Federal).

13. Admissível, assim, em tese, a concessão de tratamento fiscal diferenciado á EPAMIG, considerações que, repita-se, faz-se “*de lege ferenda*”. E, obviamente, este tratamento fiscal deverá atender aos preceitos constitucionais, especialmente no que tange ao ICMS (art.155, § 2º, XII, g, da Constituição de 1988).

A EPAMIG e a incidência do ICMS

14. Arrematando, já, este parecer, cabe sublinhar que assiste razão ao eminente **Dr. José Benedito Miranda**, quando pontificou, na manifestação já citada, a eventual não configuração da “condição de contribuinte do ICMS”, relativamente à EPAMIG, ante o seu “objetivo social”, no qual “prepondera a atividade-fim de promoção e o estímulo da pesquisa e experimentações” (art. 5º da Lei 6.310/1974).

15. Dessa maneira, a eventual exigência de ICMS, em relação à EPAMIG, esbarraria, à primeira vista, não configuração do fato gerador do ICMS, porque ausentes os requisitos previstos no art. 4º da Lei Complementar 87/96.

16. Realmente, é inerente ao conceito do contribuinte do ICMS o “intuito comercial” manifestado pela “habitualidade” com que executa “operações de circulação de mercadorias”, ou o “volume” destas mesmas “operações” (art.4º da LC 87/96).

Sublinhe-se aqui, a distinção que há entre o Decreto-lei 406/68 (cujo art. 6º, “caput” e § 1º, apenas relacionava os contribuintes do ICMS) e a LC 87/96 (cujo o art.4º define, genericamente, o contribuinte do ICMS). Aliás, o Decreto-lei 406/68 relacionava as empresas públicas entre os contribuintes do ICMS desde que elas vendessem mercadorias por elas adquiridas ou produzidas (inciso III do § 1º do art. 6º), sem cogitar do intuito comercial, ou da habitualidade ou do volume de vendas.

17. Diante, pois, da LC 87/96, é de se negar à EPAMIG, em princípio, a qualidade de contribuinte do ICMS, porque “intuito comercial” não há nas atividades exercidas pela EPAMIG, cujo o objetivo legal é o desenvolvimento de “pesquisas e experimentações relacionadas, direta e indiretamente, com a agropecuária” (art.2º, parágrafo único, da Lei 6.310/1974). Logo, a EPAMIG, em primeira aproximação, não desenvolve atividades com “intuito comercial”, não praticando, habitualmente, atos de comércio.

18. Se, em tese, a EPAMIG não atende às exigências do art. 4º da LC 87/96, por outro lado é possível rebater que a mera ausência de previsão legal (ou estatutária) não seria, por si só, suficiente para excluir a configuração do fato gerador do ICMS. Pertinente, aqui, a regra posta no Código Tributário Nacional, segunda a qual a “definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se” a “validade jurídica dos atos efetivamente praticados” (art. 118, inciso I).

Nesse contexto, ao Fisco caberia, em cada situação concreta, demonstrar objetivamente que a operação executada pela EPAMIG teve “intuito comercial”, seja pela “habitualidade”, seja pelo “volume”. Sem esta prova - que deve ser cabal e inconcussa - o Fisco não pode exigir, validamente, o ICMS, não bastando, assim, demonstrar a “circulação de mercadorias”. Ao contrário do Decreto-lei 406/68, que se contentava com a realização de vendas pelas empresas públicas (art.6º, § 1º, III), a LC 87/96 prevê o “intuito comercial” como critério inarredável para aferir a incidência concreta do ICMS.

19. Dessa forma, sem a prova - cujo ônus é do Fisco - de que a EPAMIG agiu com “intuito comercial”, não se pode exigir daquela empresa o pagamento do ICMS, apenas porque realizada a compra e venda de mercadorias, não se cogitando, na falta daquela prova, da incidência do ICMS.

CONCLUSÃO

20. Ante o exposto, firmam-se as seguintes conclusões:

a) Não há regra de isenção válida que beneficie a EPAMIG, não tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a isenção prevista na Lei Estadual 6.310/74 (art. 9º);

b) é possível, relativamente ao ICMS, a concessão de isenção para a EPAMIG desde que atendida a exigência posta no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal; quanto aos demais tributos, a isenção não depende desta exigência, malgrado se exija lei específica (art. 150, § 6º, da Constituição Federal);

c) eventuais autuações lavradas contra a EPAMIG, após o advento da LC 87/96, dependem da comprovação, pelo Fisco, do “intuito comercial” (art. 4º da LC 87/96), sem o qual não se pode cogitar da incidência do ICMS.

“Sub censura”, é o parecer.

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO
Procurador-Consultor do Estado

Aprovado. Em 16.08.2004.
ROBERTO PORTES RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocurador-Geral de Defesa Contenciosa

O Dr. Alberto Guimarães Andrade, Advogado-Geral do Estado, Substituto, proferiu na Nota Técnica abaixo o seguinte despacho:

“Aprovo.
Em 05.04.2005.”

DESTINATÁRIO: Dr. Alberto Guimarães Andrade – Advogado-Geral Adjunto do Estado
ASSUNTO: IPVA - LANÇAMENTO, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO - PARECER
DOET/SUTRI Nº 037/2004 - DIRETORIA DE ORIENTAÇÃO E
EDUCAÇÃO TRIBUTÁRIA
CONCLUSÃO:

O lançamento do IPVA tem peculiaridades concernentes ao tipo de veículo sobre que se aplica e o procedimento para sua cobrança e inscrição em dívida ativa deve atentar para a necessidade de se garantir a ampla defesa do contribuinte e evitar futuras nulidades em juízo.

NOTA TÉCNICA

Exmo. Sr. Advogado-Geral Adjunto do Estado,

Apresento nota técnica requerida por V. Ex.^a acerca da natureza jurídica do lançamento do IPVA e demais temas tratados no parecer supracitado.

I – INTRODUÇÃO

O parecer supracitado decorreu de requerimento da Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais – SAIF, com vistas a dirimir dúvidas na administração fazendária quanto ao modo correto de se proceder aos lançamentos/cobranças administrativas/processos administrativos relativos ao IPVA não pago ou pago a menor.

Sem adentrar em detalhes, pode-se concluir que o ponto central é a natureza jurídica do lançamento no IPVA e os prazos para constituição/cobrança do crédito decorrente do inadimplemento. Além disso, é necessário pesquisar a necessidade ou não de alterações nos procedimentos utilizados de modo a amparar em bases sólidas as execuções fiscais que possam daí derivar.

II - ANÁLISE SUCINTA DOS PONTOS FUNDAMENTAIS

Algumas dificuldades na análise dos atos jurídicos, em geral, e dos atos administrativos, em particular, decorrem do fato de que os meios tecnológicos hoje à disposição do homem moderno dispensam muitas vezes um instrumento físico palpável para documentá-los. O documento escrito começa a perder terreno para outros instrumentos criados pela nossa tecnologia.

Daí a necessidade observada por alguns, como Celso Antonio Bandeira de Mello, de identificar atos administrativos onde a maioria das pessoas (e juristas) vê apenas “fatos”, em razão do arraigado costume de identificar ato com seu instrumento e a tradição de que este deve preferencialmente ser escrito.

O exemplo típico é o “sinal de trânsito”: a participação do agente público é mediatizada por um programa computacional que estabelece os tempos e sinalizações, mas o “sinal de trânsito” não obrigaria ninguém a parar se cada sinalização não fosse a exteriorização de um ato administrativo (e, portanto, imperativo) cogente sobre os condutores de veículos. Muitos se esquecem de que a forma pela qual um ato administrativo se exterioriza pode não ser apenas escrita. E essa forma é livre (art. 107, CC/02), a menos que a lei estabeleça de modo diferente.

O IPVA DOS VEÍCULOS USADOS

Natureza jurídica do lançamento

O que se afirmou acima tem relação direta com o lançamento do IPVA no caso dos veículos usados. Não há apenas uma resolução da SEF/MG apresentando os valores venais a cada ano: há um programa gerenciador de banco de dados ligado à rede bancária, pelo qual todos os veículos cadastrados no DETRAN/MG, por meio do número do RENAVAM, têm determinados a placa identificadora, o proprietário, o valor a pagar do imposto, incluindo descontos por pagamento à vista ou valores das parcelas e suas opções, e os prazos para pagamento.

Toda essa atividade administrativa precede o pagamento do IPVA e o contribuinte tem apenas a opção de pagá-lo ou não nas formas ali determinadas: não é o contribuinte que identifica a base de cálculo, a alíquota, faz o cálculo e efetua o pagamento sem qualquer atuação do Estado (requisitos do caput do art. 150 do CTN); é o Estado que faz todos esses cálculos e os apresenta ao contribuinte quando ele acessa a rede bancária e indica o número do RENAVAM de seu veículo.

Trata-se, portanto, de uma infinidade de atos administrativos formalizados em registros eletrônicos no bancos de dados da rede computadorizada do Estado e dos bancos, em que o Estado efetua a identificação do sujeito passivo e do objeto, o valor a pagar e eventuais acréscimos/decréscimos legais e prazos para pagamento. É equivocado dizer que apenas a resolução da SEF/MG seria um lançamento de ofício genérico do IPVA: o art. 142 do CTN exige que o lançamento identifique o sujeito passivo e isso ela não faz.

Por essa razão, acolho a tese de que se trata de uma infinidade de lançamentos de ofício realizados pelo Estado (seus agentes), em uma forma que era pouco usual (ou inexistente) quando o CTN foi publicado, mas que hoje é mais do que normal.

A tese do lançamento por homologação fica muito prejudicada pela intensa atividade estatal que precede o pagamento do IPVA e que independe, ao contrário do lançamento por homologação, de qualquer atividade do contribuinte. O que caracteriza o lançamento por homologação – e foi a razão de sua instituição – é o desconhecimento pelo Estado da ocorrência ou não do fato gerador e de seus elementos mais importantes, pois de conhecimento apenas das partes envolvidas. Daí a necessidade de obrigar o contribuinte/responsável a efetuar o pagamento e prestar informações ao Estado para que esse possa – *a posteriori* – averiguar o ocorrido. No caso do IPVA de veículos usados a situação é diametralmente oposta: o Estado sabe quando ocorre o fato gerador, sabe quem é o contribuinte/responsável, sabe qual é o valor devido e determina qual é o prazo para pagamento.

A intimação do lançamento e a inscrição em dívida ativa

Mas há um grave inconveniente nesse lançamento de ofício especial que é o do IPVA de veículos usados: é a intimação do contribuinte quanto ao lançamento.

Ela é feita por meio da publicação da resolução da SEF, que determina não apenas os valores, como também prazos e modos de pagamento, inclusive descontos e opções de parcelamento, sem individualização de cada contribuinte, mesmo sendo o cadastro do DETRAN/MG bastante completo e atualizado.

Implicamente, a resolução está a dizer ao contribuinte: “*compareça às agências bancárias, que o lançamento do IPVA do seu carro está lá formalizado, nos valores devidos, incluindo acréscimos/descontos e opções de parcelamento, até as datas aqui definidas. Basta acessar os computadores com seu RENAVAL - que é o código de acesso ao seu lançamento individual.*”

Equivale, na prática, a uma intimação editalícia genérica. E é feita mesmo tendo a Fazenda Estadual inteira ciência do endereço de cada contribuinte, sem ter feito qualquer diligência para encontrá-lo.

A resolução da SEF/MG apresenta ainda o prazo máximo para impugnações em relação ao valor venal, estabelecendo uma possibilidade exígua de defesa do contribuinte.

Ainda que se possa admitir que a intimação assim realizada seja legítima, até porque é feita com ampla divulgação na imprensa falada, escrita e televisionada, creio que ela pode não ser acatada pelo Judiciário como meio que permita efetivamente a ampla defesa do contribuinte no processo tributário administrativo, pela ausência de individualização e caráter ficto da ciência.

O Código de Defesa do Contribuinte do Estado, Lei Estadual nº 13515, de 7 de abril de 2000, estabelece a necessidade de prévia intimação do contribuinte para inscrição de qualquer crédito em dívida ativa (art. 18). O art. 7º da Lei Estadual nº 13.470, de 17 de janeiro de 2000, que regula o processo tributário administrativo no Estado, estabelece a possibilidade de intimação editalícia apenas na hipótese de desconhecimento do endereço do contribuinte ou quando a notificação postal foi devolvida. Ora, o endereço de cada contribuinte do IPVA é conhecido do Estado (é um dos cadastros mais confiáveis de que dispomos). Injustificável partir para a intimação editalícia de chofre.

Analisando as próprias normas estaduais, vê-se que a intimação genérica da resolução da SEF/MG que cuida do IPVA dos veículos usados não atende tais requisitos para inscrição do crédito em dívida ativa. A probabilidade de não ser considerada válida pelo Judiciário em futuros embargos à execução fiscal é muito grande.

Assim, para aqueles contribuintes que não efetuarem o pagamento preconizado pela resolução da SEF, torna-se necessário instaurar processo tributário administrativo de natureza contenciosa (pois não se enquadra nas hipóteses restritas de “não contencioso” do art. 9º da Lei 13.470), com a correspondente intimação do auto de infração em que seja cientificado o contribuinte do valor do imposto, penalidades e juros de mora, prazo para pagamento ou recurso e a informação de que o crédito poderá ser inscrito em dívida ativa, a fim de corrigir o vício da intimação genérica e editalícia.

Observe-se que ainda assim continua sendo útil a realização do lançamento pelo meio usual, pois a ampla maioria dos contribuintes efetivamente recolhe o tributo, atenta ao noticiário e receosa das vistorias policiais em seus veículos e documentação.

Obviamente, toda essa discussão poderia ser evitada se cada contribuinte fosse notificado em sua residência do lançamento do IPVA, inclusive parcelas, penalidades e juros de mora pelo inadimplemento, como ocorria no passado, procedimento que se mostrou - e continua sendo - muito oneroso para o Estado.

Decadência ou prescrição

Ocorrido o lançamento de ofício, constituído está o crédito tributário, não se fala mais em decadência, mas em prescrição. Porém esta permanece suspensa enquanto houver prazo para pagar ou interpor recurso. Expirado esse prazo, inicia-se o prazo prescricional, se não houver recurso. Havendo recurso, aguarda-se a finalização do processo tributário para que ela se reinicie (após exaurido o prazo para pagamento que se conta da nova intimação realizada após a decisão final do Conselho de Contribuintes).

No caso do IPVA de veículos usados, como se viu, raramente há qualquer impugnação e o lapso prescricional se inicia na data-limite para pagamento.

Falhas e delongas operacionais do Estado nesse período não podem prejudicar o contribuinte. No prazo do art. 174 do CTN, a pretensão está extinta.

Assim, *de lege ferenda*, os sistemas de controle do crédito tributário estadual, s.m.j., poderiam identificar automaticamente os contribuintes que não recolheram quaisquer das parcelas do IPVA, permitindo emissão de autos de infração de maneira quase automática – como ocorre com o crédito não-contencioso decorrente da omissão no pagamento do ICMS declarado – para que se cumpra o requisito da intimação pessoal e se possa inscrever e executar esse crédito no menor prazo possível.

O IPVA DOS VEÍCULOS NOVOS OU IMPORTADOS

Natureza jurídica do lançamento

Nessa hipótese, há uma drástica alteração. Ao contrário do veículo usado, não há tabelas, não há data prevista para o fato gerador, tudo fica ao sabor dos negócios jurídicos realizados. Não tendo o Estado como atuar e lançar o imposto com base em seus próprios dados, fica a cargo do contribuinte calculá-lo e pagá-lo no prazo fixado (dez dias desde a aquisição – que é a data da saída da nota fiscal). Trata-se de típico lançamento por homologação.

E há ainda a necessidade de o contribuinte efetuar uma declaração: é quando ele efetua o registro perante o DETRAN, em que apresenta a nota fiscal e os valores são registrados no sistema de dados do DETRAN e depois repassados para o SICAF.

Na hipótese de não-pagamento - havendo ou não registro no DETRAN - impõe-se o lançamento de ofício (não há o que homologar).

A intimação do lançamento e a inscrição em dívida ativa

E se o pagamento não ocorre ou é a menor, apesar do registro no DETRAN?

Temos aí uma hipótese de crédito não-contencioso, prevista no art. 9º, II, da lei 13.470, de 2000, pois o contribuinte efetuou a declaração junto ao DETRAN e essa declaração é de natureza legal, como exige a hipótese. Devem-se seguir os mesmos procedimentos do auto de infração dos devedores omissos do ICMS, com a advertência de que o não-pagamento gerará a inscrição em dívida ativa, para satisfazer o Código de Defesa do Contribuinte do Estado.

E se o pagamento não ocorre e não há o registro no DETRAN?

Temos aí uma hipótese de crédito contencioso com todas as características comuns, pois o lançamento passa a ser o ordinário, em virtude da inexistência de qualquer atividade do contribuinte em relação ao Fisco. Como tal deve ser tratado, nos termos do processo tributário-administrativo, havendo necessidade da competente intimação do auto de infração e oportunidade de defesa.

Decadência ou prescrição

Em qualquer hipótese os prazos são decadenciais: para homologar o pagamento, do art. 150, §4º, ou para constituir o crédito tributário, do art. 173, I, nos demais casos.

III - CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que:

1) o lançamento do IPVA no caso dos veículos usados é de ofício; na hipótese de não-pagamento ou pagamento a menor o prazo prescricional inicia-se na data-limite para pagamento na ampla maioria dos casos; cabe ao Estado instaurar processo tributário administrativo, com a competente intimação individualizada do contribuinte do auto de infração nos termos da CLTA; apenas após exaurido o processo tributário administrativo é que se pode inscrever o crédito em dívida ativa;

2) o lançamento do IPVA no caso dos veículos novos é por homologação, exceto na hipótese de não-pagamento, dolo, fraude, etc, quando deve ser realizado de ofício; os prazos são sempre decadenciais (art.150, §4º ou art. 173, do CTN) a depender da hipótese; na hipótese de não pagamento ou pagamento a menor o processo tributário administrativo pode seguir o rito “não contencioso” quando tenha havido o registro no DETRAN ou “contencioso” se não houver esse registro, nos termos do art. 9º, II, da lei 13.470, de 2000;

3) a título de sugestão, para agilizar a intimação e cobrança do crédito tributário decorrente do inadimplemento no caso dos veículos usados, dever-se-ia controlar via SICAF a ocorrência do inadimplemento e automatizar a emissão de autos de infração, nos moldes do que hoje já ocorre com o ICMS declarado e inadimplido.

É o que me parece e submeto a V. superior consideração.

Belo Horizonte, 1º de abril de 2005.

MÁRCIO JOSÉ DE AGUIAR BARBOSA

Procurador do Estado - Procurador-Consultor do Estado



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PALÁCIO DA LIBERDADE

OF.GAB.GOV.N.º 113/03.

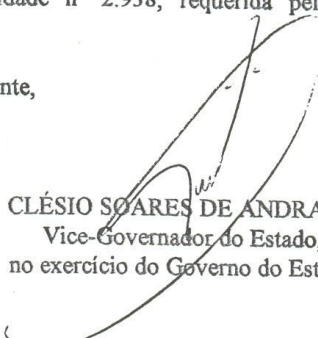
Belo Horizonte, 10 de setembro de 2003.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais
22/09/2003 17:34 120453

Encaminho a Vossa Excelência a anexa informação AGE n.º 13/2003, elaborada pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, que adoto, para instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.938, requerida pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Respeitosamente,


CLÉSIO SOARES DE ANDRADE
Vice-Governador do Estado,
no exercício do Governo do Estado

A Sua Excelência o Senhor
Ministro MAURÍCIO JOSÉ CORRÊA
Presidente do Supremo Tribunal Federal
BRASÍLIA - DF



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

Informação AGE n.º 13/2003

Em 10 de setembro de 2003.

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa informação AGE n.º 13/2003, elaborada pelo Subprocurador Regional no Distrito Federal Carlos Bastide Horbach, que aprovo, com o fim de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.938 requerida pelo Procurador-Geral da República.

HUMBERTO RODRIGUES GOMES
Procurador-Geral Adjunto do Estado

AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.938

REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDOS: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 13.454/2000, DO ESTADO DE MINAS GERAIS ELEIÇÕES DE ATRIBUIÇÕES DOS JUÍZES DE PAZ ALEGADA VIOLAÇÃO AO INCISO I DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTES. NORMAS DE PROCEDIMENTO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA.

Sendo a matéria relativa à Justiça de Paz de competência concorrente, como asseverado pela própria inicial do Procurador-Geral da República, e estando as disposições normativas da lei mineira impugnada respaldadas por normas federais, tais como a Carta da República, o Código Eleitoral, a Lei Orgânica da Magistratura, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho, não há falar de usurpação de competência legislativa privada da União.

Improcedência da ação.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto preceitos da Lei mineira nº 13.454, de 12 de janeiro de 2000, que dispõe sobre a Justiça de Paz no Estado de Minas Gerais.

Alega o requerente, em síntese, que o diploma impugnado, ao dispor sobre a eleição dos Juízes de Paz e acerca de suas atribuições invadiu competências legislativas privadas da União para editar normas de direito eleitoral, processuais e do trabalho, em violação ao inciso I do art. 22 da Constituição Federal.

Antes, entretanto, de uma análise mais acurada dos argumentos esgrimidos na inicial, é necessário destacar as regras que regem a Justiça de Paz no plano federal, tanto no texto da Constituição Federal, quanto no das leis que a regulamentam.

A Carta da República, em seu art. 98, desde logo impõe aos Estados a criação da Justiça de Paz, *in verbis*:

“Art.98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

(...)

II – justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”.

Por outro lado, sendo o cargo de Juiz de Paz eletivo, a Constituição Federal submete o processo de escolha às normas de seu art. 14, em especial às regras de elegibilidade constantes do § 3º do artigo em questão:

“§3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

*c) vinte e um anos para Deputado Federal Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e **juiz de paz**;*

d) dezoito anos para Vereador.”

Já o Código Eleitoral, a Lei federal nº 4.737/95 recepcionada pela vigente ordem constitucional como lei complementar, também dispõe sobre as eleições para juiz de paz, submetendo-as à autoridade dos Tribunais Regionais Eleitorais, que, inclusive, têm competência para, no silêncio da lei, fixar-lhes data (art.30, IV), bem como caracterizando-as como pleito municipal, como se depreende de seu art.186.

Os arts. 112 e 113 da Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar nº 35/79, igualmente contém normas sobre a Justiça de Paz. Algumas dessas regras, tais como a que impõe a nomeação dos Juízes de Paz pelos Governadores, por confrontarem com o texto constitucional, foram por ele revogados, remanescendo outras em vigor, como o §2º do art. 112, que garante prisão especial aos membros da Justiça de Paz.

Desse modo, a Constituição e a legislação federais vigentes permitem caracterizar do seguinte modo os Juízes de Paz:

a) são eleitos por mandatos de quatro anos;

b) os candidatos devem ser brasileiros maiores de vinte e um anos, filiados a partido político, em situação regular junto à Justiça Eleitoral e domiciliados na circunscrição em que concorrerão;

c) a eleição é de âmbito municipal e se submete à autoridade dos Tribunais Regionais Eleitorais;

d) são magistrados, ainda que eletivos, gozando da prerrogativa da prisão especial;

e) têm competência para celebrar casamentos, verificar o processo de habilitação, exercer atribuições de conciliação não-jurisdicional, **além do que for previsto na legislação que criar a Justiça de Paz**;

f) tal legislação é federal, no caso da Justiça de Paz do Distrito Federal e dos Territórios, e **estadual** para a Justiça de Paz dos Estados, como expresso no **caput** do art. 98 da Constituição Federal.

Traçado esse plano geral do tratamento normativo da Justiça de Paz pelo ordenamento federal, resta examinar as alegações de inconstitucionalidade constantes da exordial.

De início, impugna o Procurador-Geral da República o Capítulo II da Lei estadual nº 13.454/2000, relativo à eleição e à investidura dos Juizes de Paz. Sustenta a ocorrência de invasão da competência privada da União para legislar sobre Direito Eleitoral, uma vez que as normas mineiras estariam a impor competências estranhas à Justiça Eleitoral, em especial ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: Ao assim prever, invade esfera de competência da União, pois, segundo a Constituição Federal, em seu art. 121, ‘lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Trata-se do Código Eleitoral’.

Como visto, o próprio Código Eleitoral regula as eleições para Juiz de Paz, submetendo-as ao poder dos TREs, que podem, até mesmo, na ausência de disposição legal, marcar a data dos pleitos. Assim, não há falar em invasão de competência. Mas, sim, de simples explicitação das tarefas que a lei eleitoral cometeu aos Tribunais Regionais.

Por outro lado, ao não fixar a data de tais eleições, a legislação federal deixou espaço aberto para a disposição dos Estados ao criarem suas justiças de paz, tal como fez Minas Gerais ao vincular a escolha dos Juizes de Paz à dos Prefeitos e Vereadores, em harmonia com o art. 186 do próprio Código Eleitoral.

Ressalta, igualmente, o requerente a inconstitucionalidade da exigência de filiação partidária dos candidatos a Juiz de Paz, isso porque em “momento algum o texto constitucional determina tal filiação, que não é compatível com as atribuições conferidas pela legislação, especialmente, aquelas de natureza conciliatória, que a par de não estarem revestidas de caráter jurisdicional, denotam grande carga de compor litígios, e exigir isenção e imparcialidade, qualidades bastante inatingíveis por aqueles jungidos a este ou àquele partido político”.

Nesse particular, os argumentos da inicial vão de encontro ao histórico tratamento da Justiça de Paz no Direito brasileiro, bem como não guardam relação com o citado §3º do art. 14 do texto constitucional vigente.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu art. 162, já determinava a existência de uma Justiça de Paz eletiva, com evidente vinculação partidária, que foi amplamente regulada pela Lei de 1º de outubro de 1828. Desde então, com exceção de período no regime de 1964, a tradição no Direito brasileiro é a eletividade dos Juizes de Paz, cujas candidaturas sempre foram canceladas por partidos políticos, em especial no Estado de Minas Gerais, onde a Justiça de Paz sempre desempenhou relevantes atribuições.

Já a alínea c do inciso VI do § 3º do art. 14 da Constituição, ao fixar a idade mínima para candidatura a Juiz de Paz, evidencia a submissão de tais candidaturas às demais regras de elegibilidade constantes do parágrafo sob enfoque, não deixando dúvida quanto à necessidade de filiação partidária para concorrer no pleito em questão. E não poderia ser diferente, tendo em vista que no Brasil vigora, como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, o “monopólio partidário das candidaturas” (cf. Constituição Federal Anotada, p.47), isto é, não há no ordenamento brasileiro possibilidade de candidatos avulsos, o que se impõe também, por força do preceito constitucional, à escolha dos Juizes de Paz.

Por outro lado, mesmo que todas as mencionadas normas constitucionais e legais não dessem respaldo às disposições mineiras acerca da escolha de seus Juizes de Paz, ainda assim não haveria falar em inconstitucionalidade. Isso porque ao conferir ao Estado o poder de criar a Justiça de Paz, a

Constituição, por imperativo lógico, igualmente atribui a ele a competência para disciplinar a seleção de tais juízes, em raciocínio pautado pela teoria dos poderes implícitos, elaborada por Marshall na Suprema Corte norte-americana, amplamente aceita no Direito Constitucional brasileiro e que pode ser resumida nas seguintes palavras de Canotilho:

“poderes implícitos (implied powers): poderes não expressamente mencionados na Constituição, mas adequados à prossecução dos fins e tarefas constitucionalmente atribuídos aos órgãos de soberania” (cf. Direito Constitucional, 6ª ed., p.681).

Além disso, cabe registrar que se está diante de caso de competência legislativa concorrente, como, aliás, reconhece o próprio Procurador-Geral da República em sua petição inicial: “Deveras, ao dispor que União (no caso do Distrito Federal e territórios) e Estados devem criar a Justiça de Paz no âmbito de suas competências, **nos parece razoável acreditar que a legislação para tanto é concorrente**” (grifos não originais).

Destarte, ante eventual lacuna deixada pelo legislador federal ou mesmo ante seu completo silêncio, incide a regra do §3º do art. 24 da Constituição Federal:

“§3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender suas peculiaridades”.

Tal preceito, como ensina Fernanda Dias Menezes de Almeida permite que, na ausência de manifestação legislativa federal, legisle o Estado sobre normas gerais e, também, sobre normas específicas, segundo suas peculiaridades:

“A regra é que os estados façam o detalhamento das normas gerais da União. Para fixarem normas específicas devem partir de normas gerais. Se estas faltarem, não terão eles o que detalhar. E por isso ficariam inertes se não lhes fosse dado estabelecer a base geral, os princípios que são o pressuposto de sua ação normativa. Para obviar esse problema é que a Constituição, nesse caso, lhes dá competência plena: fixarão as normas gerais e, a partir delas, as normas específicas em atenção às peculiaridades” (cf. Competências na Constituição de 1988, 2ª.ed., p.155).

Assim, não há falar em vício de inconstitucionalidade das normas do Capítulo II da Lei mineira nº 13.454/2000, seja porque editadas como demonstrado, dentro dos moldes fixados pelas normas federais sobre a matéria seja porque ainda tais moldes não existissem, haveria competência legislativa plena por parte do Estado, posto trata-se de competência concorrente, como admitido pelo próprio requerente.

Por fim, quanto às regras acerca das eleições para o cargo de Juiz de Paz, resta ainda analisar o disposto no parágrafo único do art. 117 da Constituição do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

“Parágrafo único. A eleição do Juiz de Paz. Observado o sistema majoritário e a coincidência com as eleições municipais será disciplinada em lei”.

Assim, independentemente das normas dos arts. 2º *caput*, e 3º da Lei estadual nº 13.454/2000, a adoção do sistema majoritário para a escolha dos Juízes de Paz e a coincidência com as eleições municipais já são previstas no texto da Constituição do Estado de Minas Gerais, **que não foi impugnado**.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, é pacífica em considerar que, em casos como esse, há necessidade de impugnação conjunta dos diplomas que tratam da matéria. Assim, para viabilidade da ação deveria o requerente ter atacado igualmente a norma da Constituição estadual, sob pena, até mesmo de inocuidade da declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, se as normas da Lei estadual nº 13.454/2000 ao disporem sobre a eleição majoritária e sobre a coincidência com as eleições municipais, simplesmente cumprem preceito da Constituição do Estado, é evidente que a afecção da constitucionalidade daquelas depende da constitucionalidade, ou não, desta. Desse modo, resta caracterizada hipótese de ofensa indireta ao texto da Constituição Federal, onde se impõe a análise de norma infraconstitucional interposta, o que inviabiliza, nesse ponto específico, o conhecimento da ação. Nesse sentido a ADI 2.122, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16.06.2000:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.004, DE 14/04/98, DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 150, §6º E 155, §2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONFLITO DIRETO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL.

Não cabe controle abstrato de constitucionalidade por violação de norma infraconstitucional interposta, sem ocorrência de ofensa direta à Constituição Federal. Hipótese caracterizada nos autos em que para aferir a validade da lei alagoana sob enfoque frente aos dispositivos da Constituição Federal, seria necessário o exame do conteúdo da Lei Complementar nº 24/75 e do Convênio 134/97, inexistindo, no caso, conflito direto com o texto constitucional.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida”.

O fato de se estar diante de hipótese de competência concorrente também resta patente no caso das atribuições conferidas pelo diploma impugnado aos Juízes de Paz de Minas Gerais, que, para o Procurador-Geral da República seriam de natureza processual.

Ataca a inicial as competências a seguir grifadas constantes no art. 15 da Lei estadual nº 13.454/2000:

“Art.15 – Compete ao Juiz de Paz:

I – presidir a celebração de casamento civil, observadas nas normas legais;

II – examinar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação para o casamento, para a sua regularidade;

III – opor impedimento à celebração do casamento, nos termos do inciso II do art. 189 do Código Civil;

IV – exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, lavrando ou mandando lavrar o termo da conciliação concluída;

V – comunicar ao Juiz de Direito a existência de menor em situação irregular;

VI – expedir atestado de residência, de vida, de viuvez ou de miserabilidade de moradores de seu distrito, mediante requerimento do interessado ou requisição de autoridade pública;

VII – arrecadar bens de ausentes ou vagos, até que intervenha a autoridade competente;

VIII – processar auto de corpo de delito, de ofício ou a requerimento da parte, e lavrar auto de prisão, em caso de ausência, omissão ou recusa da autoridade policial;

IX – prestar assistência ao empregado nas rescisões de contrato de trabalho, quando inexistirem na localidade os órgãos previstos no art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -;

X – zelar, na área territorial de sua jurisdição, pela observância das normas concorrentes à defesa do meio ambiente e à vigilância ecológica sobre matas, rios e fontes, tomando as providências necessárias ao seu cumprimento;

XI – intermediar acordo para solução de pequenas demandas e ocorrências corriqueiras de trânsito;

XII – funcionar como perito em processos e exercer outras atividades judiciárias não defesas em lei, de comum acordo com o Juiz de direito da comarca.

§1º - No exercício das atribuições conciliatórias, o Juiz de Paz poderá, se achar necessário, nomear escrivão “ad hoc” para a lavratura do termo de conciliação.

§2º - A nomeação de escrivão “ad hoc” é obrigatória em caso de arrecadação provisória de bens de ausentes ou vagos”.

Sustenta o requerente, como visto, que as destacadas atribuições têm caráter processual, o que implicaria a ocorrência de invasão da competência legislativa privada da União para dispor sobre direito processual.

Ocorre, entretanto, que a leitura mais cuidadosa dos incisos em questão demonstra a natureza meramente procedimental das atividades dos Juízes de Paz, que guardam relação, igualmente, com a organização judiciária do Estado de Minas Gerais.

Tais matérias, por óbvio, são também de competência legislativa dos Estados, seja por força do inciso XI do art. 24 da Carta da República, seja por imposição da alínea c do inciso II do art. 96 do texto constitucional federal, normas essas reproduzidas nos arts. 10, XV, I; e 104, IV, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Registre-se, igualmente, que o processo legislativo que resultou na edição da lei sob enfoque foi iniciado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o que mais uma vez denota o objetivo de organização judiciária que contém suas normas.

De qualquer forma, devem ser descaracterizados os vícios de inconstitucionalidade alegados pelo requerente nos diferentes incisos do art. 15 da Lei nº 13.454/2000.

O inciso VII e o §2º do mencionado art. 15 tratam das atividades dos Juízes de Paz na arrecadação de bens dos ausentes. Não há, no caso, disposição de caráter processual. Isso porque em nada inova a lei mineira em relação ao Código de Processo Civil, simplesmente regulando procedimento a ser seguido no cumprimento daquilo nele estabelecido.

O art. 1.160 do CPC determina que “o juiz mandará arrecadar os bens do ausentes e nomear-lhe-á curador”. Já as normas impugnadas atribuem ao Juiz de Paz a função de arrecadar tais bens até que intervenha o curador regularmente nomeado e com autoridade para administrá-los. Ou seja, é evidente o caráter procedimental das regras atacadas, que simplesmente definem a forma como cumprirá o Juiz de Direito o preceito processual, bem como exprimem que órgão da estrutura da Justiça estadual efetuará a arrecadação, em nítida disposição de organização judiciária.

É importante ressaltar que a atividade dos Juizes de Paz na arrecadação dos bens dos ausentes, até intervenção do curador regulamente nomeado, é tradicional na organização judiciária do Estado de Minas Gerais como apontava, em 1930, Levindo Ferreira Lopes ao analisar a Lei estadual nº 912 de 1925 (cf. Manual dos Juizes de Paz, 4ª.ed., p.26).

Levindo Ferreira Lopes também destaca as tradicionais atividades dos Juizes de Paz mineiros na lavratura dos autos de corpo de delito e de prisão ante ausência, omissão ou recusa da autoridade policial competente (cf. Manual dos Juizes de Paz, 4º ed., p. 26), tal como previsto no inciso VII do art. 15 da Lei estadual nº 13.454/2000.

É de se frisar, de início, que os autos de prisão e de corpo de delito são relevantes atos do inquérito policial, que, por sua vez, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, não é processo, mas sim mero procedimento. Julio Fabbrini Mirabete ensina que:

“Não é inquérito ‘processo’, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão de acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal” (cf. Processo Penal, 6ª ed., p. 79)

Nesse sentido também, por exemplo, a lição de Magalhães Noronha, em seu Curso de Direito Processual Penal (21ª ed., p. 18).

O Supremo Tribunal Federal, em sua reiterada jurisprudência, corrobora a doutrina:

“HABEAS CORPUS – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM INQUÉRITO POLICIAL – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DE NULIDADE PROCESSUAL – INADMISSIBILIDADE – TARDIA ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA – NÃO - DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – SÚMULA 523/STF – REEXAME DA MATÉRIA DE FATO EM HABEAS CORPUS – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO INDEFERIDO. INQUÉRITO POLICIAL – UNILATERALIDADE – A SITUAÇÃO JURÍDICA DO INDICIADO.

O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é enquanto dominus litis – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder,

pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

(...)” (HC 73.271, Rel. Min. Celso de Mello DJ 04.10.96, grifos não originais).

Assim, desde logo se esvazia a alegação da inicial de que o inciso VIII do art. 15 da Lei nº 13.454/2000, ao dispor sobre a lavratura dos autos de corpo de delito e de prisão, legislou em matéria de processo penal, área de competência privativa da União, na forma do inciso I do art. 22 da Carta da República.

Sendo o inquérito policial, como visto, um procedimento, evidente que a competência para sobre ele legislar é concorrente, como é expressamente previsto no inciso XI do art. 24 da Constituição Federal, não existindo, portanto, inconstitucionalidade formal alguma na disposição mineira ora impugnada.

Nesse sentido, a ADI 1.285 – MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 23.03.2001:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Artigos 105, 108, ‘caput` e § 1º, 111, 166, V e X (este só no tocante à remissão ao inciso V mesmo artigo), 299, § 2º, todos da Lei Complementar nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo.

- O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que se sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal.

- A independência funcional a que alude o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação. Pedido de liminar deferido em parte, para suspender a eficácia, ‘ex nunc` e até o julgamento final desta ação, das expressões ‘e a ação civil pública` contidas no inciso V do artigo 116 e das expressões ‘de promoção ou` contidas no § 2º do artigo 229, ambos da Lei Complementar estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, do Estado de São Paulo“ (grifos não originais).

Ademais, os atos do inquérito policial, que de ordinário são de competência da autoridade policial, podem ser atribuídos a outras autoridades, como fica claro da leitura do parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal:

“Parágrafo único. A competência definida neste artigo [para conduzir o inquérito policial] não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Desse modo, se a lei processual deixa espaço para que a condução integral do procedimento inquisitorial seja efetuada por autoridade outra que não a policial, é óbvio que não há vício em norma que simplesmente faculta, na ausência omissão ou recusa da autoridade policial, que o Juiz de Paz, magistrado temporário, realize a corriqueira lavratura do auto de prisão ou de corpo de delito.

O inciso VIII do art. 15 da Lei estadual nº 13.454/2000, portanto, dispõe acerca de procedimento e assim o faz dentro da competência concorrente do art. 24, XI, do texto constitucional federal, bem como em conformidade com o parágrafo único do art. 4º, do CPP.

O inciso IX do art. 15, por outro lado, atribui ao Juiz de Paz a função de dar assistência ao empregado no caso de rescisão do contrato de trabalho, quando não existirem na localidade os órgãos de que trata o art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, que tem o seguinte teor:

“Art. 477 – É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

§ 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

§ 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

§ 3º - Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz.

(...)” (grifos não originais).

Da simples leitura do transcrito § 3º do art. 477 da CLT se percebe que a norma mineira impugnada faz mera reafirmação de competência fixada na legislação federal, não havendo inconstitucionalidade na reprodução, por lei local, de normas federais correlatas, tal como defendido por Fernanda Dias Menezes de Almeida (cf. Competências na Constituição de 1988, p. 153) e pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não se caracteriza, assim, a alegada violação da competência legislativa da União para dispor sobre direito do trabalho, uma vez que a própria CLT conferiu aos Juizes de Paz a competência que é explicitada pelo inciso IX do art. 15 da Lei estadual nº 13.454/2000.

O inciso X, por sua vez, atribui ao Juiz de Paz a função de zelar pelo meio ambiente, tomando as providências necessárias. Alega o Procurador-Geral da República, após reconhecer a ampla competência material para proteção do meio ambiente, na forma do art. 23 da Constituição Federal, que exatamente a expressão “tomando as providências necessárias ao seu cumprimento” implica extrapolação das atribuições constitucionalmente conferidas aos Juizes de Paz.

Registre-se, desde logo, que as competências dos Juizes de Paz são aquelas que a Constituição Federal expressamente arrola, bem como as outras previstas na lei de criação da Justiça de Paz, lei essa federal para o Distrito Federal e Territórios e, por óbvio, estadual para os Estados, no caso sob exame, a própria Lei nº 13.454/2000. Assim, nada impede que a legislação estadual atribua funções de guarda

auxiliar do meio ambiente aos Juízes de Paz, ainda mais quando se considera o fato de o art. 225 da Carta da República haver imposto ao poder público e à coletividade como um todo o dever de defendê-lo.

Por outro lado, é evidente, é cristalino que o inciso em questão ao determinar ao Juiz de Paz a tomada das providências necessárias a proteção ambiental, em nada invade competências dos órgãos especializados na fiscalização ambiental, como pretende fazer crer o requerente, mas simplesmente impõe um dever de agir ao membro da Justiça de Paz dentro dos limites de suas atribuições, o que se pode dar, por exemplo, por meio de mera comunicação de ocorrências a esses órgãos especializados. Não há falar, portanto, de inconstitucionalidade do dispositivo sob enfoque.

O inciso XII, por fim, possibilita ao Juiz de Paz atuar como perito, obviamente dentro dos limites fixados pelo Código de Processo Civil, especialmente em seu art. 145, §§ 1º e 2º. Como ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra, esse dispositivo do CPC contém a regra “dentro de cujo âmbito o juiz tem liberdade de escolha”, podendo nomear peritos, inclusive, dentre técnicos de estabelecimentos oficiais, ou seja, servidores públicos (cf. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, p.207).

Nada impede, assim, que, satisfeitos os requisitos processuais, atuem os Juízes de Paz, que podem ter as mais variadas formações profissionais, como peritos, auxiliando os Juízes no campo de suas especialidades técnicas.

A norma do inciso XII do art. 15 da Lei estadual nº 13.454/2000, portanto, somente explicita uma possibilidade legalmente válida, propiciando uma maior contribuição dos Juízes de Paz à administração da Justiça, não lhe onerando em nada e em nada contrariando o texto constitucional.

Finalmente, sustenta o Procurador-Geral da República a inconstitucionalidade da seguinte expressão grifada, constante do art. 22 da Lei estadual nº 13.454/2000:

“Art. 22 – O exercício efetivo da função de Juiz de Paz constitui serviço público relevante e garante direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento”.

Tal dispositivo é reprodução quase literal do § 2º do art. 12 da Lei Orgânica da Magistratura:

§ 2º - O exercício efetivo da função de Juiz de Paz constitui serviço público relevante e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento”.

Alega o requerente, na exordial, que a regra mineira atacada invade competência privativa para legislar sobre processo penal: “Cabe ao legislador federal decidir quais pessoas são abrangidas pelo conceito de prisão especial, e não ao legislador infraconstitucional estadual”.

Sendo a LOMAN uma lei complementar federal, recepcionada pela ordem constitucional vigente, como asseverado pelo Supremo Tribunal Federal em diferentes julgados, e dispondo ela sobre a prisão especial dos Juízes de Paz no transcrito § 2º de seu art. 112, resta completamente esvaziada a impugnação do requerente.

O art. 22 do diploma normativo impugnado, assim, simplesmente reproduz garantia de prisão especial regularmente prevista na legislação complementar federal, não havendo falar, como *visto quando da análise do inciso IX do art. 15, em inconstitucionalidade nesta mera reprodução de preceito.*

Por outro lado, ainda que se estivesse a discutir não um vício formal (invasão de competência

legislativa), mas a regularidade material da prisão especial frente ao texto constitucional, a impugnação da norma da Lei estadual nº 13.454/2000 não poderia ser apreciada pelo STF. Isso porque a jurisprudência da Corte é pacífica em considerar inviável o conhecimento da ação em relação a normas locais que reproduzem normas federais de observância obrigatória, conforme decidido na ADI 2.084 – MC, Rel. Min. Ilmar Galvão. Ademais, a exclusiva declaração de inconstitucionalidade da norma mineira seria inócua, uma vez que permaneceria em vigor a garantia expressa no dispositivo da LOMAN, que não é objeto da presente ação e nem poderia sê-lo, tendo em vista trata-se de direito pré-constitucional. Nesse sentido, entre outros precedentes do Supremo, as ADIs 2.132 e 2.242. Rel. Min. Moreira Alves, e a ADI 2.347, Rel. Min. Ilmar Galvão, cujo acórdão restou assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ART. 64 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA E LEI RONDONIENSE Nº 276, DE 18.04.90. NORMAS QUE DISPÕEM SOBRE PENSÃO MENSAL E VITALÍCIA PARA EX-GOVERNADORES DO ESTADO E DO ANTIGO TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA, ALTERANDO A CONFIGURAÇÃO DO BENEFÍCIO SOB ENFOQUE, ORIGINALMENTE INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL Nº 50, DE 31.07.85.

Normas que, ao tratarem da pensão concedida aos ex-Governadores do Território Federal de Rondônia, apresentam efeitos concretos, não revestindo caráter normativo, razão pela qual são insuscetíveis de apreciação em ação direta.

Os diplomas em referência, ademais, por promoverem alterações em benefício preexistente, não podem ser impugnados isoladamente, mas somente em conjunto com a lei alterada, que, sendo anterior à Constituição em vigor, não é passível de exame em controle concentrado de constitucionalidade.

Ação direta não conhecida” (grifos não originais)

Ante o exposto, resta patente a inexistência dos vícios de inconstitucionalidade apontados pelo Procurador-Geral da República na inicial, impondo-se, assim, a improcedência da presente ação direta.

De Brasília para Belo Horizonte, 18 de agosto de 2003.

*CARLOS BASTIDE HORBACH
Subprocurador Regional no Distrito Federal*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.938

PROCEDÊNCIA: MINAS GERAIS
RELATOR: MIN. EROS GRAU
REQUERENTE(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS
 GERAIS

DECISÃO

Preliminarmente, o Tribunal, por unanimidade, não conheceu do pedido formulado na ação quanto à expressão simultaneamente com as eleições municipais, contida no caput do artigo 2º, e quanto à expressão segundo o princípio majoritário, constante do caput do artigo 3º, ambos da Lei nº 13.454, de 12 de janeiro de 2000, do Estado de Minas Gerais. Votou a Presidente. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, quanto aos artigos 2º e 3º da norma impugnada, conheceu do pedido formulado na ação e julgou-a improcedente, exceto quanto ao vocábulo “subsidiária”, constante no *caput* do artigo 2º, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Marco Aurélio, que a julgavam procedente. Votou a Presidente. Após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, que julgavam improcedente a ação quanto ao artigo 4º, e dos votos dos Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, julgando-a procedente, o julgamento foi suspenso para colher os votos dos senhores ministros ausentes neste julgamento, por não atingir o quorum necessário para declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. E, quanto aos demais artigos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora.

Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Cezar Peluso e, neste julgamento, os Senhores Ministros Nelson Jobim (Presidente) e Gilmar Mendes.

Falou pelo requerido, Governador do Estado de Minas Gerais, o Dr. Carlos Bastide Horbach.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente).

Plenário, 08.06.2005.

DECISÃO

Prosseguindo no exame dos dispositivos impugnados na Lei nº 13.454, de 12 de janeiro de 2000, do Estado de Minas Gerais, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação quanto ao artigo 4º, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, deu pela inconstitucionalidade integral do artigo 6º, nos termos do voto do relator. Em relação aos artigos 5º, 7º, 8º, 9º e 10, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Marco Aurélio e Celso de Mello. Quanto ao inciso VII do artigo 15, julgou, por maioria, improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Marco Aurélio. Por unanimidade, julgou inconstitucional a expressão “e lavrar auto de prisão”, constante do inciso VIII do artigo 15, nos termos do voto do relator; e, por maioria, inconstitucional o remanescente do dispositivo, vencidos os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim. Em relação ao inciso IX do mesmo artigo, o Tribunal, por unanimidade, julgou inconstitucional a ação. Por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao inciso X do artigo 15, vencidos os Senhores Ministros

Eros Grau (Relator) e Marco Aurélio, que davam interpretação conforme, assim como, também por maioria, improcedente a ação quanto ao seu inciso XII, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e Marco Aurélio. Em relação ao § 2º do artigo 15, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator) e o Marco Aurélio. E, quanto ao artigo 22, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade da expressão “e garante direito a prisão especial, em caso de crime comum, até definitivo julgamento”, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso.

Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim.

Redigirá o acórdão o próprio relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Cezar Peluso.

Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Plenário, 09.06.2005.



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PALÁCIO DA LIBERDADE

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais

11/02/2004 18:56 12790



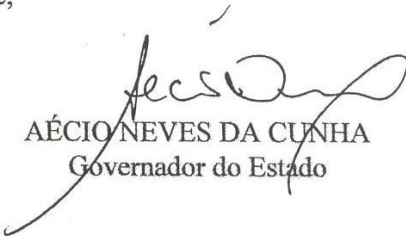
OF.GAB.GOV.Nº 18/04

Belo Horizonte, 5 de fevereiro de 2004.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Em atenção ao seu Ofício n.º 160/04, encaminho a Vossa Excelência a anexa Informação AGE n.º 02/2004, elaborada pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, que adoto, para instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3106-6, requerida pelo Procurador-Geral da República.

Atenciosamente,


AÉCIO NEVES DA CUNHA
Governador do Estado

A Sua Excelência o Senhor
Ministro MAURÍCIO CORRÊA
Presidente do Supremo Tribunal Federal
Brasília - DF



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

Informação AGE n.º 2/2004

Em 5 de fevereiro de 2004.

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa informação AGE n.º 2/2004, elaborada pelo Procurador do Estado Marcelo Barroso Lima Brito de Campos, que aprovo, com o fim de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3106-6, requerida pelo Procurador-Geral da República.

Assinatura manuscrita em tinta preta, legível como 'Humberto Rodrigues Gomes'.

HUMBERTO RODRIGUES GOMES
Advogado-Geral Adjunto do Estado

INFORMAÇÃO AGE Nº 2/2004.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI - 3106-6

AUTOR: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Senhor Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais,

I - SÍNTESE DA AÇÃO

A inicial da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade possui duas vertentes distintas, a saber:

a) primeiro, por suposta ofensa ao § 13, do art. 40, da Constituição da República, pretende a inconstitucionalidade do art. 79, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002, que trata da possibilidade de vinculação dos servidores estaduais não titulares de cargo efetivo ao regime próprio estadual, desde que a eles se apliquem as regras do regime geral de previdência social.

b) segundo, por suposta ofensa ao art. 149, § 1º, da Constituição da República, busca a inconstitucionalidade do art. 85, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002, com a redação conferida pela Lei Complementar Estadual nº 70, de 30 de julho de 2003, que trata da contribuição do servidor (3,2%) para custeio de seu sistema de saúde.

Eis os contornos da questão constitucional.

Data maxima venia, não merece guarida a tese esposada na exordial, porquanto os questionados dispositivos da lei complementar estadual guardam perfeita compatibilidade com os dispositivos constitucionais invocados.

II – INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE

II.1. A situação dos servidores estaduais não titulares de cargo efetivo. Compatibilidade entre o artigo 79 da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002 com o art. 40, §13, da Constituição da República.

Dispõe o art. 40, § 13, da Constituição da República:

Art. 40. [...]

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

Por seu turno, dispõe o art. 79, da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002:

Art. 79 - O Estado, por meio de seus Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas autarquias e fundações, do Ministério Público e do Tribunal de Contas,

poderá assegurar aposentadoria a seus servidores não titulares de cargo efetivo e pensão aos seus dependentes, bem como os demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, conforme o disposto no § 13 do art. 40 da Constituição da República e, no que couber, as normas previstas nesta lei complementar.

§ 1º - Para efeito deste artigo, considera-se servidor não titular de cargo efetivo:

I - o detentor exclusivamente de cargo de provimento em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

II - o servidor a que se refere o art. 4º da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990, não alcançado pelo disposto na Emenda à Constituição do Estado nº 49, de 13 de junho de 2001;

III - o servidor designado para o exercício da função pública, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.254, de 20 de julho de 1990; IV o agente político.

§ 2º - O servidor a que se refere o “caput” deste artigo, na hipótese de lhe ser assegurada aposentadoria e pensão, contribuirá para o custeio de sua previdência com uma alíquota de 11% (onze por cento), incidente sobre sua remuneração de contribuição, respeitado o limite fixado pelo RGPS e observado, no que couber, o disposto no art. 26.

§ 3º - A alíquota de contribuição do Estado para aposentadoria e demais benefícios previdenciários, observadas as regras do RGPS, do servidor de que trata o “caput” será de 22% (vinte e dois por cento) incidentes sobre a remuneração de contribuição.

A alegada inconstitucionalidade do dispositivo de lei estadual baseia-se na equivocada premissa de que o §13, do art. 40, da Constituição da República determina a filiação de servidores não titulares de cargos efetivos ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, porém, não é isso que consta da norma, que apenas exige que a tais servidores se apliquem as regras do regime geral de previdência social.

Com efeito, na inicial às fls. 07, o autor entende que “*o aludido dispositivo constitucional prevê, de forma explícita, que os servidores não-efetivos serão filiados ao regime geral previdência, isto é, ao INSS:*” Ora, com a devida vênia não se pode confundir regime de previdência com a entidade gestora. Regime é uma coisa e órgão/entidade gestora é outra. O constituinte determinou a aplicação das regras do regime geral aos servidores não efetivos, em momento algum determinou sua filiação ao um determinado órgão/entidade gestora. Não consta do art. 40, §13, da CF/88 a referência ao INSS. Onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir, eis uma das máximas de hermenêutica.

Nem se pode entender que o INSS é a única entidade gestora do regime geral de previdência, porquanto a interpretação sistemática e teleológica da Constituição não permite este entendimento, ao contrário, permite concluir pela liberdade de escolha do ente federativo, quanto a vinculação dos seus servidores não efetivos, ou perante o INSS ou perante o órgão/entidade gestora estadual, devendo observar apenas que em qualquer dos casos, as regras a serem aplicadas são aquelas previstas para o regime geral.

Em verdade, a questão constitucional merece ser definida por este Pretório Excelso, pois que a tese defendida pelo Estado de Minas Gerais, quanto à correta exegese do art. 40, §13, da CF/88, merece prevalecer.

A interpretação sistemática do §13, do art. 40, da CF/88, à luz dos princípios da autonomia e do federalismo, proporciona ao Ente Federado a possibilidade de eleger a via que considera adequada à administração pública, quanto a filiação de seus servidores não titulares de cargos efetivos. A única restrição é que a estes servidores se apliquem as regras do regime geral de previdência social.

Com isso, não se está defendendo a inconstitucionalidade do §13, do art. 40, da CF/88 como é objeto da ADIN nº 2024-2, proposta pelo Governador do Mato Grosso do Sul, ao contrário, propugna-se pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, contudo, interpretado à luz do sistema no qual se insere.

Compete somente ao Ente Federado ao qual se vincula o servidor não titular de cargo efetivo, a decisão de filiar tais servidores junto ao INSS ou de mantê-los filiados no órgão gestor de seu regime próprio, senão vejamos:

O *caput* do art. 40, da CF/88, possibilita aos servidores titulares de cargos efetivos a vinculação ao regime previdenciário próprio, de caráter contributivo, sem vedar que os servidores não titulares de cargos efetivos sejam também filiados ao mesmo regime próprio, desde que a estes se apliquem as regras do RGPS. A Emenda nº 20/98, de 16/12/98, promulgada em data posterior à Lei 9.717/98, de 27/11/98, não recepcionou a exclusividade disposta no inciso V, do art. 1º, deste último diploma legal. Portanto, a exclusividade de cobertura no regime próprio das Unidades da Federação somente para os titulares de cargos efetivos, não foi recepcionada pela Emenda citada.

Como se vê, a eiva de inconstitucionalidade não atinge ao §13, do art. 40, da CF/88, mas sim ao inciso V, do art. 1º, da Lei nº 9.717/98, sendo juridicamente mais correto afirmar que não foi recepcionado na nova Ordem, pela razão já exposta e pelos demais dispositivos, preceitos e princípios a seguir analisados.

O §13, do art. 40, da CF/88, por sua vez, manda que se apliquem aos servidores por ele mencionados, as regras do regime geral de previdência social - RGPS e não que se filiem obrigatoriamente ao INSS. Por isso também é viável a aplicação das normas do RGPS pelo órgão/entidade gestora de previdência estadual, quanto aos servidores não titulares de cargos efetivos, se for interesse da administração pública da esfera federada, o que inclusive é permitido **pelo §12, do art. 40, da CF/88**.

Destacada a hipótese, e seus corolários, segue-se a sua demonstração.

Nenhum dispositivo constitucional pode ser interpretado isoladamente, mas em concerto com todas as normas da Carta Magna. As normas que compõem o Ordenamento Jurídico devem guardar uma relação de harmonia entre si, com um vínculo essencial de coerência. Por isso, o sentido correto do §13, do art. 40, da CF/88, somente pode ser aquele que não afronte os demais princípios constitucionais, consagrados nos artigos 1º e 18; inciso III, do art. 19; inciso XII e §1º, do art. 24; artigos 25 e 29 (*caput*); artigos 40 e 149, §1º; incisos I, dos artigos 150 e 154; e, finalmente nos §§1º e 4º, do art. 195; todos da CF/88, a saber:

a) os princípios federal e da autonomia, pelos quais os Entes Federados se auto-ordenam por leis próprias e se auto-organizam do ponto de vista administrativo, financeiro, tributário e previdenciário.

b) o auto-gerenciamento dos recursos dos Entes Federados, destinados ao custeio da Seguridade Social;

c) a competência tributária própria do Distrito Federal, dos Estados-membros e dos Municípios para instituir contribuições destinadas ao custeio da previdência e assistência social de seus próprios servidores, sem distinção;

No Estado Federal não se pode prescindir da força do Estado-membro de onde advém o poder daquele, como ressalta JELLINEK ao definir o Estado Federal como sendo o:

“Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados por uma unidade estatal” (In: JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 3ª Ed. pg. 769).

No escólio de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o federalismo:

“Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada Federação ou Estado Federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político constitucional, autonomia federativa.” (In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Melhoramentos, 1998, pg. 103).

A União, o Distrito Federal, os Estados-federados e os Municípios nascem originariamente na Constituição Federal, no mesmo instante, forma e com as limitações ali impostas. Estes não são criaturas da União, mas com ela nascem juntos, integrando vínculo indissolúvel no concerto federativo (art. 1º CF/88).

O Distrito Federal, os Estados-membros e os Municípios têm importância na medida em que detêm autonomia de auto-ordenação por leis próprias e auto-organização do ponto de vista tributário, financeiro, administrativo e previdenciário.

A Constituição de 1988, em seu artigo 18, sufragou expressamente a autonomia da União (art. 20 ao 24), do Distrito Federal (art. 32), dos Estados-federados (art. 25 ao 28) e dos Municípios (art. 29 ao 31) para organizarem-se do ponto de vista administrativo e previdenciário, cuja prerrogativa deve ser aquela ressaltada no escólio do eminente cientista político e jurista PAULO BONAVIDES:

“Através da lei da autonomia manifesta-se com toda clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercem desembaraçadamente todos aqueles poderes que decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição federal.” (In: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2001, pg. 181).

Por essas razões, uma das características do Estado Federal é justamente a inexistência de hierarquia entre as diversas esferas que o estrutura. Há verdadeiro respeito ao princípio da igualdade entre elas, cujo tratamento pauta-se pelo Princípio da Paridade entre as Entidades da Federação, insculpido no inciso III, do art. 19, da CF/88, que dispõe:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

Nessa linha de raciocínio prossegue-se extraindo a lição do eminente constitucionalista já citado, em comento ao dispositivo destacado:

“A paridade federativa encontra apoio na vedação de criar preferências entre um Estado federado e outro ou outros, ou entre os Municípios de um Estado e os de outro do mesmo Estado, ou entre Estado e Distrito Federal (In: SILVA, José Afonso da. Op. cit. 476).

Os princípios de paridade e de igualdade entre os Entes Federados se estendem aos seus respectivos regimes previdenciários, tendo em vista que no sistema de repartição de competências, outra premissa basilar do federalismo, tais atribuições constituem uma das atividades estatais.

“A autonomia de entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal.” (In: SILVA, José Afonso da. op. cit. 477).

Forte no sistema de repartição de competências entre as unidades da federação, no contexto do federalismo, da autonomia dos Entes Federados e da Paridade entre eles, estabeleceu-se no art. 24, XII e §1º, da CF/88, que dispõem expressamente:

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

[...]

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

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

E, para espancar definitivamente qualquer dúvida sobre a competência do Distrito Federal, dos Estados e também, porque não, dos Municípios para legislar sobre a previdência, cumpre trazer à baila a previsão constitucional para instituição de contribuição previdenciária incidente sobre os respectivos servidores para custeio do regime próprio de cada Ente Federativo consubstanciada no atual §1º, do art. 149, da CF/88.

Na redação original, dispunha o parágrafo único do art. 149, da CF/88:

“Art. 149. [...]

Parágrafo único – 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.”

A redação original deste dispositivo já se compatibilizava com a autonomia dos entes federativos, homenageando o princípio da precedência da fonte de custeio segundo o qual o sistema é financiado pela cobrança de contribuição dos respectivos servidores para custeio dos benefícios a eles concedidos.

A Emenda Constitucional nº 41/2003 reforçou a autonomia dos entes federados neste aspecto ao conferir nova redação à norma disposta no art. 149, §1º, da CF/88, segundo o qual:

“Art. 149. [...]”

*§1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, **cobrada de seus servidores**, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União” (destaque nosso).*

Convém notar que o dispositivo alterado não faz distinção entre servidores efetivos e não efetivos, prevendo a cobrança da contribuição pelo Estado de todos os servidores indistintamente, incluindo os não efetivos. A remissão ao art. 40 é para dizer que se trata do regime próprio de previdência do Estado-membro.

Portanto, somente o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, que mantêm serviço de previdência social em benefício de seus servidores, têm competência para criar tributos de custeio daquele serviço. Descabe à União ou à Autarquia Previdenciária Federal (INSS) tal tarefa. Não pode o INSS tributar o servidor não efetivo, porquanto lhe falta a necessária base constitucional, uma vez que a existente só permite, no caso, ao Estado.

A discussão outrora existente sobre o caráter tributário da contribuição previdenciária, hoje está superada. Com efeito, após a Constituição de 1988, restou inequívoca a natureza jurídica da contribuição previdenciária como tributo, sendo assente o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

No direito italiano EMANUELE MORSELLI ressalta a natureza tributária da contribuição parafiscal, em sua obra, *Compendio di Scienza delle Finanze*, 20ª Ed., Padova Cedam, 1952, pg. 72/74.

A qualificação como tributo é dominante na doutrina brasileira.¹¹, como sustenta ALIOMAR BALEEIRO ao assinalar que as contribuições parafiscais:

“são tributos e, como tais, não escapam aos princípios da legalidade e da anualidade” (In: BALEEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pg. 584. Da mesma forma entendem, dentre outros doutos: FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1992, 5º vol., pg. 309/310; BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA, Ives. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1990, 6º vol., Tomo I, pg. 127/129; CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 3ª Ed., pg. 300/301).

Quanto à jurisprudência, numerosas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal reconhecem a contribuição previdenciária, como modalidade autônoma de tributo: RE 84.926- AM -Ac. de 05/11/76 - Relator: Ministro CUNHA PEIXOTO - RTJ 85/926; RE 87.552- SP - Ac. DE 29/11/77 - Relator Ministro CORDEIRO GUERRA - RTJ 85/701; RE 89.413 - RJ - Ac. DE 09/05/79 - Relator Ministro MOREIRA ALVES - RTJ 93/1217; RE 150764-1 - PE - Ac. 16/12/92) Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE; RE 138.284-6 - CE - Ac. 01/07/92, Tribunal Pleno - Relator Ministro CARLOS VELLOSO.

Dessarte, as contribuições sociais de caráter previdenciário têm natureza de tributo e gozam de

regime especial, mormente quanto ao fato de que são tributos finalísticos, afetados às destinações que lhes são próprias. Pode-se afirmar que a contribuição previdenciária tem caráter sinalagmático, ou por outras palavras, a contribuição de caráter sinalagmático somente se explica e se justifica ante a perspectiva de sua retribuição em forma de benefício, assim como o benefício somente se torna direito mediante a prévia contribuição. São dois termos da mesma relação.

Assim, a contribuição previdenciária rege-se pelas normas de Direito Tributário, gozando de regime especial. Essa premissa também rechaça a filiação obrigatória dos servidores não titulares de cargo efetivo junto ao INSS, pois, admitida essa imposição estar-se-ia criando nova fonte de custeio da Seguridade Social, criando tributo sem lei, e mais, sem lei complementar como exige o inciso I, do art. 150, o inciso I, do art. 154 e o §4º, do art. 195, todos da CF/88.

A União, por meio do MPAS, e o INSS abusivamente tentaram instituir esse tributo para Estados e Municípios, por meio de Portarias, Instruções Normativas e Ordens de Serviços, todos, atos ordinatórios, que segundo HELY LOPES MEIRELLES, têm operatividade caseira e se limitam a reger o âmbito no qual foram expedidas, jamais abrangendo outras esferas federadas:

“Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias.” (In: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, 18ª Edição, p. 166/167).

Ademais, *ad argumentandum tantum*, as receitas do Estado destinadas à seguridade social integram seu orçamento (receita/despesa), não podendo integrar o orçamento da União, administração direta ou indireta. Dispõe o art. 195, §1º, da CF/88:

“Art. 195. [...]

[...]

§1º. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.”

Diante disso, não se pode admitir a tese de que as Pessoas Políticas devem seguir as normas do INSS quanto ao recolhimento da contribuição dos servidores não titulares de cargos efetivos, ou seja, não há como impor ao Estado-membro ou ao Município a obrigação de recolhimento da contribuição até o 5º dia útil do mês, pois a folha de pagamento dos Entes Federados pode seguir datas diferentes, conforme a organização de cada um.

Ressalte-se, ainda, o disposto no *caput* do art. 40, da CF/88, que prevê, *in fine*, o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência. É evidente que se o Estado mantiver, como mantém, regime próprio para seus servidores, não deve ser obrigado a verter contribuições ao INSS, ao contrário, tal fato deve ser uma faculdade, observada de acordo com o ponto de vista financeiro e atuarial, para verificar a questão do equilíbrio de seus serviços de previdência e assistência.

Poder-se-ia argumentar que as normas do RGPS são aplicadas exclusivamente pelo INSS, nos termos das Leis nº 8.212 e nº 8.213/91. Contudo esse argumento é simplista e insuficiente, pois tais diplomas legais além de preexistentes são de hierarquia inferior à norma do §13, da CF/88, combinados com os artigos 1º e 18; inciso III, do art. 19; inciso XII e §1º, do art. 24; artigos 25; artigos 40 e 149, §1º;

incisos I, dos artigos 150 e 154; e, finalmente nos §§ 1º e 4º, do art. 195; todos da CF/88, que traduzem expressamente uma exceção constitucional, permitindo aplicar as regras do RGPS, quanto aos servidores não titulares de cargos efetivos, no regime próprio distrital, estadual ou municipal.

Note-se que essa orientação doutrinária atende a pretensão daqueles que defendem a tese de filiação obrigatória ao INSS, com referência a rotatividade profissional desses servidores em face da ausência de vínculo permanente com o Ente Federado. Com efeito, a manutenção da filiação no regime próprio, desde que se apliquem as regras do RGPS, não desautoriza e nem prejudica a constante mudança de vínculo profissional e previdenciário desses servidores, pois sob qualquer vínculo as regras serão as mesmas. E, mesmo porque, a transição do segurado entre os regimes já não é mais problema para estes, tendo em vista a regulamentação do art. 201, §9º, da CF/88, por meio da Lei nº 9.796/99, que dispõe sobre a compensação financeira nestes casos.

Portanto, considerando a premissa de que o Ordenamento pátrio encerra a forma de Estado Federal, com a observância dos Princípios da Autonomia e da Paridade entre os Entes Federados (art. 1º, 18, 19, III, 25 e 30, da CF/88); considerando que a matéria previdenciária é repartida de forma concorrente entre União, Distrito Federal e Estados (art. 24, XII e §1º, 40, 149, §1º e 195, §1º, da CF/88) e até mesmo entre o Município (art. 29, *caput*, 30, I, II, III, V, 40 e 149, §1º, todos da CF/88); considerando que o §13, do art. 40, não veda a inclusão de servidores não titulares de cargos efetivos ao regime próprio de previdência social, não tendo sido recepcionada a norma do inciso V, do art. 1º, da Lei 9.717/98, que estabelecia esta vedação; considerando que a contribuição previdenciária é tributo passível de instituição e cobrança do Ente Federado ao qual pertence o servidor, integrando orçamento próprio de cada esfera federada (art. 149, §1º c/c art. 195, §1º, da CF/88); e por fim, considerando que falece competência a União ou ao INSS para instituir tributo por meio de meros atos ordinatórios ou mesmo lei ordinária, tendo em vista a necessidade de lei complementar (art. 150, I, art. 154, I e art. 195, §4º, da CF/88), chega-se à conclusão de que as questões atinentes à previdência dos Entes Federados, mormente quanto ao regime de seus respectivos servidores, incluindo aqueles servidores não titulares de cargos efetivos, devem ser disciplinadas pelas respectivas esferas federadas a que pertencem os servidores.

Em decorrência, a liberdade de escolha cabe a cada Pessoa Política, que por lei, poderá dispor sobre a instituição e cobrança de contribuição previdenciária de seus servidores, indistintamente (sejam titulares ou não, de cargos efetivos), para custeio de seu respectivo regime.

A tese que melhor interpreta o §13, do art. 40, da CF/88 e que privilegia o princípio de interpretação conforme a constituição é a ora defendida, pela qual compete exclusivamente ao Ente Federado ao qual se vincula o servidor não titular de cargo efetivo, a decisão de filiá-lo no INSS ou mantê-lo no regime próprio, desde que, em qualquer dos casos, a ele se apliquem as regras do RGPS. A teoria é a mais sustentável porque interpreta o dispositivo em comento, à luz das demais normas constitucionais, especialmente, os artigos 1º e 18; inciso III, do art. 19; inciso XII e §1º, do art. 24; artigos 25; artigos 40 e 149, §1º; incisos I, dos artigos 150 e 154; e, finalmente nos §§1º e 4º, do art. 195; todos da CF/88 e também porque, na existência de diversas interpretações.

Essa tese foi defendida pelo Estado de Minas Gerais, em Juízo, por ocasião do Mandado de Segurança que impetrou em face do Superintendente Regional do INSS, processo nº 1999.38.00.017818-2, 13ª Vara da Seção Judiciária de Belo Horizonte, que obteve liminar no sentido de que a Autarquia Previdenciária Federal se absteresse de constituir crédito tributário ou da cobrança daquele já constituído, representado pelas contribuições, com todos os consectários legais, referentes aos servidores não titulares de cargos efetivos, que por sua vez foi confirmada em sentença. Neste mesmo *decisum* julgou-se a

inconstitucionalidade do inciso V, do art. 1º, da Lei nº 9.717/98. O processo pende de decisão em Segunda Instância junto ao Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região.

Portanto, há que se julgar improcedente o pleito prefacial, mantendo-se a constitucionalidade do art. 79, da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, que é compatível com o art. 40, §13 da CF/88, interpretado em concerto com os artigos 1º; 18; 19, III; 24, XII e §1º; 25; 149, §1º; 150, I; 154, I e 195, §§1º e 4º.

II. 2 - A contribuição para custeio do sistema de saúde do servidor estadual. Compatibilidade entre o artigo 85 da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002 com os artigos 1º, 18 e 25 da Constituição da República.

Permissa venia, a exordial da presente ação de inconstitucionalidade parte do equivocado pressuposto de que a contribuição para custeio da assistência à saúde dos servidores estaduais mineiros caracteriza-se como tributo. **Na verdade a compulsoriedade da cobrança da contribuição de saúde do servidor (art. 85, LC 64/02) não a torna um tributo, porquanto é possível retirar a sua obrigatoriedade, tornando-a facultativa, o que não acontece em relação a uma espécie tributária, cuja incidência sobre o fato gerador não pode ser facultativa.** Logo, não se trata de tributo, mesmo porque, é cediço que o Estado não tem competência para instituir tributos fora das hipóteses permitidas no texto magno, que não prevê exação para custeio de sistema estadual de saúde.

A contribuição dos servidores e do Estado para custeio da assistência à saúde não é nova no ordenamento estadual.

A então denominada “taxa” de assistência para fins de custeio de assistência à saúde dos servidores ativos, dos inativos, dos pensionistas e de seus dependentes foi instituída por meio da Lei Estadual nº 1.587, de 15 de janeiro de 1957.

A Lei estadual nº 9.380/86, que dispunha sobre o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais - IPSEMG, representando a ordem legal imediatamente anterior, manteve essa contribuição. Com efeito, o art. 24, I e II, do referido diploma legal previa, em sua redação original, que:

“Art.24 - A receita do IPSEMG será constituída de:

I - contribuição previdenciária mensal do segurado, correspondente a oito por cento (8%) do respectivo estipêndio-de-contribuição;

II - contribuição previdenciária mensal da entidade empregadora, de valor igual a cinquenta por cento (50%) da contribuição e mensalidade de pecúlio devida pelo segurado a seu serviço;

[...]”

O art. 34, da Lei nº 9.380/86, por seu turno dispunha que:

“Art. 34 - O IPSEMG não poderá despende com assistência médica, hospitalar, odontológica, farmacêutica e complementar, excluída a natureza jurídica, importância superior a quarenta por cento (40%) do montante das contribuições arrecadadas dos segurados e das correspondentes cotas da entidade empregadora.”

Cotejando o comando do art. 34 em relação ao art. 24, I, da Lei nº 9.380/86 nota-se que o custeio de assistência à saúde por parte do segurado era constituído de recursos no importe de 40% de 8%, que correspondia a 3,2% das contribuições dos segurados. No caso da parte do Estado, o custeio de assistência à saúde era constituído de recursos no importe de 40% de 4%, que correspondia a 1,6% das contribuições dos segurados.

Essa alíquota de 3,2% (parte do segurado), até o limite de vinte vezes o vencimento mínimo estadual, acrescida de 1,6% (parte segurado) sobre o que exceder ao limite e mais 1,6% (parte do Estado) para custeio de assistência à saúde foi mantida pela novel Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, conforme consta do art. 85 em sua redação original, nos seguintes termos:

“Art. 85 - O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e servidores não titulares de cargo efetivo, definidos no art. 79, extensiva aos seus dependentes.

§ 1º - O benefício a que se refere o “caput” deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 2º - A contribuição referida no § 1º será de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos, no valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 3º - O Tesouro do Estado contribuirá com valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) daquele referido no § 1º deste artigo.

*§ 4º - A contribuição será descontada **compulsoriamente** e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para o pagamento da folha dos servidores públicos do Estado.*

§ 5º Os que perderem a condição de dependente do segurado, bem como os pais deste, poderão continuar com o direito à assistência referida no “caput”, mediante o pagamento, por ex-dependente, da contribuição de 2,8% (dois vírgula oito por cento) da remuneração de contribuição do servidor ativo ou dos proventos do inativo ou da pensão que recebiam, observada a carência de seis meses para atendimento ambulatorial e odontológico e para exames de laboratório, e de doze meses para parto ou internação hospitalar.

§ 6º - A assistência a que se refere o “caput” será prestada pelo IPSEMG exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao IPSEMG até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 3º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta lei complementar.

§ 8º - Fica o IPSEMG autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com municípios e entidades públicas estaduais e municipais,

observadas as condições e o pagamento da contribuição previstos neste artigo, nos termos do regulamento.”

A Lei Complementar Estadual nº 70, de 30 de junho de 2003, alterou a redação do artigo 85 da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março de 2002, mantendo as mesmas alíquotas nos seguintes termos:

“Art. 85 - O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes, observadas as coberturas e os fatores moderadores definidos em regulamento.

§ 1º - O benefício a que se refere o caput deste artigo será custeado por meio do pagamento de contribuição, cuja alíquota será de 3,2% (três vírgula dois por cento), descontada da remuneração de contribuição ou dos proventos do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual, não podendo ser inferior a R\$30,00 (trinta reais), que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.

§ 2º - O piso mínimo de contribuição estabelecido no § 1º não se aplica ao servidor que tenha renda bruta mensal igual ou inferior ao montante estabelecido no art. 13 da Emenda à Constituição da República nº 20, de 15 de dezembro de 1998, aplicando-se nesse caso a alíquota de 3,2% (três vírgula dois por cento).

§ 3º - A contribuição referida no § 1º será acrescida de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração de contribuição ou dos proventos sobre o valor que exceder o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

§ 4º - O Tesouro do Estado contribuirá com a alíquota de 1,6% (um vírgula seis por cento) da remuneração do servidor, até o limite de vinte vezes o valor do vencimento mínimo estadual.

*§ 5º - A contribuição será descontada **compulsoriamente** e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para pagamento da folha de servidores públicos do Estado.*

§ 6º - A assistência a que se refere o caput deste artigo será prestada pelo IPSEMG exclusivamente aos contribuintes e seus dependentes, mediante a comprovação do desconto no contracheque do último mês recebido ou do pagamento da contribuição diretamente ao IPSEMG até o último dia útil do respectivo mês, nos termos do regulamento.

§ 7º - O disposto neste artigo, à exceção do § 4º, aplica-se às pensões concedidas após a publicação desta Lei Complementar.

§ 8º - Fica o IPSEMG autorizado a celebrar convênio de assistência à saúde com instituições públicas estaduais.

§ 9º - A prestação da assistência a que se refere o caput deste artigo fica limitada aos segurados mencionados nos arts. 3º e 79, bem como aos incluídos na forma do § 8º deste artigo, ficando facultado ao IPSEMG celebrar convênios de assistência à saúde com os municípios, mediante contribuição a ser calculada atuarialmente, garantia de adimplência e outras condições definidas em regulamento.

§ 10 - O disposto no § 3º deste artigo não se aplica ao servidor, ao inativo e ao pensionista cuja vinculação ao serviço público estadual tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2001.

§ 11 - Os que perderam a condição de dependente dos segurados, bem como os pais destes, poderão continuar com o direito à assistência referida no caput deste artigo, mediante opção formal, desde que já tenha ocorrido o pagamento da contribuição relativa à alíquota de 2,8% (dois vírgula oito por cento), observado o limite mínimo de contribuição de R\$78,00 (setenta e oito reais) por beneficiário, que serão reajustados nos mesmos índices do aumento geral concedido ao servidor público estadual.”

É importante frisar que essa nova sistemática não foi escolha do Estado de Minas Gerais, pois decorre de norma geral federal, mas ainda assim, com relação ao custeio da assistência à saúde, manteve-se íntegro o sistema.

Com efeito, legislar sobre previdência é competência concorrente entre União, Estado e Distrito Federal (CF, art. 24, XII), logo, compete a União estabelecer normas gerais (CF, art. 24, §1º) e ao Estado e Distrito Federal as normas suplementares (CF, art. 24, §2º). Observando a repartição constitucional de competências a União editou a Lei nº 9.717/98, como norma geral, determinando a separação entre previdência e saúde no seu art. 1º, III, enquanto que o Estado, atento a esse comando, editou a Lei Complementar nº 64/02, dispondo no citado art. 85 a cisão entre saúde e previdência, mantendo contudo a alíquota de 3,2% já existente para custeio da assistência à saúde.

Como se vê, há mais de 47 anos, desde 1957 existe a contribuição para custeio da assistência à saúde não tendo havido qualquer questionamento judicial sobre a mesma.

A organização da assistência à saúde dos servidores ativos, inativos, pensionistas e seus dependentes vinculados ao Estado de Minas Gerais, a ele compete por força do **princípio federativo** e da **autonomia política**, insculpidos no art. 1º, 18 e 25 da Carta Magna. E, com base nestes princípios magnos, imputou-se de compulsória a contribuição, sem contudo defini-la ou caracterizá-la como tributo.

O fundamento constitucional para a organização da assistência à saúde de seus servidores ativos, inativos, pensionistas e dependentes se insere na capacidade de auto-organização oriunda de sua autonomia no âmbito do pacto federativo.

O eminente constitucionalista **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** se manifesta com maestria sobre o tema

“Como Estado federal que é, o Brasil é composto de Estados Federados que gozam, segundo já se ensinou, de autonomia. Autonomia significa etimologicamente autogoverno (mais exatamente, governo de si próprio de acordo com regras por si próprio estabelecidas). Mas na linguagem usual do Direito Público significa governo de si próprio dentro do âmbito fixado (e limitado) por um poder mais alto, o poder soberano.

Na estrutura federativa brasileira, a autonomia do Estado federado importa em *auto-organização*. Cada estado federado se rege por uma Constituição que o seu Poder Constituinte estabelece.” (In: Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Atlas, 2002. p. 66)

Conforme mencionado, a prerrogativa de auto-organização compreende a estruturação dos serviços públicos e dos servidores públicos. Com precisão cirúrgica se manifesta o festejado administrativista **Hely Lopes Meirelles**:

“A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre esta matéria as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se estendem aos servidores dos Municípios.

Cada entidade estatal é autônoma para organizar seus serviços e compor seu pessoal. Atendidos os princípios constitucionais e os preceitos das leis nacionais de caráter complementar, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios instituirão seus regimes jurídicos únicos, segundo suas conveniências administrativas e as forças de seus erários” (CF, arts. 39 e 169). (In: Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 370).

Diante do exposto, não resta dúvidas de que a organização da assistência à saúde dos servidores ativos, inativos, pensionistas e respectivos dependentes compete ao Estado ao qual eles se vinculam. Em Minas Gerais a Lei Complementar nº 64/02 e 70/03 disciplinam essa organização.

Em decorrência da capacidade auto-organização, o custeio da assistência à saúde dos servidores ativos, inativos, pensionistas e seus dependentes não compete à União por meio de repasse de verbas, mas ao Estado de Minas Gerais e aos beneficiários, aquele por força dos **princípios federativo** e da **autonomia política**, insculpidos no art. 1º, 18 e 25 da Carta Magna e este, por força do **princípio da solidariedade**.

Com efeito o caráter compulsório da contribuição de saúde, que não a torna tributo, decorre da necessidade de solidarizar os servidores para que aqueles que auferem mais, possam também custear os serviços para aqueles que ganham menos.

O art. 85 *caput* da LC 64/02 prevê que o IPSEMG, autarquia estadual, prestará assistência à saúde, **cabendo ao Estado promover, juntamente com os beneficiários o custeio do sistema**.

O Estado de Minas Gerais contribui com o financiamento do sistema de saúde de seu servidor ativo, inativo, pensionista e respectivos dependentes nos termos do art. 85, §3º, da LC 64/02.

Por sua vez, o servidor ativo contribui, com sua parte para o financiamento do seu sistema de saúde nos termos do art. 85 da LC 64/02.

Conforme demonstrado, existem duas contribuições para custeio do sistema de saúde do servidor ativo, inativo, pensionista e dependente vinculados ao Estado de Minas Gerais, uma do ente estatal outra do beneficiário.

A base constitucional para a cobrança da contribuição, de forma compulsória, para financiamento

de assistência à saúde do servidor estadual, além de ser extraída do princípio federativo (CF, art. 1º) e da autonomia (CF, art. 18, 24 e 25), é também consubstanciada no **princípio da solidariedade**, peculiar ao sistema de saúde.

Conforme nos ensina **José Cretella Júnior**

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência. (In: Revista de Informação Legislativa, v. 97:7)

Afrontar um princípio geral de direito é mais do que afrontar uma lei, pois significa afrontar todo o alicerce da ciência jurídica.

Com base no princípio da solidariedade foi que o legislador tornou compulsória a contribuição do servidor ativo, inativo e pensionista para custeio do seu sistema de saúde (art. 85, §4º, da LC 64/02). **Sérgio Pinto Martins** explicita os contornos do princípio da solidariedade

“São empregadas as denominações solidariedade, solidarismo e mutualismo.

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto implicitamente inclusive na Constituição.[...]

[...]

Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem. As contingências são distribuídas igualmente a todas as pessoas do grupo. Quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.” (In: Direito da Seguridade Social, São Paulo: Atlas: 2002, p. 176).

Por tudo quanto foi exposto até então, improcede o pedido do autor quanto a inconstitucionalidade do art. 85 da LC 64/02. Se há um vilão na história este é representado pela compulsoriedade da contribuição de saúde e não pelo suposto caráter tributário, que definitivamente não ostenta.

Se, por hipótese inconstitucionalidade houver, ela deve incidir precisamente sobre a palavra “compulsoriamente” inserida no §5º, do art. 85, da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, pois uma vez não facultativa a contribuição não se constitui tributo, em conseqüência, se pode impedir que o Estado e seus servidores mantenham sistema de saúde.

Nesse sentido, há estudos no Estado de Minas Gerais que pretendem viabilizar a facultatividade da contribuição de saúde, mediante projeto de lei complementar a ser enviada à Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais para deliberação acerca da proposta de alteração do §5º, do art. 85, da Lei Complementar estadual nº 64, de 25 de março de 2002, com a retirada da palavra “compulsoriedade”.

III - CONCLUSÃO

Ex positis, em atenção ao Ofício STF nº 134/P, de 22 de janeiro de 2004 e em cumprimento ao disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 são estas as informações acerca da constitucionalidade dos artigos 79 e 85 da Lei Complementar Estadual nº 64, de 25 de março 2002, certo de que seja julgado improcedente o pedido inicial em observância aos consagrados princípios magnos do federalismo, da autonomia, da paridade dos entes federativos, da solidariedade encerrados na Carta Magna, dentre outros já mencionados.

Se diverso o entendimento, a única inconstitucionalidade deve incidir apenas sobre a palavra “compulsoriamente” inserida no art. 85, §5º, da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, configurando-se inconstitucionalidade parcial com redução de texto, cabendo observar que paralelamente o Estado estuda a remessa de projeto de lei complementar pelo Executivo ao Legislativo mineiros para viabilizar a facultatividade da contribuição de saúde.

Esta a informação que se submete a Vossa Excelência acompanhado dos diplomas legais estaduais nela citados, certo de que as alegações do autor não induzem em procedência do pedido proemial.

Belo Horizonte, 05 de fevereiro de 2004.

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS
Procurador do Estado de Minas Gerais



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PALÁCIO DA LIBERDADE

OF.GAB.GOV. N° 29/04

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Registros
e Informações Processuais
20/02/2004 12:31 16909

Senhor Ministro,

Encaminho a Vossa Excelência a anexa Informação AGE n.º 10/2004, elaborada pela Advocacia-Geral do Estado, que adoto, para instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3124, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Atenciosamente,

AÉCIO NEVES DA CUNHA
Governador do Estado

A Sua Excelência o Senhor
Ministro NELSON JOBIM
Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal
Brasília - DF



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Advogado-Geral

Informação AGE n.º 10/2004

Em 17 de fevereiro de 2004.

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa informação AGE n.º 10/2004, elaborada pelo Procurador do Estado Roberto Portes Ribeiro de Oliveira, que aprovo, com o fim de instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3124, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado

Informações do Governador do Estado de Minas Gerais

na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.124-MG

Relator Ministro Marco Aurélio

Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

A ação direta de inconstitucionalidade e as normas impugnadas

1. Insurge-se o egrégio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o art. 1º da Lei Estadual 14.938/2003, o qual, modificando o art. 104 da Lei Estadual 6.763/75, fixou novos valores para a Taxa Judiciária, valores estes expressos na “*Tabela J*” da Lei Estadual 6.763/75 (modificada pela Lei Estadual 14.938/2003). O autor também questiona a Lei Estadual 14.939/2003, que “*dispõe sobre as custas devidas ao Estado no âmbito da Justiça Estadual de primeiro e segundo graus*”, atacando os artigos 1º a 29, bem como as Tabelas “A” a “G”.

2. Na petição inicial, o autor afirma que, nos idos de 1996 e 1997, o Estado de Minas Gerais teria buscado “*majorar, inconstitucionalmente, as taxas judiciárias e custas judiciais*” (fls. 03), tendo este colendo Supremo Tribunal Federal deferido medida cautelar na ADI 1.772-7, Rel. **Min. Carlos Velloso**, que suspendeu as Leis Estaduais 12.728/1997 e 12/732/1997. E, ainda segundo a inicial, o Estado de Minas Gerais, novamente, estaria a “*atuar contrariamente à Constituição da República (...), com a fixação de uma nova tabela de valores das taxas judiciárias e custas judiciais sem qualquer equivalência com o custo real dos serviços a serem prestados*” (fls. 04).

3. Após transcrever ou mencionar os dispositivos impugnados (fls. 06/15), o egrégio Conselho Federal da OAB elenca as razões pelas quais, ao seu sentir, as normas estaduais contrariariam a Constituição Federal, mencionando, expressamente o artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, o artigo 145, “*caput*” e § 2º, e o artigo 150, “*caput*” e inciso IV da Carta da República.

4. Anota o autor que os valores da Taxa Judiciária foram indexados à Unidade Fiscal do Estado de Minas Gerais (UFEMG), que seria fixada por resolução editada pelo Secretário de Estado da Fazenda, observando que “*a mera e única atualização dos valores da UFEMG de 2003 para 2004 já acarretaria uma majoração da ordem 15,7%*” (fls. 16).

Ainda segundo o autor, a vinculação da Taxa Judiciária à UFEMG implicaria, “*como é óbvio, um aumento automático, subreptício e exorbitante de 44,61% (quarenta e quatro vírgula sessenta e um por cento) naqueles valores*”, sendo que este percentual “*corresponde à diferença entre um real e uma UFEMG*” (fls. 16).

5. Calha, “*en passant*”, registrar que a matemática não é, realmente, disciplina com a qual os juristas tenham intimidade, sendo Pierre de Fermat, talvez, a única exceção a esta regra. Isso porque, é matematicamente óbvio, a adoção da UFEMG (cuja unidade corresponde, hoje, a R\$ 1,4461) não implicou em “*automático aumento*” do tributo, pela simples razão de que os novos valores não foram estipulados a partir de *equivalência* entre real e UFEMG. Por outras palavras, a taxa que, por exemplo, era fixada em R\$ 10,00, não passou a ser cotada em 10 UFEMG, o que derruba a equivocada afirmação de que teria havido “*aumento automático, subreptício e exorbitante de 44,61%*”.

O próprio Conselho Federal da OAB, aliás, denunciando seu equívoco matemático, ao comparar os antigos valores com os novos, admite que em “*um processo que, nos termos da legislação revogada em 2003 e aqui questionada*”, a parte “*viesses a pagar valores e totalizassem R\$ 78,00 (setenta e oito reais), agora o mesmo jurisdicionado teria de pagar R\$ 99,77 (noventa e nove reais e setenta e sete centavos), num aumento de 28%*” (fls. 18). **Não seria, pois, de 44,61% a variação no valor da taxa, mas de 28%**, isso se comparada à previsão contida na legislação anterior, **datada de 1996, há mais de nove anos**, período ao qual correspondeu variação inflacionária bem superior aos mencionados 28% (conforme demonstrativo anexo, do Banco Central).

É o autor quem também afirma que, se na legislação anterior, causas cujo valor fosse superior a R\$ 58.788,00, seriam taxadas no montante de R\$ 550,00, “*enquanto pela nova – e aqui impugnada como constitucional – teria o mesmo jurisdicionado de pagar R\$ 670,98 (seiscentos e setenta reais e noventa e oito centos), quer dizer, 21,0% a mais do que teria de arcar antes*” (fls. 18).

6. As variações entre os novos e os antigos valores da Taxa Judiciária, segundo a inicial, se deram entre os percentuais de 21% e 28%, sendo equivocada a afirmação de que o aumento teria sido da ordem de 44,61%. E, ainda que fosse da ordem de 44,61%, **este percentual ainda seria bem inferior à variação inflacionária apurada entre 1996 e 2003** (conforme dados oficiais do Banco Central).

7. Além dos aspectos aritméticos, o Conselho Federal enfoca também questões jurídicas, ponderando que as normas atacadas implicariam em “*discriminação dos jurisdicionados que litigam, judicialmente, por valores mais baixos, privilegiando-se, contrariamente, exatamente os jurisdicionados com melhores condições econômico-financeiras ou em disputas de mais elevado nível financeiro*” (fls. 17). Cogita, pois, de suposta “*afronta ao princípio constitucional da igualdade*” (fls. 19), averbando que “*os mais carentes em termos econômico-financeiros*” poderiam ser impedidos de “*exercer o seu fundamental direito constitucional à jurisdição*” (fls. 19).

8. De outro lado, discorre o autor sobre a “*jurisprudência deste E. Supremo Tribunal Federal*”, que seria “*taxativo ao fixar a imperatividade da equivalência ou correspondência, ao menos entre o custo real dos serviços prestados e as taxas por eles cobradas*” (fls. 19), fazendo alusão ao voto proferido pelo eminente **Min. Carlos Velloso**, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 1.772-MG (fls. 19). Para o autor, “*a taxa não pode ter valor que exorbite o custo do desempenho estatal e onere abusivamente o contribuinte*” (fls. 20), eis que “*a regra da proporcionalidade entre os custos do serviço a ser prestado e o ônus com que por ele tem de arcar o contribuinte compõe o sistema constitucional*” (fls. 21).

9. E, arrematando a “*causa petendi*”, o egrégio Conselho Federal averba que “*a desproporção entre os custos reais dos serviços judiciais e os valores fixados pela legislação agora questionada são de monta a comprovar a flagrante inconstitucionalidade que a atinge irreversivelmente*” (fls. 22).

A ADI 1.772-MG e o caso dos autos: agora há limites

10. O eminente **Min. Nelson Jobim**, ao que parece, impressionou-se com a argumentação do autor, que conduz à equivocada impressão de que as normas impugnadas (Leis Estaduais 14.938/2003 e 14.939/2003) apenas teriam repetido “*outra norma mineira que tentou revogar a Lei nº 6.763/75*” (fls. 68), de modo que os vícios daquela “*outra norma mineira*” estariam repetidos na legislação agora impugnada.

11. Tratam-se, porém, de normas com profundas diferenças, **a começar pela existência de**

limite para o valor da Taxa Judiciária. Este o ponto que, desde já, cumpre ser destacado, para que este colendo Supremo Tribunal Federal não se confunda, como se confundiu o egrégio Conselho Federal da OAB.

12. Com efeito, leitura atenta do r. voto condutor, proferido pelo ilustre **Min. Carlos Velloso**, quando da apreciação da medida cautelar na ADI 1.772-MG (RTJ, 175/35), mostra que o vício encontrado na norma então impugnada, Lei Estadual 12.732/1997, foi a **ausência de limites para o valor do tributo**:

“IV - Necessidade da existência de limite que estabeleça a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte” (RTJ, 175/36).

13. Do voto proferido, naquela ocasião, pelo eminente **Min. Carlos Velloso**, destaca-se a seguinte passagem:

“O que o Supremo Tribunal Federal decidiu, conforme vimos, foi que a taxa judiciária (...), tem como base de cálculo o valor da atividade estatal referida diretamente ao contribuinte, pelo que deve ser proporcional ao custo da atividade do Estado, a que está vinculada, devendo ter um limite, sob pena de inviabilizar pelo seu valor, o acesso de muitos à Justiça (...)” (RTJ, 175/44, sem grifos no original).

E fazendo alusão ao aresto proferido na Rep. 1.077-RJ, Rel. **Min. Moreira Alves**, o **Min. Carlos Velloso** acrescentou:

“(...) Destaco do voto do Ministro Moreira Alves, na mencionada Rep. 1.077-RJ: (...)

‘Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide a alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se torna, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte (...).

‘Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto (...)’ (RTJ 112/59).

“É relevante, está-se a ver, a arguição de inconstitucionalidade. Os valores que me parecem excessivos, poderão inviabilizar o acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de ofensa ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

“E porque, tal como ocorreu na Rep. 1.077-RJ, impossibilitado de fixar o limite que estabeleceria a equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte, a solução será o deferimento da suspensão cautelar dos dispositivos acoimados de inconstitucionalidade, o art. 104, §§ 1º e 2º da Lei Mineira nº 6.763, de 1975, com a redação do art. 1º da Lei Mineira nº 12.729, de 30-12-97, e da Tabela ‘J’, referida no citado art. 104 da Lei nº 6.763, de 1975, com alteração da Lei nº 12.729/97” (RTJ, 175/45-46, “passim”, sem grifos no original).

14. E, efetivamente, a legislação então impugnada, Lei Estadual 12.729/1997, não previa nenhum limite para a Taxa Judiciária, bastando consultar o voto do **Min. Carlos Velloso** para perceber que para as causas cujo valor fosse superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), incidiria a alíquota máxima de 2% (dois por cento), nos termos da mencionada “Tabela J”. Em tese, pois, a causa cujo valor montasse a vinte milhões de reais, “*verbi gratia*”, se submeteria ao tributo no montante de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), o que poderia configurar desproporção com o custo do serviço.

15. Muito ao revés, a norma agora impugnada, Lei Estadual 14.938/2003, ao modificar a mesma “Tabela J”, previu valores fixos, variando entre 29 UFEMG (ou R\$ 41,93) e 3.045,00 UFEMG (ou R\$ 4.403,37, considerando-se o valor atual da UFEMG, qual seja, R\$ 1,4461), sendo que o valor máximo – 3.045,00 UFEMG – aplica-se apenas para as causas cujo valor for superior a 698.799,00 UFEMG (ou R\$ 1.010.533,20).

16. **Esta profunda distinção entre a norma então impugnada (Lei Estadual 12.729/1997) e a norma agora discutida (Lei Estadual 14.938/2003) mostra que o legislador mineiro, atento às orientação deste colendo STF, não incidiu no mesmo vício. Longe disso, adotou expressamente o “limite” preconizado por este Excelso Pretório**, afastando-se, “*ipso facto*”, das críticas que embasaram a concessão da medida cautelar na ADI 1.772-MG.

17. Eventuais comparações, portanto, entre as circunstâncias que motivaram a concessão da medida liminar na ADI 1.772-MG, Rel. **Min. Carlos Velloso**, e as circunstâncias em que editada a norma ora impugnada, devem ser recebidas “*cum grano salis*”, para que situações absolutamente diversas não sejam confundidas, engessando-se, assim, o tributo estadual, que se veria obrigado a permanecer nos mesmos parâmetros em que fixado há mais de oito anos.

Por outros termos, eventuais vícios que tivessem maculado a Lei Estadual 12.729/1997, verberada na ADI 1.772-MG, não se transmitiram, tal como *pecado original*, à nova norma Lei Estadual 14.938/2003, combatida nesta ação.

Base de cálculo das taxas: a ausência de relação com o custo

18. Nestas informações, o Estado de Minas Gerais aceita, “*ad argumentandum tantum*”, a tese segundo a qual a taxa deve ter “*como base de cálculo o valor da atividade estatal referida diretamente ao contribuinte*” (RTJ, 175/44).

19. Não se furta, porém, à observação de que esta tese não logra a unanimidade dos doutrinadores, ou mesmo da jurisprudência deste colendo Supremo Tribunal Federal, até porque a Constituição da República impõe critério meramente negativo para a fixação da base de cálculo das taxas: “*As taxas não poderão ter base de cálculo própria dos impostos*” (§ 2º do art. 145 da Constituição de 1988). Se a base de cálculo das taxas fosse o “*valor da atividade estatal*”, bastaria que o Constituinte

o afirmasse de forma positiva, dispondo, no mesmo § 2º do art. 145 da Constituição Federal, que as taxas teriam como base de cálculo aquele “*valor da atividade estatal*”.

20. Eloqüentemente, a Constituição da República disse apenas que a base de cálculo das taxas não poderia ser a “*própria dos impostos*” (critério negativo), sem se preocupar em definir qualquer critério positivo, como, por exemplo, o “*valor da atividade estatal*”. E certamente não o fez porque a apuração do custo da atividade pública é tarefa árdua, ante a multiplicidade de fatores que devem ser considerados

21. Nesse passo, **Bernardo Ribeiro de Moraes**, após registrar que, “*para alguns autores, iniciando com Kurt Rau em 1832, a taxa deve ser exigida para cobrir o custo global da atividade estatal dirigida aos contribuintes*”, averba que “*esta teoria recebeu diversas críticas e não é mais aceita nos dias de hoje. A relação entre a medida da taxa e o custo do serviço ou da atividade estatal em nada influi no conceito de taxa. O montante da taxa não é elemento que caracterize a sua natureza jurídica. Por outro lado, inexistente fórmula capaz de encontrar o real custo da atividade estatal, de difícil apuração*” (Doutrina e Prática das Taxas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 182).

22. Também mestre **Geraldo Ataliba**, em obra doutrinária (e não necessariamente em pareceres), apontou a ausência de relação entre o montante da taxa e o custo da atividade estatal:

“O conceito jurídico de taxa é muito singelo. Não o integram a idéia de remuneração, contrapartida, pagamento, provocação, benefício, proporcionalidade ou divisibilidade do serviço a que eventualmente corresponda.

“Todas estas noções pertencem à ciência das finanças. São pré-jurídicas, por isso mesmo. São considerações que devem ser levadas em conta pelo legislador ao instituir o tributo. (...)

“Juridicamente, desde que existentes estas duas características, há a taxa. E a medida tributária não tem qualquer influência sobre a natureza da exação ou sua exigibilidade.

“Diante de uma taxa ‘desproporcional’ - qualidade não jurídica - só o que se pode é criticar o legislador e considerá-lo injusto. Mas, de qualquer forma o tributo deve ser pago. É jurídico” (Apontamentos de Ciências das Finanças, Direito Financeiro e Tributário, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 205/206).

23. A pesquisa doutrinária poderia prosseguir pela lição de outros insuperáveis doutrinadores, como **Rubens Gomes de Souza** (“...*não é indispensável que entre a taxa e o serviço haja uma exata equivalência de valores...*”; Compêndio de Legislação Tributária, 3ª edição, Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960, p. 141) ou **Becker** (“*como é impraticável tomar o valor real do serviço, seu valor é indiretamente fixado pela própria lei criadora da taxa...*”; Teoria Geral do Direito Tributário, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 348). Basta, entretanto, observar que a vinculação da taxa ao custo da atividade estatal não logra a unanimidade dos melhores autores.

24. Aliás, convém observar que esta mesma Corte Suprema, ao apreciar a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários, instituída pela União (Lei 7.940/89), validou a adoção,

como base de cálculo, do *patrimônio líquido da empresa*, critério que, “*permissa venia*”, nenhuma pertinência tem com o custo da atividade estatal, mas, antes, “*busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva*”, na locução do eminente **Min. Celso de Mello** (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 176.382-5-CE, 2ª Turma, DJU, 02.06.00; no mesmo sentido, RE 177.835-PE, Pleno, Rel. **Min. Carlos Velloso**).

O valor da Taxa Judiciária e sua proporcionalidade com o custo

25. Como asseverado linhas atrás, aceita-se, para argumentar, que o valor da Taxa Judiciária deveria ser proporcional ao custo da atividade estatal, ao custo da “*máquina judiciária*”. Há, contudo, inúmeras dificuldades em se apurar este custo, o que, tantas vezes, levou este colendo Supremo Tribunal Federal a fiar-se em meras estimativas, decorrentes do bom-senso de seus Ministros.

Assim, por exemplo, em relação à Taxa Florestal, também exigida pelo Fisco mineiro, cuja constitucionalidade foi reconhecida por este Excelso Pretório a partir do “*custo estimado da atividade de polícia administrativa*”, dado que nenhuma cálculo “*é suscetível de exprimir o custo real do serviço de fiscalização da atividade dos produtores de carvão, madeira e outras espécies de indústria extrativa vegetal*” (RE 239.397-2-MG, 1ª Turma, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, DJU, 28.04.00; no mesmo sentido, Representação 1.008-8-MG, Pleno, Rel. **Min. Cunha Peixoto**, DJU, 23.10.81).

E mesmo na ADI 1.772-MG, o eminente **Min. Carlos Velloso** viu-se obrigado a registrar que “*os valores a serem cobrados parecem superar o custo real dos serviços*” (RTJ, 175/44), reconhecendo que a jurisprudência do STF baseava-se na “*equivalência razoável entre o custo dos serviços e o montante a ser pago pelo contribuinte*” (RTJ, 175/44). Nesse mesmo julgamento, aliás, o ilustre **Min. Nelson Jobim** acrescentou que a apuração sobre ser “*razoável ou não, em relação ao custo/operação*”, o valor da Taxa Judiciária, dependeria de “*um grande levantamento sobre os gastos do Poder Judiciário no Estado de Minas Gerais*” (RTJ, 175/47).

26. Tem-se, pois, na precisa lição de **Giuliani Fonrouge**, que esta relação entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal deve ser apreciada a partir do “*critério del gasto total del servicio, y no del ‘costo individual’, que no debe limitarse a los ‘gastos de la oficina’ encargada de prestarlo*” (Derecho Financiero. 4ª ed. Reimpressão. Buenos Aires: Depalma, 1990, vol. II, p. 1074). **Há, pois, que se apurar o custo total da atividade judiciária, cotejando-o, então, com a receita arrecadada, a título de Taxa Judiciária.**

27. E esta comparação demonstra que, muito longe disso, a Taxa Judiciária é insuficiente para custear o serviço judiciário, bastando analisar os dados contidos na anexa tabela, que contém as previsões orçamentárias para o Poder Judiciário, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004.

28. Com efeito, a anexa tabela, elaborada pela Contadora Geral do Estado, mostra que, no exercício de 2003, o orçamento para o Poder Judiciário previu despesas no montante total de **R\$ 1.187.776.961,00 (um bilhão, cento e oitenta e sete milhões, setecentos e setenta e seis mil e novecentos e sessenta e um reais)**, distribuídos entre o Tribunal de Justiça (R\$ 1.086.734.420,00), o Tribunal de Alçada (R\$ 87.167.983,00) e o Tribunal de Justiça Militar (R\$ 13.874.558,00).

Desse total, foram efetivamente gastos **R\$ 1.185.288.582,00 (um bilhão, cento e oitenta e cinco milhões, duzentos e oitenta e oito mil e quinhentos e oitenta e dois reais)**, distribuídos entre o TJMG (R\$ 1.085.229.310,00), o TAMG (R\$ 86.610.784,00) e o Tribunal de Justiça Militar (R\$ 13.448.488,00), o que pode ser considerado o custo do serviço judiciário mineiro (conforme tabela anexa).

29. Para este exercício de 2004, o custo estimado, previsto na lei orçamentária, é de **R\$ 1.322.521.818,00 (um bilhão, trezentos e vinte e dois milhões, quinhentos e vinte e um mil, oitocentos e dezoito reais)**, distribuídos entre o TJMG, o TAMG e o Tribunal de Justiça Militar (tabela anexa). Há, pois, um acréscimo de aproximados **11,5%** em relação a 2003.

30. Em contrapartida, a arrecadação da Taxa Judiciária, para o exercício de 2004, tomando em conta os valores contidos na legislação impugnada, está orçada em **R\$ 44.519.921,00 (quarenta e quatro milhões, quinhentos e dezenove mil, novecentos e vinte e um reais)**, conforme tabela anexa.

31. Bem se vê, dessa maneira, que, se há desproporção entre o valor da Taxa Judiciária e o custo do serviço judiciário, esta desproporção se dá em prejuízo do Erário, visto que **a arrecadação da Taxa Judiciária é inequivocamente insuficiente para custear as despesas, correspondendo a pouco mais de 3% (três por cento) daquelas despesas**. Absolutamente infundadas, pois, as alegações do autor, que apenas demonstra desconhecimento quanto à realidade orçamentária do Estado de Minas Gerais, não tendo a menor noção do quanto custa manter a máquina judiciária.

32. Aliás, é paradoxal a situação da Taxa Judiciária, pois, se de um lado, os jurisdicionados tem muitas reclamações quanto ao seu valor (reclamações que tantas vezes são acolhidas pelos Juízes), de outro lado, o Poder Judiciário também clama por maiores recursos orçamentários, por melhores vencimentos para os seus juízes e servidores. Nessa toada, se o Estado de Minas Gerais fosse considerar, rigorosamente, a proporcionalidade referida pelo autor, **a Taxa Judiciária seria proibitiva, dado que o serviço judiciário é muito caro, e a população brasileira, em média, não poderia arcar com os custos deste serviço**. A receita de impostos, conseqüentemente, também é utilizada, em larga escala, para custear esta (muito cara) atividade estatal, dada a notória insuficiência da Taxa Judiciária.

33. À luz da realidade orçamentária, não há cogitar de desproporção entre o custo da atividade judiciária e o valor da respectiva Taxa, a não ser para se reconhecer que tal tributo é manifestamente insuficiente para custear aquela atividade.

A imunidade constitucional para a Taxa Judiciária

34. Observe-se, noutro giro, que quaisquer preocupações do autor com a situação dos “*mais carentes em termos econômico-financeiros*” (fls. 19) são desnecessárias. A estes “*mais carentes*”, convém recordar, a Constituição Federal outorgou imunidade, em relação à Taxa Judiciária, imunidade estampada na regra posta no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”).

35. Realmente, embora a assistência judiciária seja normalmente alvo de atenção dos processualistas, como instrumento essencial para o acesso à Jurisdição, ela também admite enfoque tributária, sendo imunidade contra a taxação do serviço judiciário, aos que “*comprovarem insuficiência de recursos*”. Esta a arguta observação da **Profª. Misabel Abreu Machado Derzi**, em anotação à obra de **Aliomar Baleeiro**:

*“Eventualmente, por razões de política econômica, a Constituição consagra imunidade mais ampla, abrangendo qualquer espécie tributária (art. 155, § 3º), ou, por imperativo de Justiça, a Constituição consagra a **imunidade daqueles reconhecidamente pobres, em relação a certas taxas e emolumentos (art. 5º, LXXIV, LXXVI)**. Mas as hipóteses são excepcionais”* (Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. atualizada por Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 115).

36. Em havendo imunidade, é falacioso o argumento de que o valor da Taxa Judiciária poderia suprimir dos “*mais carentes*” o acesso à Jurisdição, visto que estes “*mais carentes*” são imunes a tal tributo. Por isso, não se deve levar em conta, na apreciação da Taxa Judiciária, a situação dos economicamente desfavorecidos, cujo acesso à Jurisdição independe do pagamento daquele tributo.

A adoção da unidade fiscal (UFEMG)

37. Apenas por excesso de zelo, registre-se que a adoção, nas normas impugnadas, da UFEMG, não se constitui em agressão à Constituição Federal, até porque este colendo Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, afirma a competência dos Estados para instituir tal espécie de índice, desde que sua variação não exceda os índices inflacionários adotados pela União Federal:

“É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o Estado-membro da Federação tem competência concorrente para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, sendo legítima a instituição de índice para atualização monetária de suas obrigações, desde que o seu valor não exceda o daquele fixado pelo governo federal, que representa a variação do poder aquisitivo da moeda nacional” (AgRg. no RE 217.642-SP, 2ª Turma, Rel. **Min. Maurício Corrêa**, DJU 16.03.01, p. 96).

São incontáveis, a propósito, os precedentes que, especialmente sobre a *unidade fiscal* instituída pelo Estado de São Paulo, afirmam sua compatibilidade com a Constituição Federal: “*Legitimidade de aplicação da UFESP, desde que o indexador utilizado para atualizar o seu valor não exceda o índice federal vigente à época*” (AgRg. no RE 171.816-SP, 2ª Turma, Rel. **Min. Maurício Corrêa**, DJU 02.03.01, p. 6; ainda AgRg. no RE 259.715-SP, 1ª Turma, Rel.^a **Min.^a Ellen Gracie**, DJU 1º.02.02, p. 99; e RE 296.283-SP, 1ª Turma, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, DJU 18.05.01, p. 89).

38. Nenhum empeco há, portanto, na adoção da UFEMG, disciplinada pelo art. 224 da Lei Estadual 6.763/75 (com alteração da Lei Estadual 14.136/2001), o qual é atualizado com base nos critérios adotados para os índices federais.

Conclusão

39. Ante todo o exposto, firme na orientação desta colenda Corte Suprema, pede que seja denegado o pedido cautelar, julgando-se, no mérito, improcedente a ação, visto que a Taxa Judiciária, além de ser estabelecida em valores modestos (considerado o custo da “*máquina judiciária*”), possui limites expressos, não se lhes aplicando as críticas feitas pelo autor.

Belo Horizonte, 13 de fevereiro de 2004.

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO
Procurador do Estado

Aprovo as informações supra. Encaminhe-se ao ilustre Advogado-Geral Adjunto do Estado.

ROBERTO PORTES RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subprocurador-Geral de Defesa Contenciosa
De acordo. Encaminhe-se ao ilustre Advogado-Geral do Estado.

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE
Advogado-Geral Adjunto



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PALÁCIO DA LIBERDADE

Of. Gab.Gov. n.º 4 /2005

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Protocolo
e Baixa de Processos

17/01/2005 13:09 3458



Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2005.


Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Nos termos do art. 103, inc. V, da Constituição Federal, venho ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, sendo parte requerida a Governadora do Estado do Rio de Janeiro, e o faço nos termos da anexa Informação AGE n.º 1/2005 que adoto como parte integrante deste.

Aponto como inconstitucional o Decreto do Estado do Rio de Janeiro de n.º 35.528/2004, por violação, dentre outros dispositivos constitucionais, do art. 152 da Constituição Federal.

Ainda, adotando as razões da Advocacia-Geral do Estado, requero a liminar pelos fundamentos ali apontados.

Pede deferimento,


AÉCIO NEVES DA CUNHA
Governador do Estado

A Sua Excelência o Senhor
Ministro NÉLSON JOBIM
Presidente do Supremo Tribunal Federal
Brasília /DF

INFORMAÇÃO AGE Nº 1/2005.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

REQUERIDA: GOVERNADORA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Exmo. Sr. Advogado-Geral

Apresento a V. Exa. as razões que justificam a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade incidente sobre as disposições contidas no Decreto nº 35.528, de 27 de maio de 2004, da Governadora do Estado do Rio de Janeiro.

A norma estadual impugnada: Decreto Estadual nº 35.528/2004

1. O Decreto nº 32.161/2002, baixado pela Exma. Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, dispôs que *“fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações internas com as mercadorias constantes do Anexo Único, de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de 7% (sete por cento) sobre o valor da operação”* (art. 1º, “caput”).

2. Este benefício fiscal, convém frisar, estava autorizado pelo **Convênio nº ICMS 128/94**, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), norma ainda vigente, que *“dispõe sobre tratamento para as operações com as mercadorias que compõem a cesta básica”*. Nos termos da cláusula primeira do aludido Convênio ICMS nº 128/94, os Estados e o Distrito Federal ficaram *“autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica”*.

3. Dessa maneira, o Estado do Rio de Janeiro, por sua Governadora, reduziu a carga tributária sobre produtos mencionados no *“Anexo Único”* do Decreto nº 32.161/2002, produtos que compõem a chamada *“cesta básica”*, como o *“feijão”* (item 1 do referido anexo), o *“arroz”* (item 2), o *“pão francês de até 200g”* (item 8), a *“sardinha em lata”* (item 13) e o *“café torrado ou moído”* (item 5).

4. Até aqui, nenhum vício se poderia apontar na legislação fluminense, estando o aludido Decreto nº 32.161/2002 em conformidade com a Constituição Federal, eis que concedido o benefício fiscal nos moldes preconizados pelo art. 155, § 2º, XII, g, daquela Constituição.

5. Todavia, em maio de 2004, a Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro baixou a norma impugnada nesta ação direta, qual seja, o **Decreto nº 35.528**, de 27.05.2004, que *“altera do Decreto nº 32.161/2002”*.

6. Por força deste **Decreto nº 35.528/2004**, o *“café torrado ou moído”* foi excluído do já mencionado *“Anexo Único”* do Decreto nº 32.161/2002, como se vê na literal transcrição do **art. 1º do Decreto nº 35.528/2004**, norma agora impugnada:

“Art. 1º - Fica revogado o item 5 – café torrado ou moído – constante do Anexo Único a que se refere o artigo 1º do Decreto nº 32.161, de 11 de novembro de 2002” (cópia anexa do Decreto nº 35.528/2004).

* Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.389.

7. A exclusão do “*café torrado ou moído*” foi determinada com o fim exclusivo de se lhe conceder inconstitucional benefício fiscal, visto que o **art. 2º do Decreto nº 32.528/2004**, norma também impugnada, ainda dispôs:

“Art. 2º - Nas saídas internas de café torrado ou moído, produzido em estabelecimento industrial localizado neste Estado, fica reduzida a base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária efetiva corresponda a 7% (sete por cento)” (cópia anexa).

8. O objetivo visado pelo **Decreto nº 32.528/2004** afigura-se claríssimo, qual seja **limitar o benefício fiscal (redução da base de cálculo) ao “café torrado ou moído” produzido “em estabelecimento industrial localizado neste Estado”**. Com efeito, comparando-se o regramento anterior (art. 1º do Decreto nº 32.161/2002) com a regulamentação agora impugnada (art. 1º e art. 2º do Decreto nº 32.528/2004), vê-se que:

a) antes do Decreto nº 32.528/2004, a “saída interna” de “*café torrado ou moído*”, não importando o local de sua produção, era beneficiada pela redução da base de cálculo, “*de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de 7% (sete por cento) do valor da operação*” (art. 1º do Decreto nº 32.161/2002);

b) após o Decreto nº 32.528/2004, somente a “saída interna” de “*café torrado e moído produzido em estabelecimento industrial localizado neste Estado*” passou a ser beneficiada pela redução da base de cálculo (art. 1º e 2º do Decreto nº 32.528/2004).

Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra decreto

9. A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal admite que *decretos do Executivo* sejam alvo de ação direta de inconstitucionalidade quando, como no caso dos autos, assumam tais decretos a natureza de *decretos autônomos*, isto é, decretos que não vêm para regulamentar leis, mas, sim, *innovar a ordem jurídica*. Notadamente em sede de ICMS, há inúmeros precedentes assinalando a pertinência da ação direta contra *decreto* emanado do Chefe do Poder Executivo.

10. Assim, por exemplo, na ADI 2.439-MS, Pleno, Rel. **Min. Ilmar Galvão**, afirmou-se a *plausibilidade* de “*alegação de inconstitucionalidade (...) no tocante ao art. 8º do Decreto nº 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República*” (DJU, 21.02.03). Também na ADI 2.155-MC/PR, Pleno, Rel. **Min. Sydney Sanches**, este colendo Supremo Tribunal Federal admitiu o manejo da ação direta contra decreto, explicando as circunstâncias que autorizam tal manejo:

“1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em ADI, impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a ADI, na qual se processa apenas o controle concentrado de constitucionalidade.

2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não-incidências e benefícios fiscais, ressaltando apenas a observância das normas da Constituição e da legislação complementar.

3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais e complementares.

4. Em situações como essas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de ADI, para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da ADI, também no caso presente” (RTJ, 177/1.136).

11. Ainda nesse sentido, podem ser registradas a ADI 567-MC/DF, Pleno, Rel. **Min. Ilmar Galvão** (DJU, 04.10.91), ADI 902-MC/SP, Pleno, Rel. **Min. Marco Aurélio** (DJU, 22.04.94), ADI 460-3, Rel. **Min. Sepúlveda Pertence** (DJU 10.5.91), e ADI 519-7, Rel. **Min. Moreira Alves** (DJU, 11.10.91).

Pertinência temática: a legitimidade do Governador do Estado

12. Ainda em antecipação de eventuais questões preliminares a ser deduzidas pela sempre competente representação processual do Estado do Rio de Janeiro, anote-se a advertência feita pelo eminente **Min. Moreira Alves**:

“Afasto a preliminar de ilegitimidade ativa por falta de pertinência temática.

Com efeito, desde que um benefício fiscal concedido em ICMS por um Estado-membro possa, de qualquer forma, influir no desenvolvimento dos setores econômicos ou causar prejuízo na arrecadação de outro Estado-membro não há que se pretender falte pertinência temática para que o Governador deste tenha legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade contra tal benefício” (ADI2.157-MC/BA, Pleno, DJU, 07.12.00).

13. No caso dos autos, esta *pertinência temática* é palpável, pois o Decreto nº 32.528/2004 torna mais onerosa a comercialização do *café torrado e moído* produzido em outras unidades federadas, sendo fato notório e histórico que, Minas Gerais, é grande produtor de café. Assim, a norma estadual *fragiliza* o produto industrializado em Minas Gerais, ante o benefício fiscal concedido apenas ao produto industrializado no Rio de Janeiro, que passa a concorrer com indevida vantagem econômica (tributação menos onerosa).

14. Cabe sublinhar, por cautela, que o ilustre **Min. Gilmar Mendes**, em nota de atualização à obra de Hely Lopes Meirelles, vem questionando, no plano doutrinário, a *pertinência temática* como fator limitador da legitimidade para a propositura de ação direta:

“A jurisprudência do STF tem identificado a necessidade de que o Governador de um Estado que impugna ato normativo de outro demonstre a relevância, isto é, a relação de pertinência da pretensão formulada – da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei.

Essa questão foi discutida na Alemanha sob o império da Constituição de Weimar, verificando-se uma controvérsia doutrinária sobre a admissibilidade ou não de uma ação proposta pelo Estado da Baviera contra a lei da Turíngia.

A falta de autorização constitucional para que o legislador estabeleça outras limitações ao direito de propositura suscita dúvidas sobre a correção do entendimento esposado pelo STF.

Pareceria mais ortodoxo, pois, tendo em vista a natureza objetiva do processo de controle abstrato de normas, que, na espécie, fosse admitida a ação direta de inconstitucionalidade independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, ‘Habeas Data’, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 23ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 300/301).

15. No caso dos autos, se afigura evidente a pertinência temática, mas, ainda que assim não fosse, *mais ortodoxo* seria admitir a ação direta *independentemente de qualquer juízo sobre a configuração ou não de uma relação de pertinência*, a fim de que o intérprete não restrinja a legitimidade que a Constituição fez plena.

Inconstitucionalidades do Decreto Estadual nº 35.528/2004 – Violação do pacto federativo (art. 1º e art. 152 da Constituição Federal)

16. Passando-se, então, ao “*meritum causae*”, não é difícil reconhecer a agressão que o Decreto Estadual nº 35.528/2004 faz ao art. 152 da Constituição Federal, dispositivo que consagra a chamada “*regra vedatória*”, na locução de **Sacha Calmon Navarro Coêlho**:

“O art. 152 estatui uma vedação que se destina a estados e municípios, não lhes sendo permitido estabelecer barreiras fiscais dentro do território nacional, eis que o mercado brasileiro é comum. O país é uno, embora politicamente dividido em estados, subdivididos em municípios. Não fora a regra vedatória, é bem possível que os Estados, para proteger suas respectivas economias, imaginassem fórmulas fiscais discriminatórias, em verdadeira ‘guerra fiscal’ onde não faltariam leilões de favores tributários” (Curso de Direito Constitucional Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 305).

17. Dispositivo de teor semelhante se encontrava no art. 20, III, da Carta de 1967, com Emenda 1/69, e, sobre ele, o eminente **Min. Aliomar Baleeiro** fez a seguinte anotação, que ainda se conserva atual:

“O mercado nacional fica assim protegido para todos os habitantes que se dediquem ao comércio interestadual ou intermunicipal. Toda retaliação para proteger da concorrência de fora o produtor, comerciante ou, enfim, contribuinte da Pessoa Jurídica de Direito Público tributante, é

inconstitucional, seja onerando o produto acabado que entre, seja restringindo a saída de matérias-primas destinadas a competidores situados fora.

.....

Nenhum governo local pode valer-se de subterfúgios fiscais para cobrir-se da concorrência de habitante de outro, quer agravando a saída de suas matérias-primas, quer entravando a entrada dos produtos acabados ou semi-acabados de outro (Direito Tributário Brasileiro. 11ª edição atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163/164, “*passim*”).

18. Ainda sobre o conteúdo do art. 152, da Constituição da República, invoque-se o magistério de **Yoshiaki Ichihara**, ao averbar que *“esta proibição visa impedir que interesses locais ou regionais prejudiquem o interesse nacional através de uma tributação mais ou menos onerosa. Sob a ótica do contribuinte, a vedação deve ser vista, se isto ocorrer, como uma oportunidade para impugnar eventual quebra da uniformidade. Aparece, de outro lado, como direito do produtor, comerciante etc. de não ser discriminado”* (Direito Tributário na Nova Constituição. São Paulo: Atlas, 1989, p. 117).

19. É fundamental garantir a integração do mercado interno, exigência que já defluiu do *princípio federativo* (art. 1º da Constituição Federal), razão pela qual a regra do art. 152, também da Constituição Federal, se configura como *reforço* daquele princípio, no âmbito tributário. Ademais, de nada valerão as tentativas feitas pelo Brasil de expansão de mercado para integração de outros países, por meio do MERCOSUL, se se quebra a harmonia federativa e a unidade interna de mercado, que é fundamental e prévia àquela unidade latino-americana. Integração de mercado significa exatamente isso: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, assim como a harmonização legislativa, que garanta o estabelecimento de condições objetivas para a livre concorrência.

Esses são, aliás, os dispositivos constantes do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, firmado entre o Brasil, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai e ratificado pelo Congresso Nacional, que estabelece metas em seu art. 1º, como a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos; a coordenação de políticas macro-econômicas ao lado do estabelecimento de uma tarifa externa comum; e, finalmente a harmonização de legislações nas áreas pertinentes.

20. No caso em tela, como se sublinhou, **há discriminação em relação à origem do produto**, porque, nas *“saídas internas”* (isto é, operações realizadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro), o ***“café torrado ou moído, produzido em estabelecimento industrial localizado neste Estado (Rio de Janeiro)***, teve a base de cálculo do ICMS reduzida *“de forma que a carga tributária efetiva corresponda a 7% (sete por cento)”* (art. 2º do Decreto Estadual nº 35.528/2004). O mesmo benefício, contudo, não alcança o **café torrado ou moído produzido em estabelecimento industrial localizado em outro Estado (que não o Rio de Janeiro)**, sendo cristalina a violação à regra constitucional, e ao próprio pacto federativo.

21. Apenas para melhor visualização, malgrado seja evidente a agressão à Constituição Federal, imagine-se determinado supermercado, localizado no Estado do Rio de Janeiro, que adquira café torrado ou moído produzido em estabelecimento industrial mineiro e em estabelecimento industrial fluminense.

Nas *“saídas internas”*, isto é, nas operações realizadas entre este supermercado e o consumidor fluminense, **haverá distinção no tratamento tributário conferido ao café torrado**, visto que, aquele

café industrializado em Minas Gerais não gozará do benefício fiscal (redução da base de cálculo). Tal benefício, na forma do art. 2º do Decreto nº 35.528/2004, alcançará apenas a mercadoria beneficiada em indústria localizada no Rio de Janeiro.

Não é necessário nenhum conhecimento econômico aprofundado para se perceber que, por força da norma ora impugnada, o produto industrializado no Rio de Janeiro terá **inequívoca vantagem financeira**, pois a tributação sobre ele incidente será bem reduzida. Assim, o consumidor fluminense pagará, pelo café industrializado no Rio de Janeiro, 7% (sete por cento) de ICMS, ao passo que o café industrializado em Minas Gerais será tributado à razão de 18% (dezoito por cento).

22. Patente, desse modo, a incompatibilidade entre a norma estadual impugnada e a Constituição Federal (art. 1º e, especialmente, art. 152), porque aquela norma viola a *regra vedatória de discriminações tributárias*, em função da **procedência dos bens**.

23. Com rigor, então, é necessário garantir a lealdade e a solidariedade entre os Estados Federados, repelindo erros e tentativas legislativas de secessão econômica, como sugere o decreto impugnado, lesando profundamente o princípio federal e a unidade econômico-territorial nacional. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, no passado soube afastar tentativas dessa natureza, que quebram a neutralidade econômica e a livre concorrência, instalando aquilo que se convencionou chamar de efeito *Delaware* (busca incessante do Estado que ofereça maiores vantagens fiscais e menores exigências). É preciso garantir, em relação a cada Estado, que os bens advindos de outros possam concorrer em igualdade de condições com aqueles produzidos localmente.

24. Jurisprudencialmente, inúmeras são as decisões que enfocaram o tema, reconhecendo, em casos análogos, a violação da norma constitucional, ainda quando ela não era expressa no corpo da Constituição. **Marciano Seabra de Godoi, Alessandro Mendes Cardoso e Fernando Guedes Ferreira Filho**, pesquisando a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, registram várias situações em que, por se fazer discriminação tributária em razão da procedência ou destino, a norma impugnada teve sua inconstitucionalidade afirmada. Confirmam-se as seguintes passagens:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre buscou dar eficácia a estes princípios, buscando invalidar as normas que instituísem tratamento discriminatório ou privilegiado tendo em vista apenas o fator de localização territorial do objeto do tributo.

Julgando o recurso ainda em função do que disciplinava a Constituição de 1934, decidiu o STF no RE 17.624 (1ª Turma, Relator o Ministro Ribeiro da Costa, j. 26.06.52) que o Estado do Rio Grande do Sul promovia discriminação tributária inconstitucional ao devolver, somente aos produtores gaúchos, a quase totalidade de determinada exação cobrada sobre a comercialização do álcool naquele Estado.

.....

No julgamento do RMS 17.444 (Pleno, Relator o Ministro Evandro Lins e Silva, DJ 16.10.68), o STF declarou inconstitucional, por unanimidade de votos, lei do Município de Santo André que havia determinado que o Imposto de Indústrias e Profissões seria cobrado mediante a alíquota de 1% no caso das ‘indústrias com produção realizada e vendida no município’ e mediante alíquota de 2% no caso das ‘indústrias com produção realizada no município e transferida para venda fora do município’.

No RMS 17.949 (2ª Turma, Relator o Ministro Evandro Lins e Silva, DJ 25.09.68), considerou-se inconstitucional a legislação do Estado do Espírito Santo que tratava diferenciadamente o imposto sobre vendas e consignações de mercadorias que se destinavam a outros Estados, mediante definições de bases de cálculo diferentes” (Federalismo Fiscal. “In” Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF. Coordenação de Marciano Seabra Godoi. São Paulo: Dialética, 2002, p. 164/165, “passim”).

25. Ainda sob a ordem jurídica anterior, que, como visto, sob este aspecto, não se diferencia da atual, o Excelso Pretório acolheu a Rep. 1.403-MG, Pleno, Relator para o acórdão **Min. Moreira Alves**, julgando inconstitucional a Lei Mineira 9.061/85 que considerava “microempresa, para efeito de concessão de tratamento fiscal diferenciado, a que promova operações de circulação de mercadorias exclusivamente para destinatário localizado no próprio Estado” (relatório feito pelo eminente Relator, **Min. Carlos Madeira**). Em referido julgamento, o ilustre **Min. Carlos Madeira**, apreciando a questão ora debate (e, em relação à qual, não houve divergência), fiou-se no parecer da Procuradoria Geral da República, subscrito pelo à época Procurador Geral da República, eminente **Min. Sepúlveda Pertence**:

“Quanto à argüição de inconstitucionalidade da expressão ‘que promova operações de circulação de mercadorias exclusivamente para destinatário localizado neste Estado, contida no art. 1º da Lei 9.061 e no art. 2º do Decreto 25.950/86, a representação é procedente, pois tal limitação vulnera as normas dos arts. 19, II e § 2º, e 20, III da Constituição Federal [refere-se “a EC 1/69].

A esse respeito, sustenta o parecer da Procuradoria Geral da República, às fls. 49/51:

‘O art. 1º da Lei 9.061, de 1985, e o art. 2º, nº I, do Decreto nº 25.950, de 1986, do Estado de Minas Gerais, nas partes em que excluem as operações interestaduais da isenção, restringem o próprio alcance do benefício concedido pela Lei Complementar nº 48, de 1984, que não estabelece distinção dessa natureza, sendo incompatível, portanto, com o disposto no art. 19, § 2º, da Constituição Federal.

Não se harmonizam, por igual, com o disposto no art. 19, nº II, da Constituição Federal, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais.

Na definição do alcance da vedação constitucional, os autores deixam bem nítido que ela atinge hipóteses, como a prevista nas normas impugnadas, de discriminação entre tributo interno e o interestadual. O art. 19, II, tem, dentre outros, objetivo de garantir a livre circulação de bens no território nacional, de modo que o mercado fique aberto, sem restrições a todos os seus habitantes (cf. PONTES DE MIRANDA, Comentários à CF 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª ed., 1970, t. II, p. 402; ALIOMAR BALEIRO, Direito Tributário Brasileiro, 5ª ed., 1973, p. 85; BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, Sistema Tributário da Constituição de 1969, 1973, v. 1; e CLÁUDIO PACHECO, Tratado das Constituições Brasileiras, 1965, vo. IV, p. 239).

Por outro lado, as cláusulas restritivas das normas impugnadas infringem o art. 20, n.º III, da Lei Fundamental, segundo o qual é vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

A discriminação é feita em razão do destino das mercadorias, sendo alcançada, portanto, pela vedação constitucional, que compreende o tratamento diferenciado de bens destinados a Estado diversos, como também das remessas internas em relação às interestaduais (cf. ALIOMAR BALEIRO, Limitações Constitucionais ao poder de tributar, 1951, p. 135; CLÁUDIO PACHECO, Tratado..., 1965, v. IV, p. 75; FRANCISCO CAMPOS, Imposto de vendas e consignações - imposto de importação. Revista Forense, vol. 116, p. 73)'" (Rep. 1.403-MG).

26. Arrematando seu voto, assim concluiu o ilustre **Min. Carlos Madeira**: “vulnera-se, assim, o princípio da unidade econômica da Federação, sobrepondo os interesses regionais à livre circulação de bens por todo o território nacional” (Rep. 1.403-MG).

27. Já sob a égide da Constituição de 1988, o entendimento não se modificou, como se vê na ADI 349-MC/DF, Pleno, Rel. **Min. Marco Aurélio**, em que se reconheceu a inconstitucionalidade de resolução baixada por Secretário de Estado da Fazenda:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Liminar.

Verificados os pressupostos pertinentes à liminar, impõe-se a respectiva concessão. Isso ocorre quando, mediante portaria de Secretário da Fazenda, o Estado acaba por legislar sobre comércio interestadual, olvidando o inciso VIII do art. 22 da Carta da República, e o faz mediante adoção de diferença tributária, considerados o destino e a procedência dos bens – art. 152 do aludido diploma. À primeira visão, contraria a Lei Básica o estabelecimento de pautas de valores diferenciados para operações intermunicipais e interestaduais, majorando-se esta em mais de 1.000%” (DJU, 26.10.1990).

28. Inconstitucional, portanto, a previsão contida no art. 2º do Decreto 32.528/2004, que agride o princípio federativo (art. 1º da Constituição Federal) contrariando ainda a regra vedatória de discriminações tributárias em função da procedência ou do destino dos bens e dos serviços, insculpida no art. 152 da Constituição Federal.

A dependência recíproca entre os artigos 1º e 2º do Decreto 35.528/2004

29. Cabe observar que, no caso em tela, o art. 1º do Decreto 35.528/2004 não ofenderia os dispositivos constitucionais invocados. Todavia, a **exclusão do café torrado ou moído dos itens que compõem a cesta básica** (e que, por isso, eram beneficiados pela redução de base de cálculo autorizado pelo Convênio ICMS 128/94) **teve o único objetivo de permitir a concessão do benefício inconstitucional**, limitando-se a redução da base de cálculo apenas ao **café torrado ou moído produzido em estabelecimento industrial fluminense**.

30. Por outros termos, a norma posta no art. 1º guarda íntima relação com o art. 2º, ambos do Decreto Estadual 35.528/2004, haja vista que o café foi excluído do “Anexo Único” (art. 1º) apenas para que, inconstitucionalmente, os produtores localizados no Rio de Janeiro, e somente eles, se beneficiassem da redução da base de cálculo (art. 2º).

31. Deve ser aplicado, nessa quadra, o entendimento segundo o qual, havendo *dependência recíproca* entre dispositivos normativos, o reconhecimento da inconstitucionalidade alcança também aqueles que, rigorosamente, não padeceriam do vício de inconstitucionalidade. Volte-se, neste passo, à lição doutrinária do **Min. Gilmar Mendes**:

“O STF profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica uma relação de dependência ou de interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais do dispositivo. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o STF a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se, aqui, de uma declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral.

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as duas diferentes partes. Nesse caso, tem-se a declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca” (ob. cit., p. 333/334).

32. Em se preservando o art. 1º do Decreto Estadual 35.528/2004, o STF acabaria por atuar como *legislador positivo*, excluindo o café torrado ou moído da cesta básica, quando esta exclusão somente foi feita para conferir àquele produto inconstitucional benefício fiscal, previsto no art. 2º do mesmo Decreto 35.528/2004.

Medida cautelar

33. Relativamente à necessidade de se conceder medida cautelar, suspendendo-se imediatamente a vigência do inconstitucional Decreto Estadual nº 35.528/2004, não são necessários grandes esforços de argumentação.

Bem ao revés, os incontáveis precedentes deste colendo Supremo Tribunal Federal, no que tange ao que se convencionou denominar *guerra fiscal*, apontam para a imperiosidade da medida cautelar, a fim de se restabelecer o *pacto federativo* e a *livre circulação de mercadorias*, preconizados pelos artigos 1º e 152 da Constituição Federal, respectivamente.

34. Deve ainda ser realçado o prejuízo que a norma impugnada causa à livre concorrência, na medida em que as indústrias sediadas em outros Estados, que não o Rio de Janeiro, terminam por sofrer *concorrência predatória* das indústrias fluminenses, visto que o café torrado ou moído, industrializado no Rio de Janeiro, **goza de indevida vantagem fiscal**, concedida em função da procedência.

35. “*Brevitatis causa*”, então, o ora requerente apenas faz menção a alguns, dos incontáveis precedentes que, em ação direta de inconstitucionalidade, concederam a medida cautelar, para por cobro à “*guerra fiscal*”: ADI 128-MC/AL, Pleno, Rel. **Min. Sepúlveda Pertence** (DJU, 26.03.93); ADI 930-MC/MA, Pleno, Rel. **Min. Celso de Mello** (DJU, 31.10.97); ADI 1.247-MC/PA, Pleno, Rel. **Min. Celso de Mello**; ADI 1.179-MC/RJ, Pleno, Rel. **Min. Marco Aurélio** (DJU, 12.04.96); ADI 1.522-MC/RJ, Pleno, Rel. **Min. Sydney Sanches** (DJU, 27.06.97); ADI 2.021-MC/SP, Pleno, Rel. **Min. Maurício Corrêa** (DJU, 25.05.2001); ADI 1.587-MC/DF, Pleno, Rel. **Min. Octavio Gallotti** (DJU, 07.12.2000); e ADI 2.352-MC/ES, Pleno, Rel. **Min. Sepúlveda Pertence** (DJU 09.03.2001).

Em todos estes precedentes, prevaleceu a tese, também exposta em voto do eminente **Min. Moreira Alves**, de que “*a concessão de liminar se torna, no caso, conveniente, não só pela*

repercussão econômico-financeira das normas concessivas de benefícios fiscais relativos a ICMS, mas também para a preservação da disciplina prevista pela Constituição para o ICMS para o equilíbrio federativo quanto à concessão de benefícios fiscais concernentes a esse tributo” (ADI 2.157-MC/BA, Pleno, DJU, 07.12.2000).

36. Igualmente no caso dos autos, como se expôs linhas atrás, a fumaça do bom direito, aliada ao evidente perigo da demora, conduz à concessão de medida liminar, a fim de suspender a vigência do Decreto Estadual nº 35.528, baixado pela Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, em 27.05.2004, especialmente seu art. 2º e, por decorrência lógica, seus artigos 1º e 3º.

37. Concedida, então, a medida cautelar, tornar-se-á aplicável o Decreto Estadual nº 32.161, de 11.11.2002, sem a exclusão feita pela norma impugnada, relativa ao **café torrado e moído**, como determinado pelo art. 11, § 2º, da Lei 9.868/99.

Pedido

38. Ao final, ante todo o exposto, pede que se julgue procedente esta ação direta de inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade do **artigo 2º do Decreto Estadual nº 35.528, baixado pela Sra. Governadora do Estado do Rio de Janeiro, em 27.05.2004**, estendendo-se, por haver *dependência recíproca*, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade **aos artigos 1º e 3º do mesmo Decreto nº 35.528/2004**.

39. Requer a juntada de cópias do Decreto nº 35.528/2004, norma aqui impugnada, assim como do Decreto Estadual 32.161/2002, norma a ser *repristinada*, conforme extraídas do “*Portal da Receita, Finanças e Controle do Estado do Rio de Janeiro*”.

40. E, embora desnecessário, por se tratar de medidas “*ex officio*”, requer sejam requisitadas informações ao Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Sra. Governadora do Estado, ouvindo-se a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, tudo na forma da Lei 9.868/99.

Belo Horizonte, 11 de janeiro de 2005.

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO
Procurador do Estado

Aprovo em 11 de janeiro de 2005.
JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO-PRESIDENTE DO COLENDO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL*

O *Governador do Estado de Minas Gerais*, no exercício da prerrogativa assegurada pelo art. 103, V, da Constituição Federal, vem propor esta *Ação Direta de Inconstitucionalidade* do inciso I e § 1º do art. 2º e alínea “b” do art. 4º da Lei nº 13214, de 29 de junho de 2001, do Estado do Paraná, por contrariedade ao disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal, pelos motivos e fundamentos adiante articulados.

A CAUSA DE PEDIR

O Estado do Paraná, ao editar a Lei nº 13214/2001, introduziu diversas alterações na legislação tributária básica local do *Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação* – ICMS, para outorgar, na oportunidade, incentivos fiscais aos contribuintes estabelecidos em seu território, e, no que interessa particularmente ao objeto desta ação, mediante (a) outorga, pelo seu art. 2º, de crédito presumido de ICMS aos estabelecimentos industriais ou comerciais não equiparados a industrial, que industrializarem os produtos arrolados no inciso I, em montante equivalente ao que resultar da aplicação sobre o valor da respectiva entrada, nos percentuais que especifica; (b) a *concessão*, em seu art. 4º, *de redução da base de cálculo* do imposto nas operações interestaduais com o produto da cesta básica que especifica.

Os textos de Lei nº 13.214/2001, aqui impugnados estão assim redigidos:

“Art. 2º - Ficam outorgados os seguintes créditos fiscais:

I – ao estabelecimento industrial que industrializar as matérias-primas classificadas nas posições a seguir relacionadas da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado – NBM/SH, desde que recebidas diretamente da usina produtora ou de outro estabelecimento da mesma empresa da usina produtora ou de sua subsidiária, bem como de estabelecimento comercial não equiparado a industrial, nos termos da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, em montante igual ao que resultar da aplicação sobre o valor da respectiva entrada, dos seguintes percentuais, observado o disposto no § 1º:

7210 Bobinas e chapas zincadas – 6,5%

7212 Tiras de chapas zincadas – 6,5%

7209 Bobinas e chapas finas a frio – 8,0%

7208 Bobinas e chapas finas a quente e chapas grossas – 12,2%

7211 Tiras de bobinas a quente e a frio – 12,2%

7219 Bobinas sde aço inoxidável a quente e a frio – 12,2%

7220 Tiras de aço inoxidável a quente e a frio – 12,2%;

(...)

* Petição Inicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.422.

Art. 4º - A base de cálculo é reduzida:

(....)

b) para 58,33%, nas operações interestaduais, sujeitas à alíquota de 12%, com farinha de trigo;”

Vê-se, então, que, a partir do momento em que ganhou eficácia a Lei nº 13214/2001, os estabelecimentos industriais e comerciais equiparados ou não a industrial estabelecidos no território daquela unidade da Federação foram beneficiados com um crédito presumido de ICMS, calculado sobre o valor da entrada no produto no estabelecimento e em percentual variável, fixado para cada produto metalúrgico relacionado no respectivo ato legal (art. 2º, I).

Mas não é só. Também as indústrias de transformação do trigo e os estabelecimentos distribuidores da farinha de trigo viram-se beneficiados, já agora com uma significativa redução da base de cálculo do ICMS nas operações que destinem o produto a contribuintes localizados em outros Estados, que, a rigor, deveriam ser tributadas pela alíquota efetiva de 12%, com o que o produto tornou-se mais competitivo pela mitigação da carga tributária.

Tanto a outorga de crédito presumido para os estabelecimentos que beneficiam os produtos metalúrgicos a que o alude o inciso I, da art. 2º da lei que o outorgou, bem como a concessão de redução da base de cálculo nas operações que destinem a farinha de trigo a contribuintes sediados em outros Estados constituem incentivos fiscais unilateralmente concedidos, à revelia do complexo procedimento legalmente fixado, por imperativo constitucional, cujo único escopo possível é o de privilegiar financeiramente, de forma direta e imediata, os produtores estabelecidos naquele Estado da Federação.

Evidentemente que, a outorga de crédito presumido para os estabelecimentos industrializadores dos produtos metalúrgicos relacionados no ato concessivo constitui atraente incentivo fiscal, além de reduzir o gravame incidente sobre o produto resultante da industrialização do aço, cujo objetivo outro não é senão o de atrair para concentrar investimento no território do Estado outorgante.

Da mesma forma, como os contribuintes dos demais Unidades da Federação não gozam do tratamento dispensado às operações com o produto da industrialização do trigo, concorrerão eles no mercado em desigualdade de condições com a farinha de trigo oriunda do Estado do Paraná, isso por decorrência direta e imediata da repercussão da carga tributária mitigada incidente sobre o preço da farinha de trigo dele oriunda.

PERTINÊNCIA TEMÁTICA

No caso, faz-se presente o interesse jurídico e econômico do Autor da ação para atuar na defesa dos princípios que asseguram a uniformidade do tratamento tributário dispensado aos negócios jurídicos sujeitos à incidência do ICMS e, de forma imediata, no resguardo dos interesses da arrecadação do Estado que se vê prejudicado pela edição de uma unilateral disposição legal que rompe com a harmonia do sistema delineado pela própria Constituição, posto que atua em prejuízo dos estabelecimentos produtores das mercadorias localizados em seu território. Existe, por isso mesmo, a necessária pertinência temática entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da ação.

FUNDAMENTOS DA AÇÃO

Como se trata, no caso, de concessão de benefícios concedidos na seara de um tributo de característica nacional, a instituição de crédito presumido de ICMS, e de redução da base de cálculo, redundando ambos em redução da alíquota efetiva do tributo, os seus efeitos transbordam naturalmente o simples limite territorial do Estado concedente, com a difusão dos efeitos econômicos da circulação de mercadorias por todo o território nacional, pois, sendo um imposto plurifásico e de âmbito nacional, o ICMS gera reflexos na economia das demais unidades da Federação.

Como, então, o excesso de liberalidade na concessão de benefícios fiscais ou do exercício da competência exonerativa do tributo, sob escusa do princípio da territorialidade da lei tributária, ou da própria autonomia da unidade federada, provoca danosas conseqüências, passando inexoravelmente pelo empobrecimento dos Estados consumidores, em razão da concentração de investimentos naquelas regiões onde se veiculam benefícios mais generosos, percebeu o legislador a necessidade, cristalizada ao longo do tempo, de estabelecer uma normação mínima, de âmbito nacional, visando a evitar que o tratamento tributário adotado isoladamente por determinado Estado federado levasse à concentração de investimento em certa região, provocando desenvolvimento econômico-social desequilibrado, como sucedeu no passado.

Daí o cuidado constitucional com o incentivo fiscal, em termos de bloqueio. É esse propósito teleológico visado pelo legislador constituinte que tem sido reiteradamente afirmado por esta Corte.

Por outro lado, conforme registrado no voto condutor do acórdão tomado na ADIn 930, de que foi Relator o Min. *Celso de Mello*, a norma constitucional, destinada a estabelecer padrões normativos uniformes em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS, acha-se, consoante unânime entendimento doutrinário, teleologicamente vinculada a um objetivo de nítido caráter político-jurídico: impedir a guerra tributária entre os Estados-membros, onde encontra então justificação plausível (*Sacha Calmon Navarro Coelho*, Revista Jurídica Mineira, vol. 96/69, 82, Jul-Ago/1992) e *Ruy Barbosa Nogueira* “Curso de Direito Tributário”, p. 140, 9ª ed. 1989, Saraiva), *inter plures*.

Nesse contexto, o requisito formal de convênio para que se concedam benefícios fiscais, especialmente aqueles relacionados com o exercício da competência exonerativa do ICMS, desde o ordenamento constitucional anterior, foi o mecanismo que permitiu a convivência pacífica entre as unidades federadas, com o benefício adminicular de que as deliberações sobre a tributação desse imposto fossem capazes de contribuir substancial, expressiva e positivamente para a execução de uma política econômico-social regionalizada integrada.

A peculiaridade do federalismo brasileiro levou o constituinte federal a fixar, então, via lei complementar, um mínimo de consenso entre os Estados-membros, relativamente ao ICMS, para preservar os interesses recíprocos e nacionais e impedir essa guerra fiscal entre as unidades federadas, mesmo porque a submissão das exonerações tributárias, totais ou parciais, ao convênio, apresentase como a única alternativa legítima para afastar as dificuldades de harmonização das políticas tributárias estaduais, no tocante ao ICMS.

Nesse particular (necessidade de normação mínima a nível nacional), revelam-se coerentes os dispositivos do texto constitucional que determinam caber à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária e dispor sobre conflitos de competência (Constituição Federal, art. 146, incisos I e III); exige, ainda, em relação ao ICMS que compete igualmente à lei complementar regular a forma como mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções

e outros benefícios e incentivos fiscais serão concedidos e revogados (CF, artigo 155, § 2º, inciso XII alínea “g”).

A Carta Política prescreveu, então, que se inclui no domínio normativo da lei complementar nacional - lei esta que se acha inscrita na esfera de competência da União Federal -, a regulação da forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais poderão ser concedidos e revogados por deliberação dos Estados-membros.

E não é por outra razão que, conforme já teve oportunidade de observar o eminente Min. *Celso de Mello* (ADIn nº 1247-9), “os princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República, em tema de ICMS, (a) realçam o perfil nacional de que se reveste esse tributo; (b) legitimam a instituição, pelo poder central, de regramento normativo unitário destinado a disciplinar, de modo uniforme, essa espécie tributária, notadamente em face de seu caráter não-cumulativo e (c) justificam a edição de lei complementar nacional vocacionada a regular o modo e a forma como os Estados-membros e o Distrito Federal, sempre após deliberação conjunta, poderão, por ato próprio, conceder e/ou revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais”.

Por outro lado, não obstante a diversidade de conceituação das isenções, não-incidência, concessão de crédito presumido, de reduções da base de cálculo e da alíquota do ICMS, a Constituição de 1988, ao reconhecer o efeito comum por elas gerado, agasalha expressamente uma exigência da submissão de todas essas categorias jurídicas afins a idêntico regime normativo.

Com efeito, prescreve em seu art. 150, § 6º, que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido em tema de ICMS, só poderá ser concedido mediante lei específica, tendo reservado à lei complementar a competência para “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos fiscais e benefícios fiscais serão concedidos e revogados” (CF, ar. 155, § 2º, XII, “g”).

Bem por isso é incensurável a Lei Complementar nº 24/75, ao prescrever, explicitamente, no art. 1º, § único, que o disposto neste artigo também se aplica à *redução da base de cálculo* (inc. I), categoria autônoma de exoneração tributária, e a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus (inc. IV).

Assim, para fins constitucionais, tanto a isenção quanto a redução da base de cálculo do ICMS, espécie em que se desdobra o gênero, estão sujeitos à vedação de instituição unilateral pelo Estado-membro, sendo então incompatíveis com a Constituição todos os expedientes de que resulte diminuição na determinação da obrigação de pagamento do tributo.

Está-se frente, no caso, a *uma lei sobre-lei-de tributo (exoneração tributária)*. Não incide ela diretamente sobre uma situação jurídico-tributária concreta, senão cobre a atividade procedimental de deliberação interestadual sobre os respectivos incentivos (*lato sensu*), observa *Souto Maior Borges*.

Portanto, estão fora da autorização constitucional os incentivos ou benefícios fiscais concedidos via decreto pseudo-regulamentares ou mesmo leis estaduais que, independentemente da deliberação prévia, pretendam dispor sobre a matéria.

Sendo assim, se o benefício é concedido no âmbito de incidência do ICMS e se de sua

concessão resulta redução, direta ou indireta, do respectivo ônus, imprescindível se faz o convênio, como condição de sua validade e eficácia. A regra do art. 155, § 2º, “g”, da CF – ainda segundo *Souto Maior Borges* - é inexplicável fora desse contexto.

A Constituição, então, ao facultar aos Estados um modo de agir, exclui qualquer outro e veda a obtenção unilateral dos fins nela previstos de outro modo que não na forma, limites e condições que ela mesma autoriza e cuja inobservância atrai o interesse jurídico dos demais entes políticos na sua desconstituição.

INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA

A Lei nº 13214, editada pelo Estado do Paraná, incorre em manifesto vício de inconstitucionalidade, porquanto produzida ao arrepio de prévia deliberação consensual dos Estados, preconizada pela Lei Complementar nº 24/75, a quem, pelo visto, a Constituição confiou o trato da matéria. Ao estender para as operações interestaduais celebradas entre contribuintes do imposto a redução da base de cálculo que o Convênio ICMS nº 128 autorizou aplicável apenas às operações internas, celebradas com o consumidor final, o legislador paranaense emprestou-lhe, ademais, uma extensão incompatível com o espírito que animou a celebração do ajuste interestadual.

No caso, o desembolso realizado pelo produtor paranaense com o pagamento do imposto devido na saída da mercadoria, que deveria corresponder ao produto da aplicação da alíquota de 12%, mas que por decorrência da redução da base de cálculo importa em alíquota efetiva correspondente a 7%, é, ainda, anulado - em virtude do seu pouco valor agregado - pelo crédito pela entrada no estabelecimento do próprio produto ou da matéria-prima empregada na sua industrialização, equivalente à alíquota interna de 18%, cuja manutenção, embora parecesse desnecessário, o parágrafo único da norma aqui impugnada assegura.

Não se trata, portanto, do exercício de uma função incentivadora legítima, que pudesse encontrar fundamento de validade no disposto no art. 174, da CF, que simplesmente aponta para formas de atuação que não firam as limitações impostas pela exigência de convênio.

Em situações tais como essa, anotou o eminente Min. *Sepúlveda Pertence* que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, “g”, que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 15 1/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247-PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00).

Disse mais o eminente Magistrado que, em todas as oportunidades em que foi chamado a se pronunciar sobre o tema, concluiu a Corte que as normas constitucionais que impõem a disciplina nacional do ICMS, por constituírem explícitas limitações da competência, a elas não se pode opor, validamente, o princípio da autonomia dos Estados (ADI-MC nº. 2352-7).

Constitui também adequado exemplo do que aqui se acha exposto o acórdão tomado na ADI nº 1247-9, de que foi relator o eminente Ministro *Celso de Mello*, de cuja ementa, detalhada e analítica, extraem-se os seguintes excertos aplicáveis ao caso:

“CONVÊNIOS E CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFÍCIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: a celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial à válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS.

Esses convênios – enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS – destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão.

O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir às relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS”.

Reservando à lei complementar, que é de caráter nacional, dispor sobre todos esses itens básicos do ICMS, vê-se que a Constituição Federal previu a maior concentração e unificação da disciplina desse imposto que, embora pertença aos Estados e ao Distrito Federal, é prioritariamente regido por legislação nacional, por deliberação conjunta dos Estados e do Distrito Federal, pouco restando à criatividade legislativa dos Estados, *de per si*.

Padece, pois, de manifesto vício de inconstitucionalidade a Lei nº 13214/2001, do Estado do Paraná, ao veicular matéria afeta, por expressa determinação constitucional, a convênios celebrados e ratificados pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal em decisão unânime (LC 24/75, art. 2º, § 2º).

Tudo o que aqui foi exposto por certo concorre para o reconhecimento do indiscutível relevo jurídico dos fundamentos do pedido, uma vez que se relegou a plano secundário a circunstância de os benefícios estarem disciplinados, no tocante às linhas gerais, e nestas situa-se o convênio, em lei complementar.

Quanto ao mais, também a doutrina, ao analisar o tema da exoneração tributária em matéria de ICMS, não prescinde, qualquer que seja o veículo de exteriorização do benefício, da prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados-membros. É inegável a relevância do tema exposto, portanto.

MEDIDA CAUTELAR

Finalmente, se a argumentação até aqui apresentada serve para demonstrar o cumprimento do requisito do *fumus boni juris*, e uma vez reconhecida a indiscutível plausibilidade jurídica da tese, cumpre ter presente que resulta evidenciado, ademais, o requisito do *periculum in mora*, em face da irrecusável repercussão financeira imputável às regras concessivas dos benefícios fiscais, quando se trata de ICMS.

Anote-se que a conveniência de deferir a suspensão cautelar de eficácia das normas impugnadas, inscrita no art. 2º, I e no art. 4º, letra “b”, ambos da Lei nº 13214/2001, resulta, também, - considerada a plausibilidade jurídica da tese exposta na presente ação direta - do dever de preservar a integridade da ordem jurídico-tributária fundada no sistema constitucional.

Não fosse a própria disciplina nacional conferida pela Constituição ao ICMS, rompida com a outorga isolada e unilateral de crédito presumido e de concessão de redução da base de cálculo do imposto, a inovação introduzida na legislação paranaense afeta diretamente o equilíbrio federativo desde o momento em passou a gerar eficácia, em prejuízo, evidentemente, das empresas produtoras situadas em outros Estados, circunstância essa que torna de extrema conveniência o desejado provimento cautelar.

Nesse contexto, as implicações econômicas para o Estado governado pelo requerente, pela aplicação de uma norma manifestamente inconstitucional, servem para demonstrar a necessidade urgente de um provimento jurisdicional, de natureza cautelar.

O risco da demora do provimento cautelar decorre da desigualdade estabelecida e, portanto, da possibilidade de prejuízo para o Estado de Minas Gerais e para todos os demais em que se acham estabelecidos possíveis produtores e fornecedores da mercadoria beneficiada com os incentivos concedidos pelo Estado do Paraná.

Em circunstâncias idênticas, no sentido da concessão do provimento cautelar desejado, colhem-se inúmeros precedentes no âmbito desta Corte: STF – Pleno: ADIMC nº 902/SP, Rel. Min. *Marco Aurélio*, DJU 22/04/94, p. 8.941; Pleno: ADIMC nº 1247/PA, Rel. Min. *Celso de Mello*, DJU 08/09/95, p. 28.354; ADIMC nº 930/MA, Rel. Min. *Celso de Mello*, DJU 31/10/97, p. 55.540; Pleno: ADIMC nº 1799/RJ, Rel. Min. *Marco Aurélio*, *inter plures*.

Além da afronta à Constituição Federal e dos maléficis efeitos que possam repercutir nos Estados da Federação, a aplicação dos malsinados dispositivos é manifestamente danosa à sua economia e, particularmente, à economia mineira, possuidor de um invejável parque metalúrgico, atraído pelo incentivo oferecido pelo outro Estado, e grande produtor e beneficiador do trigo, cujo mercado é dele, ademais, grande consumidor.

Preocupa o Postulante – e ao mesmo tempo o encoraja a pleitear a liminar – o fato de a suspensão de vigência de legislação, na representação de inconstitucionalidade, operar *ex nunc*, isto é, a partir do momento em que é deferida, e, *in casu*, funda-se a pretensão na evidência do vício, na ocorrência de transtornos e prejuízos para as finanças do Estado e na impossibilidade de sua reparação.

PEDIDO

Requer o postulante, LIMINARMENTE, a concessão de MEDIDA CAUTELAR, ainda que após a audiência prévia dos Requeridos, caso o eminente Relator assim entenda conveniente, para a SUSPENSÃO DA EFICÁCIA dos dispositivos da lei estadual enfermos de inconstitucionalidade, pois acham-se presentes os requisitos da URGÊNCIA em face da IRREPARABILIDADE do prejuízo que os efeitos concretos do ato impugnado vêm acarretando notadamente para o Estado de Minas Gerais.

Finalmente, guardando integral fidelidade ao compromisso de defender os superiores interesses do Estado, espera haver demonstrado a inconstitucionalidade do art. 2º, I e § 1º do art.

4º, “b”, da Lei nº 13214/2001 do Estado do Paraná, que concedem benefícios fiscais a contribuintes do ICMS, desprezando orientação ditada pela Constituição da República e ao arrepio da Lei Complementar nº 24/75.

Ouvidos o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Paraná e o Presidente da Assembléia Legislativa daquele Estado, confia, então, em que esta Corte, a final, julgue PROCEDENTE a presente ação, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais aqui impugnados.

Pede Deferimento.

Belo Horizonte, 1º de março de 2005.

AÉCIO NEVES DA CUNHA
Governador do Estado de Minas Gerais

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado

ALBERTO GUIMARÃES ANDRADE
Advogado-Geral Adjunto

ROBERTO PORTES RIBEIRO DE OLIVEIRA
Subadvogado-Geral do Contencioso

JOSÉ BENEDITO MIRANDA
Procurador do Estado

WALTER DO CARMO BARLETTA
Procurador Regional no Distrito Federal



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PALÁCIO DA LIBERDADE

Of. Gab. Gov. n.º 44 /2005

Belo Horizonte, 30 de março de 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de Protocolo
e Baixa de Processos

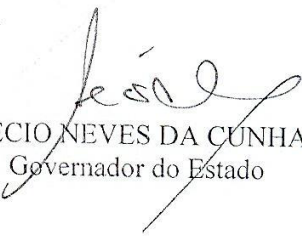
01/04/2005 12:35 33483



Senhor Ministro,

Em atenção ao seu Ofício, encaminho a V. Exa. a anexa Informação AGE n.º 10/2005, elaborada pela Advocacia-Geral do Estado, que adoto, para instruir a Reclamação n.º 3177, requerida pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON.

Atenciosamente,


AÉCIO NEVES DA CUNHA
Governador do Estado

A Sua Excelência o Senhor
CARLOS VELLOSO
Ministro do Supremo Tribuna Federal
Brasília/DF

O Dr. Humberto Rodrigues Gomes, Advogado-Geral do Estado, Substituto, proferiu na Informação AGE nº 10/2005 o seguinte despacho:

“De acordo. À consideração do Exmo Sr. Governador do Estado.
Em 30/3/2005.”

**RECLAMAÇÃO Nº 3.177 – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
RELATOR: EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO.**

- Informações do Senhor Governador do Estado de Minas Gerais nº 10/2005.

Senhor Advogado-Geral do Estado,

I - DA ESPÉCIE

Trata-se de reclamação formalizada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON, alegando suposta violação do decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.361, Relator Ministro Eros Grau.

Sustenta a reclamante, em síntese: a) que a Assembléia Legislativa do Estado já nomeou, após a Constituição de 1988, quatro Conselheiros do Tribunal de Contas, sendo o cargo atualmente vago de preenchimento do Governador; b) que esse cargo vago deverá ser provido com a indicação de membro da carreira de Auditor do TCEMG, nomeadamente pelo auditor Edson Arger, que teria “direito subjetivo público” à nomeação (fl. 4); c) que tal “*direito subjetivo público*” decorreria da peculiar situação de não haver representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para ser indicado e, na sua ausência, a nomeação recairia sobre membro da outra carreira técnica atuante na Corte de Contas, qual seja, a de Auditores.

Requer, ao fim, em caráter de urgência, “*em decisão monocrática, a SUSPENSÃO do ato do Exmo. Sr. Governador, em decorrência de uma eventual irreversibilidade de posse, bem como a SUSPENSÃO da referida posse*” (fl.05).

II – OBRIGATORIEDADE DE REPETIÇÃO DO MODELO FEDERAL, MESMO NA EXTRAORDINÁRIA HIPÓTESE DE VACUUM JURIS NA ESFERA DO ORDENAMENTO POSITIVO ESTADUAL – ADIN (mc) 892-7 RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO

Inicialmente, cumpre consignar que o Estado de Minas Gerais, a despeito do quanto contido no texto constitucional estadual, cujos preceptivos foram suspensos pela medida cautelar deferida na ADI 3.361, desde a edição da Constituição Federal de 1988, está seguindo o modelo federal da Corte de Contas, em perfeita sintonia com o quanto posto na Súmula n.º 653/STF.

Ademais, mesmo que, por hipótese, o que não ocorre, houvesse um **vacuum juris** no ordenamento jurídico estadual a obrigação do Governador do Estado de respeitar a vaga da Assembléia não estaria elidida. Na ADI 892-7 RS (unânime), Rel. Min. CELSO DE MELLO ficou assentado pelo Supremo Tribunal:

“.....

Observo que nesse precedente específico (**Adin 219 – PB**), estatuiu-se a proporção **4 x 3** como projeção possível da distribuição percentual estabelecida pelo art. 73, § 2º, da Constituição, para efeito de escolha dos membros das Cortes de Contas. **Tal circunstância afasta, por isso mesmo, o argumento do Governador no sentido de que, suspensas às normas ora impugnadas, não haverá como prover os cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas local.** (o grifo não é do original).

Com efeito – e tal como já precedentemente ressaltado – os Estados-membros devem necessariamente observar, em termos de organização e composição dos seus Tribunais de Contas, o modelo federal que, **em regra heterônoma**, lhes foi imposto pelo art. 75 da Carta Política.

Isso significa que, mesmo na hipótese extraordinária de **vacuum juris** na esfera do ordenamento positivo estadual, o modelo federal impõe-se, de modo cogente, à observância compulsória dos Estados-membros. (o sublinhado não é do original).

O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente advertindo que “*a obediência aos modelos federais tem sido um **standard** da constitucionalidade dos dispositivos das leis maiores dos Estados*” (**RTJ 81/332**, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA), **de tal modo** que a inobservância do paradigma instituído na Carta Federal revela-se apta a gerar a **inconstitucionalidade** das regras constantes das Constituições estaduais.”

Nesse sentido, de se acentuar, como adiante se demonstrará cabalmente, que o Estado de Minas Gerais, após a vigência do texto constitucional da República passou a adotar o modelo federal de Tribunal de Contas, especialmente no que pertine à composição da Corte, respeitando sejam as vagas destinadas à Assembléia Legislativa sejam as vagas destinadas ao Chefe do Poder Executivo.

Senão vejamos.

III – OS PODERES DO ESTADO SEMPRE CUMPRIRAM A SÚMULA 653 DO STF

A ação direta de inconstitucionalidade sob enfoque, ajuizada pela reclamante, tem como objeto dispositivos da Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 78, § 1º, incisos I e II, e § 3º), buscando adequação da forma de provimento dos cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas mineiro à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, expressa na Súmula 653.

No dia 10 de março de 2005, o Plenário do STF, por unanimidade, deferiu a medida cautelar pleiteada pela requerente para suspender as normas impugnadas, fundamentando tal decisão exatamente na vasta jurisprudência acerca do tema e na determinação constitucional de simetria entre o modelo federal de Corte de Contas e o estabelecido pelos Estados, na forma do art. 75 da Constituição da República.

Desse modo, a suspensão da eficácia dos dispositivos sob enfoque reiterou a pacífica jurisprudência da Corte quanto à composição dos Tribunais de Contas estaduais, em especial no que toca às vagas a serem preenchidas pelo Governador do Estado e pela Assembléia Legislativa.

Assim, suspendendo as regras em questão, adequou o Plenário do Supremo a forma de composição do Tribunal de Contas mineiro aos parâmetros explicitados na Súmula 653 do STF:

“No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha”.

Por outro lado, como indicado pela reclamante, o julgamento da medida cautelar nesta ADI 3.361 coincidiu com a tramitação, na Assembléia Legislativa do Estado, de procedimento de escolha de novo Conselheiro do TCEMG; procedimento esse que culminou com a eleição, em 09.03.2005, do Deputado Estadual Antônio Carlos Doorgal de Andrada, conforme ato de nomeação publicado no “Minas Gerais” de 11.03.2005 (cópia em anexo).

Cumprido esclarecer, assim, que a eleição pela Assembléia do Deputado Antônio Carlos Doorgal de Andrada e sua posterior nomeação ocorreram dentro dos parâmetros fixados pela citada **Súmula 653**, sem violação do decidido pelo Supremo no julgamento da medida cautelar na ADI 3.361. Sendo a vaga objeto da recente deliberação efetivamente de preenchimento da Assembléia Legislativa.

Dos Conselheiros que integram a Corte de Contas mineira, Flávio Régis Xavier de Moura e Castro foi nomeado em abril de 1988 pelo Governador do Estado; Sylo da Silva Costa foi nomeado em dezembro de 1993 pelo Governador do Estado e Eduardo Carone Costa foi nomeado pelo Governador do Estado em novembro de 1999, dentre lista de Auditores. Já o Conselheiro Simão Pedro Toledo foi eleito pela Assembléia em maio de 1997; Elmo Braz Soares eleito em abril de 2000 e Wanderley Geraldo de Ávila eleito em setembro de 2004.

Importante destacar, ainda, que **a vaga preenchida pela Assembléia Legislativa** por meio da eleição e nomeação do Deputado Antônio Carlos Doorgal de Andrada **decorre do recente falecimento** do Conselheiro José Ferraz da Silva, **primeira vaga da Assembléia Legislativa** após a Constituição de 1988 **conquistada em setembro de 1995**. Ou seja, a escolha pelo Legislativo mineiro do novo Conselheiro simplesmente mantém a proporcionalidade anterior da composição do TCEMG.

Tivesse a Assembléia apenas três vagas, esta seria dela; tivesse a Assembléia apenas duas vagas, esta seria uma delas; tivesse a Assembléia uma única vaga esta seria a própria.

Destarte, a atual composição do Tribunal de Contas de Minas Gerais pode ser sintetizada no seguinte quadro:

NOMEAÇÃO ANTERIOR A CF1988

Flávio Régis Xavier de Moura e Castro	Governador do Estado	Abril de 1988
---------------------------------------	----------------------	---------------

NOMEAÇÃO APÓS A CF/1988

1. Sylo da Silva Costa	Governador do Estado (livre nomeação)	Dezembro de 1993
2. José Ferraz Falecido em outubro de 2004	ALEMG 1ª Vaga	Setembro 1995
3. Simão Pedro Toledo	ALEMG 2ª Vaga	Mai de 1997
4. Eduardo Carone Costa	Governador do Estado (Auditor)	Novembro 1999
5. Elmo Braz Soares	ALEMG 3ª Vaga	Abril de 2000
6. Wanderley Geraldo de Ávila	ALEMG 4ª Vaga	Setembro de 2004

O quadro acima deixa patente a seguinte conclusão: O Tribunal de Contas de Minas Gerais, do ponto de vista do Poder Legislativo, já teve sua composição adequada ao regime posterior à Constituição de 1988, o que decorreu de uma série de nomeações da Assembléia, que elegeu seu quarto membro da Corte de Contas em setembro de 2004. Com essa eleição, consolidada restou a proporcionalidade no Tribunal, que ora deve ser mantida. Para tanto, impõe-se que as vagas já preenchidas pela Assembléia sejam por ela repostas, mantendo o Executivo seus membros.

Cabe destacar que o Dr. Antônio Carlos Doorgal de Andrada foi nomeado pelo Governador do Estado de Minas Gerais, em 11 de março, por meio de ato publicado no “Minas Gerais” de 12 de março, do seguinte teor:

“O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, NOMEIA nos termos do inciso XXIII do art. 90 da Constituição Estadual e tendo em vista a Súmula nº 653, do Supremo Tribunal Federal, o Dr. ANTÔNIO CARLOS DOORGAL DE ANDRADA, para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, face sua escolha pela Assembléia Legislativa.” (grifos não originais).

Evidente, portanto, que a escolha e conseqüente nomeação do Deputado Antônio Carlos Doorgal de Andrada para o cargo vago de Conselheiro, ao contrário do alegado pela reclamante, em nada desrespeita a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.361, estando totalmente de acordo com a jurisprudência da Corte, expressa na Súmula 653. Isso porque, a decisão limita-se, exclusivamente, a manter a proporcional divisão do preenchimento dos cargos do TCEMG entre o Legislativo e o Executivo.

Qualquer outra discussão, seja sobre a alternância de nomeações, seja sobre a abertura de vaga concreta no Tribunal a ser provida por um ou outro Poder, transcende a matéria decidida na ADI 3.361, sendo, evidentemente, questão de Direito Local, conforme orientação do STF e destacado, doutrinariamente, pelo Ministro EROS GRAU (Revista dos Tribunais, vol. 667, maio de 1991, págs. 27 e 28).

De todo modo nunca é demais repetir que a **Assembléia Legislativa de Minas Gerais não tem e nunca teve, em tempo algum, mais do que quatro Conselheiros no Tribunal de Contas estadual, independentemente do disposto na Constituição do Estado.**

IV – SEGUIU-SE RIGOROSAMENTE A SÚMULA 653 E IDÊNTICA ORDEM DE NOMEAÇÕES ESTABELECIDADA PARA O TCU COMO DECIDIDO NA ADI 2.117, ANTES MESMO DO DISPOSITIVO ESTADUAL SER SUSPENSO.

Importa notar que a obrigatoriedade de seguir o modelo federal, tantas vezes reiterada pelo STF, tem sido seguida rigorosamente em Minas Gerais pelos Poderes constituídos, na transição para a composição final do TCE mineiro, não obstante o STF tenha em todos os casos semelhantes que examinou explicitado o respeito ao Direito Local na ordem de precedência da conquista das vagas.

Assim, veja-se:

“O Presidente da República fez, após 1988, as 1ª, 4ª e 7ª vagas, enquanto o Congresso Nacional indicou os integrantes das 2ª, 3ª, 5ª e 6ª vagas, respectivamente, do TCU. Houvesse no Estado as 8ª e 9ª vagas e estas também seriam atribuídas a Assembléia, pela seqüência adotada. De sua parte, como ocorreu com o Presidente, o Governador de Minas também

indicou a 1ª e a 4ª vagas pós 1988 e indicará a 7ª vaga, dentre as antigas quando esta vier a vagar. Como ocorreu com o Congresso Nacional a Assembléia Mineira também indicou os integrantes das 2ª, 3ª, 5ª e 6ª vagas.”

A primeira vaga do Presidente da República foi livre, livre foi a primeira do Governador de Minas. A segunda vaga do Presidente foi preenchida dentre os Auditores, dentre os Auditores foi preenchida a segunda vaga do Governador mineiro. A terceira vaga conquistada pelo Presidente foi atribuída ao Ministério Público, a terceira vaga a ser destinada ao Governador - que hoje se encontra ocupada por uma nomeação anterior a 1988 - será forçosamente destinada ao MP do TCEMG, nos moldes do decidido na ADI 2.596-1 PA, Rel. Min. PERTENCE, dentro da quota do Governador e não da Assembléia.

Esta seqüência o STF aprovou como sendo a mais indicada e a mais razoável delas de acordo com o decidido na ADI 2.117. Nas palavras do Ministro JOBIM naquele julgamento esta distribuição é **“absolutamente razoável”** para implementar a vontade da Constituição na busca de uma composição estável. Seqüência inversa foi adotada pela constituição da Paraíba que o STF considerou válida na ADI 219-8 PERTENCE:

“A ordem dos incisos do art. 73, § 2º, CF não resolve nem visou a resolver a questão transitória do sistema de provimento das vagas no Tribunal de Contas, subseqüentes à promulgação constitucional: logo – não obstante o art. 75 CF – não importa que, ao imitar o modelo federal, haja a Constituição do Estado invertido a sua enunciação.”

Estas citações são feitas **não para se defender o texto** da Constituição Mineira, que de fato não guarda conformidade com a Constituição Federal, **mas para defender a prática adotada** pelo Poderes do Estado que, a despeito da Constituição Estadual, foi **rigorosamente obediente** ao modelo federal e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma nas ADI's 585-5 AM e 897-8 PA, esta Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o STF entendeu não haver nenhuma inconstitucionalidade em se atribuir ao Poder Legislativo a escolha das **Segunda, Terceira, Quinta e Sexta vagas, exatamente** como ocorreu no processo mineiro de atribuição de vagas a despeito, repita-se, do que dizia o dispositivo estadual suspenso. É que antes mesmo do dispositivo constitucional estadual ser suspenso, no Estado de Minas Gerais a Súmula 653 já vinha sendo praticada na composição do TCE local.

V – AS VAGAS DO TCE SÃO VINCULADAS À RESPECTIVA CATEGORIA DE ORIGEM (ADI 2.117)

A interpretação defendida nesta reclamação, sublinhe-se, levaria à esdrúxula situação em que seria invertida a proporcionalidade decorrente do julgamento da ADI 3.361. Isso porque, caso a vaga venha a ser preenchida pelo Governador, o Executivo passaria a contar com quatro nomeações e o Legislativo perderia uma, ficando com somente três, e se entraria numa rotatividade indefinida que levaria ao caos na composição do TCE, **ou seja, é a pretensão da ATRICON nestes autos que viola a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Súmula 653 e o decidido na ADI 3.361, Rel. Min. Eros Grau.**

É de se notar, igualmente, que até mesmo a citação doutrinária constante da inicial (fl. 04), de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, reforça, na verdade, a regularidade da nomeação do Deputado Antônio Carlos Doorgal de Andrada. É que, segundo o autor, a adaptação do modelo estadual às regras advindas

da Constituição de 1988 deve ser procedida, na forma da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o mais rapidamente possível.

Como destacado anteriormente, em Minas Gerais o modelo decorrente da Carta da República foi implementado em **setembro de 2004**, com a eleição do Conselheiro Wanderley Ávila, **quarta vaga da Assembléia Legislativa**. Eventual nomeação como sendo da quota do Governador faria retroceder o modelo, em contrariedade ao texto constitucional, ainda mais se a vaga fosse preenchida por Auditor, uma vez que na composição atual essa classe específica já conta com seu representante. Seria o caos na composição do TCEMG que não se estabilizaria nunca.

Ter-se-ia o oposto do que quer a Constituição conforme Min. MAURÍCIO CORRÊA na ADI 2.117 (unânime):

“...é de ver-se que essa representação, de natureza heterogênea, há que ter atuação simultânea, de tal sorte que a pluralidade eleita pelo Constituinte não se resuma apenas em ficção sazonal, mas sim efetiva, permanente, estável, constante, imutável, para que se resguarde, de forma proporcional como estabeleceu a norma que a instituiu, a presença de todas as categorias na composição da Corte.” ... “jamais podendo prevalecer, por isso mesmo, a escolha rotativa, que se possível, introduziria, aí sim, critério não autorizado pela Constituição.”

E mais adiante assevera: “... **devem as vagas de origem ser observadas, à medida que se forem abrindo, pertencendo cada uma delas à respectiva classe dos Ministros de onde provieram**”.

De igual forma, tem-se excerto do r. voto proferido pelo Ministro PERTENCE, na referida ADI 2.177:

“Ora, o Tribunal acentuou em diversos casos relativos aos tribunais de contas estaduais, a partir, se não me engano, da ADI 758, de que foi Relator o Ministro Ilmar Galvão, de 24 de junho de 1993, que, da Constituição, não é possível extrair uma ordem de nomeação para as primeiras vagas posteriores a sua promulgação. Por isso a Lei do TCU, a meu ver, utilizou-se dessa liberdade reconhecida ao legislador, quando, nos incisos I e II do art. 155, estabeleceu a forma de preenchimento das primeiras nove vagas subseqüentes à promulgação da Constituição e à mudança nela estabelecida do poder de escolha dos componentes do Tribunal. Mas, quando no inciso III, objeto dessa impugnação, se estabeleceu que o mesmo mecanismo imaginado para a transição continuaria a aplicar-se, ao contrário da regra que me parece adequado em casos que tais, pretendeu-se foi eternizar um processo de transição, que, a meu ver, perdera sua razão de ser com o preenchimento das primeiras nove vagas. Findo o período de transição, a única forma de atender à partilha constitucional permanente da seleção e da composição constitucional do TCU é tornar as vagas cativas da classe ou da origem da investidura de cada um dos Ministros cuja vaga se trate de prover.”

Sobre o tema, ainda no mesmo sentido, na ADI 1957-1- AP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, assim votou o Min. PERTENCE:

“No art. 73, § 1º, a primeira divisão leva em conta o órgão a que compete a escolha; a segunda regra é que as escolhas do Governador sofrem restrições, porque uma há de dar-se dentre membros do Ministério Público e outra, dentre Auditores.” ... “Essa participação será obrigatória, mas o Tribunal do novo Estado ainda não pode tê-la. Também no Tribunal de Contas da União, passados dez anos da Constituição, é que surge a primeira vaga para o Ministério Público.” (o grifo não é do original).

No mesmo sentido da vinculação das vagas decidiu o STF na ADI 2.209-1 PI, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA:

“Não me parece que essa ordem, tal como definida presentemente na Carta Estadual do Piauí, resultante da emenda constitucional em causa, atente contra a Constituição Federal. Como já decidido por esta Corte, as vagas do Tribunal de Contas da União são vinculadas a cada uma das respectivas categorias contempladas no artigo 73, § 2º, incisos I e II da Carta Federal (ADI 2.117), pouco importando os critérios de precedência se de uma ou de outra, como igualmente entendeu o Tribunal ao julgar a ADIN 585, originária do Estado do Amazonas, Ilmar Galvão (DJU de 2.9.94).” (grifou-se)

Por fim, de se destacar que atendido pelo Estado de Minas Gerais, após a Constituição Federal de 1988, o modelo federal da composição do Tribunal de Contas, relativamente às vagas de indicação da Assembléia e, dentre as vagas de indicação do Governador do Estado, as classes de livre escolha e de integrantes da carreira de Auditor, não se pode retroceder para, relativamente à vaga cativa aberta, que se refere à primeira indicação da Assembléia Legislativa mineira, nomear alguém indicado pelo Governador do Estado. Em situação análoga, manifestou-se o Ministro MARCO AURÉLIO, na ADI 1.957:

“...As quatro vagas criadas representam os dois terços atribuídos, pela Carta da República, à Casa Legislativa. E aí não podemos, agora, retirar uma ou duas dessas vagas para preenchimento pelo Governador, porque estaríamos invertendo o que preconiza a Constituição Federal.”

VI – INÉPCIA DA INICIAL

Embora com inversão, uma vez que se pretendeu, inicialmente, demonstrar a fragilidade da reclamação interposta, registre-se, que a mesma sequer merecerá ser conhecida à vista da **inépcia da inicial**.

Isso porque não contém a peça um pedido de mérito, simplesmente veicula pedido acessório, qual seja, o provimento acautelatório da liminar, tendo em vista a iminência de uma eventual posse no cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas mineiro.

Não especifica, pois, a reclamante o que requer do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação. Limita-se, como asseverado, a pedir a suspensão monocrática, em caráter de urgência, do ato reclamado, o que configura, pura e simplesmente, pedido de liminar, o qual não pode, por sua vez, ser dissociado do pedido de mérito cujo objeto busca garantir.

Assim, se não há pedido de mérito, não subsiste o pedido de liminar, restando evidenciada a falha da inicial, a ausência de um de seus requisitos essenciais, acarretando, obviamente, sua inépcia.

Desse modo, sendo a inicial da ATRICON **inepta**, conforme explicitado no inciso I do parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil, impõe-se o indeferimento liminar da presente reclamação, na forma do artigo 38 da Lei nº 8.038/90 e do § 1º do artigo 21 do RI/STF.

É importante registrar, ainda, que pretende a ATRICON, como se depreende de suas alegações, garantir direito individual concreto, que chama de “*direito subjetivo público*”, do auditor Edson Arger. Tal pretensão refoge ao âmbito da reclamação, em especial de reclamação para garantir os efeitos de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, abstrata por excelência. O provimento que a reclamante parece pretender, o reconhecimento do “direito” de Edson Arger à posse no TCEMG, é condizente, se tanto, com o mandado de segurança, não havendo espaço para sua dedução em reclamação.

Essa circunstância é reforçada pelo fato de a decisão na medida cautelar na ADI 3.361 estar cingida à suspensão da eficácia de normas da Constituição de Minas Gerais, sem tecer qualquer consideração acerca do provimento das vagas no TCEMG. Ademais, o acórdão da mencionada ação direta ainda não foi publicado, o que impede o delineamento preciso do conteúdo da decisão do Supremo e, especialmente, impede a peculiar interpretação que defende a ATRICON nesta reclamação.

VII – CONCLUSÃO

Ora, se o Supremo Tribunal Federal estabeleceu para o modelo federal que as vagas são **cativas e vinculadas** ao respectivo Poder e categoria que as conquistou num processo válido de distribuição e precedência segundo o Direito Local e se são vinculadas à classe de origem (ADI’s 2117-6 DF e 1957-1 AP);

se o STF já estatuiu que o art. 73, § 2º, da Constituição Federal estabelece mera distribuição de competência para a indicação e nomeação de membro do Tribunal de Contas, sem que haja qualquer reflexo ou determinação no sentido de que a escolha a ser feita por um dos Poderes deva preceder à do outro (ADIN’s 1068-9 ES, 1190-1 PR, **inter alia**);

se o que levou o STF a suspender os dispositivos da Constituição estadual foi precisamente a sua dissonância com o modelo federal e em especial com o verbete n. 653 da Súmula;

se a norma consubstanciada no art. 75 da Constituição Federal torna, **necessariamente, extensíveis aos Estados-membros** as regras nele fixadas assim como interpretado pelo STF, até mesmo na hipótese extraordinária de ***vacuum juris***;

não restava alternativa ao Governador do Estado senão respeitar o direito da Assembléia Legislativa de, mais uma vez, conduzir nome de sua escolha à **vaga mais antiga** do Poder Legislativo na composição do TCEMG, nos estritos e precisos termos da Súmula 653 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, não há falar em condições de conhecimento da presente reclamação, tendo em vista a inépcia de sua inicial, bem como o fato de que se busca, por meio dela, provimento alheio ao conteúdo da decisão na ADI 3.361, o que desde logo prejudica, igualmente, a concessão da medida liminar ora pleiteada.

De resto, não só não se descumpriu decisão do STF, mas ao contrário deu-se cabal acatamento à sua jurisprudência.

Brasília – DF, 30 de março de 2005.

WALTER DO CARMO BARLETTA

Advogado Regional no Distrito Federal

CARLOS BASTIDE HORBACH

Advogado Regional Adjunto no DF

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO

*Coordenador do Direito Administrativo da Consultoria Jurídica
Procurador do Estado*

MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO 3.177-2 MINAS GERAIS

RELATOR: MIN. CARLOS VELLOSO
RECLAMANTE(S): ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ATRICON
ADVOGADO(A/S): CARLOS PINTO COELHO MOTTA E OUTRO (A/S)
RECLAMADO(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTERESSADOR(A/S): ANTÔNIO CARLOS DOORGAL DE ANDRADA

DECISÃO:

Vistos. Trata-se de reclamação, proposta pela ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL - ATRICON, contra o ato de nomeação do Deputado ANTÔNIO CARLOS DOORGAL DE ANDRADA para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, editado pelo Governador de Minas Gerais e publicado no “DOE” de 12.3.2005 (fl. 67).

Sustenta a reclamante, em síntese, o seguinte:

a) existência de afronta à decisão proferida, em 10.3.2005, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.361-MC/MG, Relator o Sr. Ministro Eros Grau, que suspendeu a eficácia do art. 78, § 1º, I e II, e § 3º, da Constituição mineira;

b) ocorrência de ofensa à Súmula 653/STF, dado que a Assembléia Legislativa mineira já indicou quatro Conselheiros (José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo, Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila), e o Governador de Minas Gerais, dois Conselheiros (Sylo da Silva Costa, por livre nomeação, e Eduardo Carone Costa, na vaga destinada a Auditores). Ademais, compõe, ainda, o Tribunal de Contas mineiro, o Conselheiro Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, nomeado antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, certo que as duas últimas nomeações de Conselheiros foram feitas pela Assembléia Legislativa mineira (Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila);

c) a vaga aberta em virtude do falecimento do Conselheiro José Ferraz da Silva deve ser preenchida por membro do Ministério Público e, não havendo representante do Ministério Público, deve a referida vaga ser destinada à carreira dos Auditores, em estrita observância do critério técnico para a composição dos Tribunais de Contas estaduais.

Pede a reclamante, ao final, a “SUSPENSÃO do ato do Exmo. Sr. Governador, em decorrência de uma eventual irreversibilidade de posse, bem como a SUSPENSÃO da referida posse” (fl. 5).

Requisitaram-se informações (fls. 19 e 20). O Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, às fls. 22-40 e 70, alega, em síntese:

a) inexistência de afronta à decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.361-MC/MG, ante a preservação da composição constitucional do Tribunal de Contas, na medida em que o preenchimento de suas vagas deve obedecer ao critério de origem de cada um dos Conselheiros, com a devida vinculação de cada uma delas à categoria a que pertençam, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.117-MC/DF, Ministro Maurício Corrêa,

“DJ” de 07.11.2003, certo que a ordem prevista no § 2º do art. 78 da Constituição mineira, válida no período de transição institucional, encerrou-se com a nomeação do Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila, em setembro de 2004, ao atingir-se a correta composição constitucional, qual seja, 4 (quatro) Conselheiros indicados pela Assembléia Legislativa mineira (José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo, Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila) e 3 (três) Conselheiros indicados pelo Governador do Estado de Minas Gerais (Sylo da Silva Costa, Eduardo Carone Costa e Flávio Régis Xavier de Moura e Castro), nos termos da Súmula 653/STF, motivo por que a indicação para a vaga então preenchida pelo saudoso Conselheiro José Ferraz da Silva é competência da Assembléia Legislativa mineira;

b) a indicação do Sr. Antônio Carlos Doorgal de Andrada obedece à proporcionalidade prevista na Súmula 653/STF, restabelecendo a correta composição constitucional do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

O Governador do Estado de Minas Gerais, às fls. 46-66, aduz, em síntese:

a) a obrigatoriedade da repetição do modelo federal na esfera do ordenamento positivo estadual;

b) obediência aos parâmetros fixados pela Súmula 653/STF na nomeação do Deputado estadual Antônio Carlos Doorgal de Andrada para o cargo Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por se tratar de vaga a ser preenchida pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais;

c) vinculação das vagas do Tribunal de Contas estadual à respectiva categoria de origem, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.117-MC/DF e ADI 2.209/PI, Ministro Maurício Corrêa, “DJ” de 07.11.2003 e 25.4.2003; e ADI 1.957-MC/AP, Ministro Néri da Silveira, “DJ” de 11.6.1999), certo que a interpretação defendida pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON leva à inversão da proporcionalidade preconizada pela Súmula 653/STF, afrontando a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADI 3.361-MC/MG;

d) inépcia da inicial da reclamação, ante a inexistência de pedido de mérito, limitando-se a requerer a suspensão do ato reclamado, simples pedido de liminar.

Autos conclusos em 05.04.2005.

Decido.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.361-MC/MG, Relator o Ministro Eros Grau:

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º, INCISOS I E II, E § 3º DO ARTIGO 78 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. ENUNCIADO N. 653 DA SÚMULA DESTA CORTE.

1. É firme o entendimento de que a estrutura dos Tribunais de Contas dos Estados-membros deve ser compatível com a Constituição do Brasil, sendo necessário, para tanto, que, dos sete Conselheiros, quatro sétimos sejam indicados pela Assembléia Legislativa e três sétimos pelo Chefe do Poder Executivo. Precedentes.

2. Há igualmente jurisprudência consolidada no que tange à clientela à qual estão vinculadas as nomeações do Governador. Apenas um provimento será de livre escolha; as duas vagas restantes deverão ser preenchidas, necessariamente, uma por ocupante de cargo de Auditor do Tribunal de Contas e a outra por membro do Ministério Público junto àquele órgão.

3. Medida cautelar deferida.” (“DJ” de 13.4.2005)

É dizer, o Supremo Tribunal decidiu, com base em jurisprudência velha, que a estrutura dos Tribunais de Contas dos Estados-membros deve ser compatível com a Constituição Federal: dos sete conselheiros, quatro devem ser indicados pela Assembléia Legislativa e três pelo Governador do Estado. A clientela à qual estão vinculadas as nomeações do Governador é a seguinte: um provimento será de livre acolha; as duas vagas restantes deverão ser preenchidas, necessariamente, uma por ocupante do cargo de Auditor do Tribunal; a outra por membro do Ministério Público junto ao Tribunal.

Nas informações, o Governador do Estado e o Presidente da Assembléia Legislativa de Minas sustentam, em síntese, inexistência de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da citada ADI 3.361-MC/MG, na medida em que o preenchimento das vagas deve obedecer ao critério de origem de cada um dos Conselheiros, com a devida vinculação de cada uma delas à categoria a que pertençam, conforme decidido na ADI 2.117-MC/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, certo que a ordem prevista no § 2º do art. 78 da Constituição mineira, válida no período de transição institucional, encerrou-se com a nomeação do Conselheiro Wanderlei Geraldo de Ávila, em setembro de 2004, ao atingir-se a correta composição constitucional: quatro Conselheiros da Assembléia Legislativa $\frac{3}{4}$ José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo, Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila; três Conselheiros do Governador: Sylo Costa, Eduardo Carone Costa e Flávio Moura e Castro, nos termos da Súmula 653-STF. Assim, a indicação para a vaga então preenchida pelo saudoso Conselheiro José Ferraz da Silva é da Assembléia Legislativa. Destarte, a indicação do Sr. Antônio Carlos Doorgal de Andrada obedece à proporcionalidade prevista na Súmula 653-STF. É dizer, com a indicação, pela Assembléia, do Sr. Antônio Carlos Doorgal a composição ficou exatamente assim: quatro Conselheiros indicados pela Assembléia, três Conselheiros indicados pelo Governador.

Não vejo como, portanto, esteja sendo desrespeitada a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na ADI 3.361-MC/MG.

O que pode estar ocorrendo é que dentre três Conselheiros indicados pelo Governador não se tenha, no momento, um Conselheiro de livre escolha do Governador, um Conselheiro oriundo do cargo de Auditor e outro Conselheiro do Ministério Público junto ao Tribunal. Esta, entretanto, é uma questão que deve ser regularizada a medida em que ocorram vagas na denominada composição do Governador. Posta assim a questão, indefiro a medida liminar. Ao parecer da Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Brasília, 18 de abril de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO - Relator.

MEMORIAL

PELO ESTADO DE MINAS GERAIS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.04.412652-2/000

REQUERIDOS: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO
PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

LITISCONSORTE: WANDERLEY ÁVILA

IMPETRANTE: EDSON ANTONIO ARGER

Exmo. Sr. Desembargador,

Colenda Corte,

O ESTADO DE MINAS GERAIS, nos autos do processo em referência, vem, respeitosamente, apresentar a V.Exa. e seus doutos pares, as razões que se seguem, a título de *memorial*, relativamente à ação mandamental impetrada por *Edson Antônio Arger*:

I. DA ESPÉCIE

2. Trata-se de mandado de segurança por meio do qual o impetrante alega violação a suposto direito líquido e certo seu, à consideração dos atos administrativos perpetrados pelas autoridades indigitadas coatoras consistentes na eleição, nomeação e posse, respectivamente, do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

3. Em apertada síntese, tem-se que o impetrante advoga a ilegalidade dos atos administrativos acima identificados na medida em que, ao seu sentir, a indicação do nome do litisconsorte passivo necessário estaria em desacordo com o comando contido nos arts. 73, § 2º e 75, ambos da Constituição da República de 1988, configurada a inconstitucionalidade incidental do art. 78, § 1º, da Constituição mineira.

4. Sustenta, mais, o impetrante, o fato de que o Supremo Tribunal Federal, por meio do Enunciado da Súmula n.º 653, consolidou sua jurisprudência a respeito da composição dos Tribunais de Contas estaduais, fixando a simetria com a regra federal, constante da Lei Maior, ou seja, as normas constitucionais estaduais não podem extravasar a regra constitucional federal.

5. Nesta linha, argumenta que, no âmbito estadual, o Tribunal de Contas já contaria, na sua composição, com vagas ocupadas por indicações do Governador do Estado, sendo uma de livre escolha e outra de membro oriundo da carreira de Auditor junto a Corte de Contas e quatro indicações realizadas pela Assembléia Legislativa, faltando a vaga correspondente à indicação, pelo Chefe do Poder Executivo, dentre nomes que compõem o Ministério Público perante o Tribunal de Contas.

6. Daí que, sob aduzir a ausência de carreira ministerial junto ao Tribunal de Contas estadual, sustenta o impetrante que competiria ao Governador do Estado indicar um dos membros da carreira de Auditor, indicação esta que recairia em seu nome, à vista de que é, atualmente, o único Auditor em exercício naquele Tribunal.

7. Como sabido, a liminar rogada restou indeferida, sob a prudente advertência do eminente Relator de que “...a matéria deve ser acuradamente analisada após a notificação da Autoridade apontada como Coatora” (fls. 53).

8. Pois, bem! Em verdade não está configurado qualquer lesão ao direito subjetivo do impetrante, tendo agido o Governador do Estado, a exemplo das demais autoridades indigitadas coatoras, em sintonia com o quanto estabelecido no Enunciado da Súmula n.º 653 do Supremo Tribunal Federal.

II – OBRIGATORIEDADE DE REPETIÇÃO DO MODELO FEDERAL, MESMO NA EXTRAORDINÁRIA HIPÓTESE DE *VACUUM JURIS* NA ESFERA DO ORDENAMENTO POSITIVO ESTADUAL – ADIN(MC) 892-7 RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO

9. Inicialmente, cumpre consignar que o Estado de Minas Gerais, a despeito do quanto contido no texto constitucional estadual, cujos preceptivos foram suspensos pela medida cautelar deferida na ADI 3.361, desde a edição da Constituição Federal de 1988, está seguindo o modelo federal da Corte de Contas, em perfeita sintonia com o quanto posto na Súmula n.º 653 do STF.

10. Ademais, mesmo que, por hipótese, o que não ocorre, houvesse um **vacuum juris** no ordenamento jurídico estadual a obrigação do Governador do Estado de respeitar a vaga da Assembléia não estaria elidida. Na ADI 892-7 RS (unânime), Rel. Min. CELSO DE MELLO ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal:

“.....

Observo que nesse precedente específico (Adin 219-PB), estatuiu-se a proporção 4 x 3 como projeção possível da distribuição percentual estabelecida pelo art. 73, § 2º, da Constituição, para efeito de escolha dos membros das Cortes de Contas. Tal circunstância afasta, por isso mesmo, o argumento do Governador no sentido de que, suspensas às normas ora impugnadas, não haverá como prover os cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas local (o grifo não é do original).

Com efeito – e tal como já precedentemente ressaltado – os Estados-membros devem necessariamente observar, em termos de organização e composição dos seus Tribunais de Contas, o modelo federal que, em regra heterônoma, lhes foi imposto pelo art. 75 da Carta Política.

*Isso significa que, mesmo na hipótese extraordinária de **vacuum juris** na esfera do ordenamento positivo estadual, o modelo federal impõe-se, de modo cogente, à observância compulsória dos Estados-membros (o sublinhado não é do original).*

*O Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente advertindo que “a obediência aos modelos federais tem sido um **standard** da constitucionalidade dos dispositivos das leis maiores dos Estados” (RTJ 81/332, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA), de tal modo que a inobservância do paradigma instituído na Carta Federal revela-se apta a gerar a **inconstitucionalidade** das regras constantes das Constituições estaduais”.*

11. Nesse sentido, de se acentuar, como adiante se demonstrará cabalmente, que o Estado de Minas Gerais, após a vigência do texto constitucional da República passou a adotar o modelo federal de Tribunal de Contas, especialmente no que pertine à composição da Corte, respeitando sejam as vagas destinadas à Assembléia Legislativa sejam as vagas destinadas ao Chefe do Poder Executivo.

III – OS PODERES DO ESTADO SEMPRE CUMPRIRAM A SÚMULA 653 DO STF.

12. De se destacar que, não obstante a presente impetração, na qual se reclama incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 78, § 1º da Constituição mineira, na ADI 3.361, Rel. Min. EROS GRAU, foi deferida medida cautelar que suspendeu o preceptivo em apreço.

13. Desse modo, a suspensão da eficácia do dispositivo sob enfoque reiterou a pacífica jurisprudência do STF quanto à composição dos Tribunais de Contas estaduais, em especial no que toca às vagas a serem preenchidas pelo Governador do Estado e pela Assembléia Legislativa.

14. Assim, suspendendo a regra em questão, adequou o Plenário do Supremo Tribunal Federal a forma de composição do Tribunal de Contas mineiro aos parâmetros explicitados no Enunciado da Súmula n.º 653 do STF:

“No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha”.

15. Neste sentido, à época da eleição, nomeação e posse do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila, indicação esta realizada pela Assembléia Legislativa, estava-se, tão-somente, dando concretude ao comando contido no Enunciado da Súmula em destaque.

16. Isto porque, após a Constituição da República de 1988, o Estado de Minas Gerais preocupou-se, quanto à composição do Tribunal de Contas, em seguir o quanto definido pelo texto constitucional federal e a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, **adotando, diga-se de passagem, o modelo seguido pelo Tribunal de Contas da União, conforme decidido na ADI 2.117.**

17. Assim, veja-se: O Presidente da República fez, após 1988, as 1ª, 4ª e 7ª vagas, enquanto o Congresso Nacional indicou os integrantes das 2ª, 3ª, 5ª e 6ª vagas, respectivamente, do TCU. Houvesse no Estado as 8ª e 9ª vagas e estas também seriam atribuídas a Assembléia, pela seqüência adotada. De sua parte, como ocorreu com o Presidente da República, o Governador de Minas também indicou a 1ª e a 4ª vagas após 1988 e indicará a 7ª vaga, dentre as antigas (ainda ocupadas por nomeações anteriores a 1988) quando esta vier a vagar.

18. Como ocorreu com o Congresso Nacional a Assembléia Mineira também indicou os integrantes das 2ª, 3ª, 5ª e 6ª vagas.

19. A primeira vaga do Presidente da República foi livre escolha, livre escolha foi a primeira do Governador de Minas. A segunda vaga do Presidente foi preenchida dentre os Auditores, dentre os Auditores foi preenchida a segunda vaga do Governador mineiro. A terceira vaga conquistada pelo Presidente foi atribuída ao Ministério Público, a terceira vaga a ser destinada ao Governador – que hoje

se encontra ocupada por uma nomeação anterior a 1988 – será forçosamente destinada ao MP especial do TCEMG, nos moldes do decidido na ADI 2.596-1 PA, Rel. Min. PERTENCE, dentro da quota do Governador e não da Assembléia.

20. Os quadros adiante bem sintetizam o quanto exposto:

TCEMG

NOMEAÇÃO ANTERIOR A CF/1988

Flávio Régis Xavier de Moura e Castro	Governador do Estado	Abril de 1988
---------------------------------------	----------------------	---------------

NOMEAÇÕES APÓS A CF/1988 – Transição.

Ordem de nomeação	Origem	Data
1º. Sylo da Silva Costa	Governador do Estado (livre nomeação)	Dezembro de 1993
2º. José Ferraz Falecido em outubro de 2004	1ª Vaga da ALEMG	Setembro de 1995
3º. Simão Pedro de Toledo	2ª Vaga da ALEMG	Maior de 1997
4º. Eduardo Carone Costa	Governador do Estado (Auditor	Novembro de 1999
5º. Elmo Braz Soares	3ª Vaga da ALEMG	Abril de 2000
6º. Wanderley Geraldo de Ávila	4ª Vaga da ALEMG	Setembro de 2004
7º. A ser preenchida (ocupado antes de 1988 por Flávio Régis de Moura Castro)	Governador do Estado (Ministério Público)	Após a vacância do cargo ocupado por Flávio Régis de Moura Castro

Tribunal de Contas da União

Ordem de nomeação na transição

Origem

1º. Min. Marcos Vilaça	Presidente da República (livre nomeação)
2º. Min. Iran Saraiva	1ª. vaga do Congresso Nacional
3.º Min. Humberto Souto	2ª. vaga do Congresso Nacional
4º. Min. Bento Bugarin	Presidente da República (Auditor)
5º. Min. Walmir Campelo	3ª. vaga do Congresso Nacional
6º. Min. Adylson Mota	4ª. vaga do Congresso Nacional
7º. Min. Walton Alencar	Presidente da República (membro do Ministério Público junto ao TCU)
8º. Min. Guilherme Palmeira	5ª. vaga do Congresso Nacional
9º. Min. Adhemar Ghisi	6ª. vaga do Congresso Nacional

21. Os quadros acima deixam patente as seguintes conclusões: O Tribunal de Contas de Minas Gerais, do ponto de vista do Poder Legislativo, já teve sua composição adequada ao regime posterior à Constituição de 1988, o que decorreu de uma série de nomeações da Assembléia, que elegeu seu quarto membro da Corte de Contas, Deputado Wanderley Geraldo de Ávila, em setembro de 2004. Com essa eleição, consolidada restou a proporcionalidade no Tribunal, que ora deve ser mantida. Para tanto, impõe-se que as vagas já preenchidas pela Assembléia sejam por ela repostas, mantendo o Executivo os seus membros.

22. De outro lado, reitera-se, resta demonstrado que os Poderes constituídos de Minas Gerais, a despeito do quanto contido na Constituição mineira a respeito da composição da Corte de Contas, desde a edição da Constituição da República de 1988, estão observando a regra federal em fina sintonia, outrossim, com o Enunciado da Súmula n.º 653 do STF e o modelo adotado pelo Tribunal de Contas da União.

23. Esta seqüência para a transição, aliás, o STF aprovou como sendo a mais indicada e a mais razoável delas de acordo com o decidido na ADI 2.117. Nas palavras do Ministro JOBIM naquele julgamento esta distribuição é “**absolutamente razoável**” para implementar a vontade da Constituição na busca de uma composição estável. Seqüência inversa foi adotada pela Constituição da Paraíba que o STF considerou válida na ADI 219-8, Min. PERTENCE:

“A ordem dos incisos do art. 73, § 2º, CF não resolve nem visou a resolver a questão transitória do sistema de provimento das vagas no Tribunal de Contas, subseqüentes à promulgação constitucional: logo – não obstante o art. 75 CF – não importa que, ao imitar o modelo federal, haja a Constituição do Estado invertido a sua enunciação”.

24. Estas citações são feitas **para demonstrar e defender a prática adotada** pelos Poderes do Estado que, a despeito da Constituição estadual, foi **rigorosamente obediente** ao modelo federal e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

25. Da mesma forma nas ADI’s 585-5 AM e 897-8 PA, esta Rel. Min. ILMAR GALVÃO, o STF entendeu não haver nenhuma inconstitucionalidade em se atribuir ao Poder Legislativo a escolha das **Segunda, Terceira, Quinta e Sexta vagas**, exatamente como ocorreu no processo mineiro de atribuição de vagas a despeito, repita-se, do que dizia o dispositivo estadual suspenso na ADI (MC) 3.361. A propósito, o Min. CARLOS VELLOSO, na Reclamação 3.177-2, proferiu esclarecedora decisão, de cujo conteúdo se extrai o seguinte excerto:

“Nas informações, o Governador do Estado e o Presidente da Assembléia Legislativa de Minas sustentam, em síntese, inexistência de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da citada ADI 3.361-MC/MG, na medida em que o preenchimento das vagas deve obedecer ao critério de origem de cada um dos Conselheiros, com a devida vinculação de cada uma delas à categoria a que pertençam, conforme decidido na ADI 2.117-MC/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, certo que a ordem prevista no § 2º do art. 78 da Constituição mineira, válida no período de transição institucional, encerrou-se com a nomeação do Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila, em setembro de 2004, ao atingir-se a correta composição constitucional: quatro Conselheiros da Assembléia Legislativa – José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo, Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila; três Conselheiros do Governador: Sylo Costa, Eduardo Carone Costa

e Flávio Moura e Castro, nos termos da Súmula 653-STF. [...] Não vejo como, portanto, esteja sendo desrespeitada a decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na ADI 3.361-MC/MG. O que pode estar ocorrendo é que dentre três Conselheiros indicados pelo Governador não se tenha, no momento, um Conselheiro de livre escolha do Governador, um Conselheiro oriundo do cargo de Auditor e outro Conselheiro do Ministério Público junto ao Tribunal. Esta, entretanto, é uma questão que deve ser regularizada a medida em que ocorram vagas na denominada composição do Governador. Posta assim a questão, indefiro a medida liminar” (o destaque não é do original).

IV. AS VAGAS DO TRIBUNAL DE CONTAS SÃO VINCULADAS À RESPECTIVA CATEGORIA DE ORIGEM (ADI 2.117)

26. A interpretação defendida na presente impetração, sublinhe-se, levaria à esdrúxula situação em que seria invertida a proporcionalidade hoje alcançada no Tribunal de Contas mineiro.

27. Para atendimento completo do modelo federal de Corte de Contas e da jurisprudência do excelso Pretório, falta apenas a indicação de um nome dentre integrantes da carreira do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, o que se efetivará quando da aposentadoria do Conselheiro Flávio Régis Xavier de Moura e Castro.

28. Isso porque, caso a vaga do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila fosse preenchida pelo Poder Executivo este passaria a contar com quatro nomeações e o Legislativo perderia uma, ficando somente três, e se entraria numa rotatividade indefinida que levaria ao caos na composição do TCEMG. Estar-se-ia fazendo o contrário do que dita a Carta Federal e determina o Supremo: que aquela composição deve ser estável com vagas cativas da origem.

29. É de se notar, igualmente, que até mesmo a citação doutrinária constante da inicial e do parecer ministerial, de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, reforça, na verdade, a regularidade da nomeação do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila. É que, segundo o autor, a adaptação do modelo estadual às regras advindas da Constituição de 1988 deve ser procedida, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o mais rapidamente possível.

30. Como destacado anteriormente, em Minas Gerais, o modelo decorrente da Constituição da República foi implementado em **setembro de 2004** com a eleição, nomeação e posse do Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila, **quarta vaga da Assembléia Legislativa**. Eventual nomeação como sendo da quota do Governador, para referida vaga, faria retroceder o modelo, em contrariedade ao texto constitucional, **ainda mais se a vaga fosse preenchida por Auditor, uma vez que na composição atual essa classe específica já conta com o seu representante, quem seja, o Conselheiro Eduardo Carone Costa**. Seria o caos na composição do TCEMG que não se estabilizaria nunca.

31. Ter-se-ia o oposto do que quer a Constituição conforme Min. MAURÍCIO CORRÊA na ADI 2.117 (unânime):

*“...é de ver-se que essa representação, de natureza heterogênea, há que ter atuação simultânea, de tal sorte que a pluralidade eleita pelo Constituinte não se resume apenas em ficção sazonal, mas sim efetiva, **permanente, estável, constante, imutável**, para que se resguarde, de forma proporcional como estabeleceu a norma que a instituiu, a presença de todas as categorias na*

composição da Corte”. [...] “jamais podendo prevalecer, por isso mesmo, a escolha rotativa, que se possível, introduziria, aí sim, critério não autorizado pela Constituição”.

E mais adiante assevera:

“...devem as vagas de origem ser observadas, à medida que se forem abrindo, pertencendo cada uma delas à respectiva classe dos Ministros de onde provierem”. (os grifos não são do original)

32. De igual forma, tem-se excerto do r. voto proferido pelo Min. PERTENCE, na referida ADI 2.177:

“Ora, o Tribunal acentuou em diversos casos relativos aos tribunais de contas estaduais, a partir, se não me engano, da ADI 758, de que foi Relator o Ministro Ilmar Galvão, de 24 de junho de 1993, que, da Constituição, não é possível extrair uma ordem de nomeação para as primeiras vagas posteriores a sua promulgação. Por isso a Lei do TCU, a meu ver, utilizou-se dessa liberdade reconhecida ao legislador, quando, nos incisos I e II do art. 155, estabeleceu a forma de preenchimento das primeiras nove vagas subseqüentes à promulgação da Constituição e à mudança nela estabelecida do poder de escolha dos componentes do Tribunal. Mas, quando no inciso III, objeto dessa impugnação, se estabeleceu que o mesmo mecanismo para a transição continuaria a aplicar-se, ao contrário da regra que me parece adequado em casos que tais, pretendeu-se foi eternizar um processo de transição, que, a meu ver, perdera sua razão de ser com o preenchimento das primeiras nove vagas. Findo o período de transição, a única forma de atender à partilha constitucional permanente de seleção e da composição constitucional do TCU é tornar as vagas cativas da classe ou da origem da investidura de cada um dos Ministros cuja vaga se trate de prover”.

33. Sobre o tema, ainda no mesmo sentido, na ADI 1.957-1-AP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, assim votou o Min. PERTENCE:

“No art. 73, § 1º, a primeira divisão leva em conta o órgão a que compete a escolha; a segunda regra é que as escolhas do Governador sofrem restrições, porque uma há de dar-se dentre membros do Ministério Público e outra, dentre Auditores” [...] “Essa participação será obrigatória, mas o Tribunal do novo Estado ainda não pode tê-la. Também no Tribunal de Contas da União, passados dez anos da Constituição, é que surge a primeira vaga para o Ministério Público” (o grifo não é do original).

34. No mesmo sentido da vinculação das vagas decidiu o STF na ADI 2.209-1 PI, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA:

“Não me parece que essa ordem, tal como definida presentemente na Carta Estadual do Piauí, resultante da emenda constitucional em causa, atente contra a Constituição Federal. Como já decidido por esta Corte, as vagas do Tribunal de Contas da União são vinculadas a cada uma das respectivas categorias contempladas no artigo 73, § 2º, incisos I e II da

Carta Federal (ADI 2.117), pouco importando os critérios de precedência se de uma ou de outra, como igualmente entendeu o Tribunal ao julgar a ADIN 585, originária do Estado do Amazonas, Ilmar Galvão (DJU de 2.9.94)” (grifou-se).

35. Por fim, de se destacar que atendido pelo Estado de Minas Gerais, após a Constituição da República de 1988, o modelo federal da composição do Tribunal de Contas, relativamente às vagas de indicação da Assembléia e, dentre as vagas de indicação do Governador do Estado, as classes de livre escolha e de integrante da carreira de Auditor, não se pode retroceder para, relativamente à vaga ocupada pelo Deputado Wanderley Geraldo de Ávila, que se refere à **quarta** indicação da Assembléia Legislativa mineira, nomear alguém indicado pelo Governador do Estado, ainda mais egresso da classe de Auditor, já composta naquele Tribunal. Em situação análoga, manifestou-se o Min. MARCO AURÉLIO, na ADI 1.957:

“...As quatro vagas criadas representam os dois terços atribuídos, pela Carta da República, à Casa Legislativa. E aí não podemos, agora, retirar uma ou duas dessas vagas para preenchimento pelo Governador, porque estaríamos invertendo o que preconiza a Constituição Federal”.

V. DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DO IMPETRANTE

36. Como se vê, a composição do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, após a Constituição da República de 1988, está em plena sintonia com o Enunciado da Súmula n.º 653 do STF e o modelo federal da Corte de Contas, tendo-se seguido, conforme demonstrado alhures, a mesma precedência na composição das vagas adotada pelo TCU, a despeito dos preceptivos constitucionais estaduais que tratavam da matéria.

37. Entrementes, não se revela presente direito subjetivo com os caracteres de liquidez e certeza porquanto **a composição atual do Tribunal de Contas mineiro já contempla** duas indicações realizadas pelo Governador do Estado, uma de livre nomeação e a outra **dentre integrantes da carreira de Auditor** e, de outro lado, quatro indicações perpetradas pela Assembléia Legislativa, dentre estas a do litisconsorte passivo necessário, que deverá prevalecer, *rogata venia*.

38. Restará, assim, quando se tornar vago o cargo hoje ocupado pelo Conselheiro Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, único integrante do Tribunal de Contas mineiro indicado antes da Constituição da República vigente, proceder ao seu preenchimento mediante a indicação, pelo Governador do Estado, de um nome dentre integrantes da carreira do Ministério Público atuante na Corte de Contas, cuja regulamentação encontra-se em curso (Emenda Constitucional à Constituição mineira n.º 69, de 21 de dezembro de 2004 e projeto de lei em tramitação na Assembléia Legislativa de Minas Gerais).

39. Logo, não só falta interesse de agir do impetrante, mas, sobretudo, não há direito subjetivo líquido e certo lesado, o que impõe seja denegado o *writ of mandamus*, o que ora se reitera.

VI. CONCLUSÃO

40. Ora, se o Supremo Tribunal Federal estabeleceu para o modelo federal que as vagas **cativas e vinculadas** ao respectivo Poder e categoria que as conquistou num processo válido de distribuição e precedência segundo o Direito local e se são vinculadas à classe de origem (ADI's 2.117-6 DF e 1.957-1 AP);

se a classe dos Auditores já conquistou a única vaga a que têm direito no TCE, vaga esta que agora se torna cativa da sua categoria e que hoje se encontra ocupada;

se o STF já estatuiu que o art. 73, § 2º, da Constituição da República estabelece mera distribuição de competência para indicação e nomeação de membro do Tribunal de Contas, sem que haja qualquer reflexo ou determinação no sentido de que a escolha a ser feita por um dos Poderes deva preceder à de outro (AD's 1.069-9 ES, 1.190-1 PR, inter alia);

se o que levou o STF a suspender os dispositivos da Constituição mineira foi precisamente a sua dissonância com o modelo federal e em especial com o Enunciado da Súmula n.º 653;

se a norma consubstanciada no art. 75 da Constituição da República de 1988 torna, **necessariamente, extensíveis aos Estados federados** as regras nele fixadas assim como interpretado pelo STF, até mesmo na hipótese extraordinária de **vacuum juris**;

não restava alternativa ao Governador do Estado senão respeitar o direito da Assembléia Legislativa de, mais uma vez, conduzir nome de sua escolha para a ocupação da **4ª vaga** do Poder Legislativo na composição do TCEMG, nos estritos termos do Enunciado da Súmula n.º 653 do Supremo Tribunal Federal;

41. Ademais, já estando, dentre as indicações do Governador do Estado, composto o TCEMG, com nomes oriundos de livre nomeação e da carreira de Auditor, não há interesse de agir do impetrante, também Auditor naquele Tribunal, ausente, em conseqüência, lesão a direito subjetivo líquido e certo.

42. De resto, não só não se descumpriu a Constituição da República de 1988, mas, inclusive, deu-se cabal acatamento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando da eleição, nomeação e posse do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila, o que enseja a serena denegação da segurança pretendida com as custas *ex lege*.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2005.

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA
Advogado-Geral do Estado

HELOÍZA SARAIVA DE ABREU
Assessora-Chefe da Assessoria do Advogado-Geral do Estado
Procuradora do Estado

SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Coordenador de Direito Administrativo da Consultoria Jurídica da AGE
Procurador do Estado

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE PEDRO LEOPOLDO MG.

PROCESSO Nº 21003013416-2.

A **FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**, por seu Procurador, vem **IMPUGNAR** a **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE** argüida por **ICOI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE CONCRETO LTDA.** e outros, tudo, conforme os fundamentos a seguir delineados:

DA ARGUMENTAÇÃO DOS EXCIPIENTES

Insistem que a Execução para cobrança do crédito tributário está prescrita, vez que data de período que vai até abril de 1999, e, que, não tendo sido citados no prazo de 5 (cinco) anos a contar daquela época, estaria prescrita a Execução. Diz mais que o tratamento que a Lei 6.830/80 dá à Prescrição é ilegal (inconstitucional), eis que, segundo a Constituição em vigor, tal matéria (em sede de Direito Tributário) é reservada ao CTN.

PRELIMINARMENTE

1 – Como lembram os próprios Excipientes, ao trazer a colação Aresto que apontam ser oriundo do TJDF, prescrição não é matéria de Exceção de Pré-Executividade, *verbis*:

“Execução – exceção de pré-executividade – condição de ação – ilegitimidade passiva – reconhecimento. A exceção de pré-executividade têm por objeto matéria de ordem pública decretável “ex-offício” pelo Juiz, como os pressupostos processuais e as condições genéricas e específicas da ação, pois à sua falta, o processo não poderá se constituir e desenvolver válida e regularmente.” (sic).

2 – Em reforço ao afirmado, vale lembrar que o Juiz não pode reconhecer de ofício prescrição em sede de direito patrimonial (CPC, art. 219, § 5º), como o é a matéria tratada no ramo tributário, especialmente quando se fala em prescrição, modalidade de extinção do crédito tributário – relação obrigacional entre o Estado e o Contribuinte. O fato de que a prescrição possa ser argüida em qualquer fase do procedimento, não dá ao Juiz a faculdade e muito menos o dever de reconhecê-la, diante da existência do óbice legal no início lembrado.

MÉRITO

3 – De início cumpre verificar o termo inicial da prescrição na espécie. Para tanto, é de serem separados os prazos de decadência e de prescrição propriamente dita: “in casu”, foram inscritos em dívida ativa créditos tributários oriundos de fatos geradores ocorridos entre novembro de 1998 e abril de 1999. Para os primeiros, a decadência ocorreria, segundo a corrente doutrinária mais favorável ao contribuinte (exegese isolada do art. 173, I do CTN), ao final do ano de 2003. Como a dívida toda fora inscrita em maio desse ano, logo não se pode falar de decadência, muito menos para os créditos posteriores a novembro de 1998, evidentemente. Como entendemos ocorrida a constituição definitiva com o advento da Inscrição em Dívida Ativa (CTN, combinação dos arts. 141, “caput” do 142 e “caput” do 174), podemos afirmar que o prazo de prescrição “decolou” em 2003, logo sem motivo a alegação de prescrição extintiva, “d.v.”.

4 – Prescrição de crédito tributário é matéria reservada ao Código Tributário Nacional? Não! E não o é – entre outras razões - porque o CTN não nasceu sob a forma legislativa de Lei Complementar, nem sequer nasceu Código (Ato Complementar 36 de 13/03/67). A Lei 5.172 é de 25/10/1966, vigente a Constituição de 1946, a qual não admitia a espécie normativa Lei Complementar. A Doutrina e a Jurisprudência a tem como Lei Complementar por efeitos da recepção que lhe fizeram as Constituições de 1967, de 1969 (ou emenda nº 1) e a de 1988.

5 – Não se pode olvidar que hierarquia alguma há entre o Código e a Lei extravagante. Também é de ser ressaltado que as receptividades operadas pelas Constituições de 1967 e 1969 desapareceram com suas revogações. Instalado novo Estado de Direito com a Constituição de 1988, esta então passou a recepcionar a legislação vigente com ela compatível. Disso se conclui que a Constituição de 1988, especificamente em seu art. 146 recebeu o CTN como Lei Complementar. Recepcionou é claro, a partir de sua promulgação, e não da promulgação das Cartas por ela revogadas – Constituições de 1967 e sua Emenda nº 1, verdadeira Constituição outorgada -.

6 – Se a Carta Política e Jurídica de 1988 recepcionou a Lei 5.172/66, porquê não haveria de recepcionar – como recepcionou – a Lei 6.830/80? Vale sublinhar que no texto recepcionador de 1967 c/c o de 1969, a redação específica dizia – *verbis*:

“Art. 18. ...

§ 1º Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre conflitos de competência nessa matéria entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regulará as limitações constitucionais ao poder de tributar.”

O lembrete faz sentido, uma vez que o texto recepcionador de 1988 tem redação diversa, mais ampla, contemplando outras matérias endereçadas à legislação complementar, além das normas gerais de direito tributário, “*tout court*”. Assim se pode afirmar, quando se invoca o inciso III do art. 146, e seu item b) – *in verbis*:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I a II – omissis...

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

omissis...

obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”.

7 – Mas a Carta de 1967 e a de 1969 já não mais importam. Se recepcionou o CTN como Lei Complementar ou não, embora é seguro que o tenha recepcionado, é fato superado diante do advento de nova Constituição, a de 1988. Esta sim, para regular as relações jurídicas a partir de 5 de outubro de 1988, é que deve servir de paradigma para possíveis argumentações sobre o princípio da recepção da legislação infra-constitucional.

8 – A recepção como Lei Complementar de normas que tratam de prescrição em matéria tributária deve alcançar, indiscriminadamente, toda e qualquer Lei que regulasse o instituto da *perda do direito de ação*. Isto se aplica destarte ao CTN e também à Lei 6.830/80, especificamente na redação do “*caput*” do seu art. 40, “*d.v.*”.

9 – De tudo se extrai que, no que tange especialmente ao tema PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA, conforme dizeres da Constituição de 1988, tanto o CTN, quanto a Lei 6.830/80, foram recepcionados para os fins do “caput” do art. 146 da Carta Republicana em vigor.

Posto isto, tempestiva a citação dos Devedores, ora Excipientes, e afastada completamente a alegada prescrição, pede seja extinto o Feito por Sentença Terminativa, nos termos do art. 267, IV do CPC, ou, superada a Preliminar, seja julgada improcedente a Exceção, condenados os seus Autores nas custas e honorários de 20% sobre o valor atualizado da dívida.

Provas documentais.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 4 de abril de 2005.

JOSÉ ANTÔNIO SANTOS RODRIGUES
Procurador do Estado

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.04.404860-1/000(1)

EMENTA: TAXA DE SEGURANÇA PÚBLICA, NA MODALIDADE “TAXA DE INCÊNDIO” - ARTIGOS 113, INCISO IV, §§ 2º, 3º E 4º, I E II; ARTIGO 14, INCISO 10 §§ 1º, 2º E 3º E ARTIGO 115 DA LEI ESTADUAL Nº 6.763, DE 26/12/1975 COM A REDAÇÃO DETERMINADA PELO ARTIGO 1º DA LEI Nº 14.938/03, AMBAS ESTADUAIS. IMÓVEIS RESIDENCIAIS E DE FINS COMERCIAIS. SUSPENSÃO, PELO ESTADO, DA COBRANÇA DAS TAXAS REFERENTES ÀQUELES, COM POSTERIOR REMESSA DE PROJETO DE LEI À ASSEMBLÉIA, VISANDO À SUA REVOGAÇÃO. SERVIÇO ESPECÍFICO, NÃO GENÉRICO. INCIDÊNCIA CIRCUNSCRITA AOS MUNICÍPIOS SERVIDOS PELO CORPO DE BOMBEIROS. PRECEDENTES DO STF. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.04.404860-1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE – REQUERENTE(S): PT - PARTIDO TRABALHADORES, PC DO B – PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL - REQUERIDO(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS E OUTRO (A) (S) – RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a CORTE SUPERIOR do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM JULGAR IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO, INCLUSIVE O DES. KILDARE CARVALHO, EM RETIFICAÇÃO DE VOTO, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES PRIMEIRO REVISOR, LUCAS SÁVIO V. GOMES E BRANDÃO TEIXEIRA.

Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2004.

DES. RONEY OLIVEIRA – Relator

08/09/2004

CORTE SUPERIOR

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.04.404860- 1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE – REQUERENTE(S): PT - PARTIDO TRABALHADORES, PC DO B - PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – REQUERIDO(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS E OUTRO (A) (S) – RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA

Proferiram sustentações orais, pelo Autor, pelo Governador do Estado e pelo Presidente da Assembléia Legislativa, respectivamente, os Drs. Lauro de Tassis Cabral, José Bonifácio Borges de Andrada e Florivaldo Dutra de Araújo.

RELATOR SR. DES. RONEY OLIVEIRA:

Sr. Presidente.

Tendo em vista as sustentações orais proferidas, gostaria de apreciar melhor a matéria, por isso solicito que me sejam encaminhadas as notas taquigráficas relativas às mesmas e, peço, ainda, a continuidade do julgamento na próxima sessão.

S Ú M U L A: APÓS SUSTENTAÇÕES ORAIS, O FEITO FOI RETIRADO DE PAUTA A PEDIDO DO RELATOR.

24/11/2004

CORTE SUPERIOR

AD I A D O

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.04.404860- 1/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE – REQUERENTE(S): PT - PARTIDO TRABALHADORES, PC DO B - PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – REQUERIDO(S): GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS E OUTRO (A) (S) – RELATOR: EXMO. SR. DES. RONEY OLIVEIRA

O SR. PRESIDENTE (DES. CORRÊA DE MARINS):

O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia 08/09/2004, a pedido do Relator, após sustentações orais.

Assistiram ao julgamento, pelo Autor, os Drs. Lauro de Tassis Cabral e Daniel Manussi, e, pelo Réu, os Drs. Carlos Victor Muzzi Filho, Alberto Guimarães Andrade e José Bonifácio Borges de Andrada.

O SR. DES. RONEY OLIVEIRA:

V O T O

O Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Comunista do Brasil – PC do B, legitimados pelo inciso VI, do art. 118 da Constituição do Estado de Minas Gerais, propuseram ação direta de inconstitucionalidade com o propósito de ver declarados inconstitucionais os artigos 113, inc. IV, § § 2º, 3º e 4º, I e II; art. 14, inc. X, § § 1º, 2º e 3º e art. 115 da Lei Estadual nº 6.763/75, de 26 de dezembro de 1975, com redação determinada pelo art. 1º da Lei Estadual nº 14.938/03.

Argumentam os requerentes, na inicial, que os dispositivos, instituidores e disciplinadores da Taxa de Segurança Pública, afeta à utilização potencial do serviço de extinção de incêndios, a ser paga pelos proprietários de imóveis residenciais e comerciais, nos 33 (trinta e três) municípios mineiros que contam com o serviço do Corpo de Bombeiros Militar, incorreriam em acintosa contrariedade aos artigos 136, 142 e ao inciso II do artigo 144, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Ao despachar a inicial, salientou o plantonista (Des. Ferreira Esteves) que apreciaria a liminar após as informações, “por não vislumbrar a excepcional urgência, na medida em que a questionada taxa de incêndio, somente passará a ser exigida a partir do primeiro dia útil do segundo trimestre deste ano”.

Atendendo ao comando daquele despacho, os requerentes da ADIN fizeram anexar, aos autos, os documentos complementares de fls. 102/105.

Em 05 de fevereiro último (fls. 107/108), na primeira oportunidade após o recesso forense, foi o feito redistribuído a este Relator, que somente em 27/04/2004 teve acesso aos autos pela vez primeira.

Prestou o Governador do Estado as informações de fls. 114/190, anexadas aos autos no mesmo 27 de fevereiro em que também foram juntados, no ventre deste mesmo processo, os informes da Presidência da Assembléia Legislativa (fls. 192/246).

Recebidas tais informações, abriu-se, em 03 de março último, nos termos do artigo 281 do Regimento Interno deste Tribunal, vista ao Procurador-Geral de Justiça.

Na Procuradoria-Geral de Justiça, os autos permaneceram até 27 de abril, embora a vista tenha sido para manifestação por 15 dias.

Como houve requerimento dos representantes no sentido de que se apreciasse a liminar com urgência, porque as guias já estavam sendo expedidas, este Relator houve por bem, ultrapassado o prazo para manifestação - 15 dias - requisitar os autos à douta Procuradoria, que os devolveu com um parecer de 4 laudas, opinando contra a concessão da liminar, mas protestando por nova vista para depois se manifestar sobre o mérito.

Na oportunidade, despachando os autos no mesmo dia - 27 de abril - este Relator, num misto de decisão e relatório, houve por bem indeferir a liminar, mas, como já se havia esgotado o prazo de 15 dias para manifestação da Procuradoria e como o Regimento Interno não estabelece dois prazos - um sobre a liminar e outro sobre o mérito - determinamos o andamento do processo ao 1º Revisor e depois, designação de dia, mas, para não sermos indelicados com a douta Procuradoria, ordenamos a extração de cópia integral de todas as peças, com remessa por ofício àquele órgão para que o mesmo, se quisesse, manifestasse oportunamente sobre o mérito, por petição que seria anexada aos autos.

Como isso não foi feito, entendi que se exauriu o prazo para aquela manifestação e no interregno, começaram a ser impetrados mandados de segurança para as câmaras isoladas, alguns com obtenção de liminar de suspensão daquela cobrança da Taxa de Incêndio.

Paralelamente, o Estado obteve êxito junto ao Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a vigência daquelas liminares, prevalecendo, portanto, o entendimento primeiro deste Relator no sentido da sua não-concessão.

Continuando, às fls. 281/285, foi por nós indeferida a liminar, por diversificada fundamentação, de que destaco:

“De se salientar, ainda, que a súmula nº 549, do Egrégio STF, apesar de editada em 03/10/69, na vigência da antiga Constituição, ainda não foi tornada sem efeito, na medida em que não colide com o texto da Carta Magna de 1988.”

Diz ela:

“A taxa de Bombeiros de Pernambuco é constitucional, revogada a súmula 274”.

É bem verdade que os requerentes tentam neutralizar os seus efeitos com a recente decisão, pelo mesmo STF, da ADIN nº 2.424/8 Ceará, estampada às fls. 259 e segs.

Tais decisões, aparentemente conflitantes, certamente merecerão exame mais aprofundado, no ensejo da decisão colegiada de mérito”.

É o relatório

Destaco, *ab initio*, que a inicial golpeia o tributo, cuja cobrança tem por origem o inciso IV, do artigo 113, da Lei Estadual 6.763/75, com a redação que lhe deu a Lei 14.938/2003.

Às fls. 02, os requerentes enfatizam a proposição da ação “em face das normas jurídicas contidas no art. 113, inc. IV, § § 2º, 3º e 4º, I e II; art. 14, inc. X, § § 1º e 2º e 3º e art. 115 da Lei Estadual nº 6.763/75, de 26 de dezembro de 1975, com redação determinada pelo art. 1º da lei estadual nº 14.938/03”.

Ainda que o pedido final refira-se, genericamente, aos artigos 113, 114, 115 e 116 da Lei Estadual 6.763/75, os limites da lide encontram-se no inciso IV, do artigo 113 e nas normas reflexas, que tratam da “taxa de incêndio” e tiveram origem na Lei Estadual 14.938/2003, mesmo porque a Corte Superior deste Tribunal já julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade (102.059-3) cujo objeto era o artigo 113 da Lei Estadual 6.763/75, com os incisos e redação de então, sem que, naquela época, constasse de seu texto o atual inciso IV.

De relevo o destaque, porque foge aos limites da presente lide o comando agregado aos incisos I, II e III, do artigo 13, da Lei Estadual 6.763/75, e os dispositivos subseqüentes da lei que asseguram a aplicação desses incisos.

Por tais razões, suficientes a espancar qualquer incerteza, **rejeito a preliminar**, manejada pelo Governador do Estado às fls. 121/122, de inadmissão da ação “relativamente aos dispositivos que não se referem exclusivamente à Taxa de Incêndio”.

A distinção entre o que se poderia chamar da “taxa de segurança pública” e o que seria a “taxa de incêndio”, ainda que inserida essa última, pela lei, no rol daquelas ligadas à segurança pública, é real e de suma importância ao desfecho da representação.

A inicial apoiou-se em jurisprudência do STF (ADI 1.942-MC/PA e ADI 2.424-MC/CE), que, em caráter liminar, suspendeu a eficácia de dispositivos legais dos Estados do Pará e do Ceará, que instituía “Taxa de Serviços Prestados pelos órgãos de Segurança Pública e Defesa da Cidadania”.

Entretanto, naqueles julgados, o STF não esmiuçou as diversas taxas que as leis previam. Às fls. 259/272, foi inteiramente transcrita a decisão proferida na ADI-MC 2.424-8/CE. O relator, Ministro Néri da Silveira, ao deferir a liminar, valeu-se da precedente ADI-MC 1.942/PA, transcrevendo o voto do Ministro Moreira Alves, de que destaque (fls. 270):

“É de salientar, porém, que, do exame dessa Lei, verifica-se que a taxa não se aplica apenas ao serviço de segurança prestado pela polícia militar, mas também a atos administrativos do serviço de identificação e de investigação, do instituto

médico legal, de polícia administrativa (como fornecimento de alvarás, certidões etc.), bem como relativos a academias de polícia e ao corpo de bombeiros, **atos esses que não são atacáveis pela fundamentação da presente ação direta, que se restringe ao ataque do serviço de segurança prestado pela polícia militar, a que está ligada exclusivamente à tabela V também impugnada**”

É visível que o STF, nesses julgados, não examinou a “taxa de incêndio”, tão-somente as taxas voltadas para a segurança de um modo geral, afastando liminarmente a cobrança dessas taxas. Inferese, por conseguinte, que a jurisprudência cotejada na inicial, mesmo valiosa, não contém orientação do Pretório Excelso quanto à matéria em debate.

Segundo o artigo 144, II, da Constituição Estadual, um dos dispositivos em que se fundamenta o pedido:

“Ao Estado compete instituir:

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”

No que concerne às taxas em geral, venho adotando, sistematicamente, o posicionamento de que a cobrança da taxa de limpeza pública pelo município de Belo Horizonte se reveste de constitucionalidade. Todavia, a essa conclusão não cheguei no que refere às taxas similares cobradas por outros municípios.

O artigo 30 da Lei 5.641/89 do município de Belo Horizonte previa que a ocorrência regular e isolada de qualquer dos fatos geradores, previstos em seus incisos, ensejaria a cobrança da taxa. No que pertine a municípios outros, como o de Juiz de Fora, a hipótese de incidência do tributo nascia de forma cumulativa. Como exemplo, o artigo 177 Lei 5.546/78, daquele Município, com as alterações introduzidas pelas Leis nº 8.013/91 e nº 8.606/94, declarado inconstitucional por essa Corte, no julgamento da ADI 283.793-8, cuja redação apontava como fato gerador da taxa “a prestação de serviços de limpeza urbana e coleta de lixo”.

A legislação do município de Juiz de Fora não instituiu a cobrança do tributo de forma separada, por fato gerador, como o fez a legislação do Município de Belo Horizonte, mas de forma conjunta. Portanto, a incidência da taxa, naquela situação, foi afastada, porque um dos serviços não era específico e divisível e o fato gerador se dava de forma conjunta.

Já o artigo 113 da Lei Estadual 6.763/75, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 14.938/2003, assim dispõe:

“Art. 113- A Taxa de Segurança Pública é devida:

I - pela utilização de serviços específicos e divisíveis, prestados pelo Estado em órgãos de sua administração, ou colocados à disposição de pessoa física ou jurídica cuja atividade exija do poder público estadual permanente vigilância policial ou administrativa, visando à preservação da segurança, da tranquilidade, da ordem, dos costumes e das garantias oferecidas ao direito de propriedade;

II - em razão de eventos de qualquer natureza que envolvam reunião ou

aglomeração de pessoas e demande a presença de força policial, realizados no âmbito do Estado;

III - pela utilização de serviços prestados pelo Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, quando o interesse particular predominar sobre o interesse público.

IV - pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios”.

Em foco o inciso IV do artigo, que, de forma isolada, já enseja a cobrança da taxa. Aqui, não há vinculação entre um ou outro fato gerador. Resta aferir, então, se o serviço previsto no inciso IV, do artigo 113, da Lei 6.763/75, pode ser considerado serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição.

A resposta é positiva. Conquanto tenha aparência de um serviço geral, cujo resultado à coletividade aproveita, o serviço de extinção de incêndio pode ser inquinado de específico e divisível, porque sua prestação pode ser prestada de forma divisível. Existe, na hipótese, bem determinado, cujo titular é o contribuinte, que, se atingido por incêndio, pode se beneficiar da prestação do serviço.

Para Luciano Amaro:

“Serviços divisíveis, diz o Código Tributário Nacional, são aqueles suscetíveis de ser fruídos isoladamente por cada usuário. Serviços indivisíveis (como a defesa do território nacional) não comportam taxação”. Direito Tributário Brasileiro – 10ª edição - Página 34.

Na Obra Código Tributário Nacional Comentado, coordenada por Vladimir Passos de Freitas, assevera Eliana Calmon:

“Pelo conceito constitucional, temos que a taxa só existe em razão de um serviço público ou em decorrência do exercício do poder de polícia.”

Daí distinguiem-se as taxas de serviço e as taxas de polícia.

O outro aspecto em destaque é que o serviço prestado ou posto à disposição é sempre estatal, não podendo ser prestado por empresa privada.

Para a caracterização do que seja serviço público recorre-se à natureza jurídica do regime jurídico que o rege, para dizer que é serviço público aquele prestado sob a égide da lei, mesmo que não seja essencial.

Mas o serviço prestado pelo poder público, para ser estipendiado por taxa, precisa ser um serviço específico e divisível.

Quando o serviço público é geral, ou seja, prestado a todos, indistintamente, beneficiando pessoas indeterminadas, não podem ser tais serviços custeados por taxas, e sim pelas receitas derivadas dos impostos.

Os serviços específicos ou singulares são prestados a um número determinado de pessoas, para utilização individual e, por isso mesmo, mensurável”. (2ª edição - Página 437).

A taxa cobrada pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios não pode ser conceituada como serviço público geral, apesar de tal característica não poder ser dela totalmente

dissociada. Na taxa em relevo predomina a tipicidade de um serviço específico e divisível, prestado a um número determinado de pessoas.

Pode-se dizer que, de forma indireta, de modo secundário, o serviço de extinção de incêndio beneficia a população em geral. Mas, antes, há aquele usuário, aquele contribuinte, proprietário de imóvel, que, de forma mais direta, mais específica, é, em primeiro lugar, beneficiado pelo serviço, de que se vale para ver extinto incêndio em seus bens.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 120.954, decretou a inconstitucionalidade da “Taxa de Segurança contra Incêndio” instituída pelo Estado do Espírito Santo, por identidade de sua base de cálculo com a do Imposto Predial e Território Urbano.

Essa situação incorre quanto à taxa combatida, já que a base de cálculo para sua cobrança não é a mesma de qualquer imposto, como se vê nas disposições do artigo 115, § 2º, da Lei estadual 6.763/75, que considera até o “Coeficiente de Risco de Incêndio, expresso em megajoules (MJ), que corresponde à quantificação do risco de incêndio na edificação”.

A base de cálculo do tributo decorre da “Carga de Incêndio Específica, expressa em megajoules por metro quadrado (MJ/m²), em razão da natureza da ocupação ou uso do imóvel”, cujo resultado está detalhado pela Tabela B, item 2, anexa à Lei (fl. 84v. e 85). Por essa Tabela afere-se, por exemplo, que os imóveis residenciais com coeficiente de risco inferior a 11.250 megajoules (cerca de 37 m²) são isentos da taxa.

Diversa a base de cálculo entre a taxa e qualquer imposto e, por força da divisibilidade do serviço, inegável sua utilização potencial pelo contribuinte, pois, segundo o artigo 79, I, b, do CTN:

“Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:

I – utilizados pelo contribuinte:

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento”.

O serviço em relevo é de utilização compulsória, posto que a ninguém é dado o direito de recusar a extinção de um incêndio sem controle, e é, ainda, disponibilizado mediante atividade administrativa estatal, por imposição do artigo 136 da Constituição do Estado.

Observo, ainda que, do cotejo dos artigos 136 e 142 da Constituição Estadual, não se chega à conclusão de inconstitucionalidade na cobrança da “taxa de incêndio”.

O serviço de extinção de incêndio não se inclui no conceito típico de segurança pública, cujo custo, em princípio, deva ser arcado com a arrecadação dos impostos.

O tema, com os contornos aqui delineados, já foi objeto de pronunciamento do STF, no julgamento dos RE’s 206.777 e 229.232, assim ementadas :

“TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ. IPTU PROGRESSIVO. TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA E DE SEGURANÇA. LEIS MUNICIPAIS Nº 6.747/90 (ARTS. 2º E 3º); 6.580/89 (ARTS. 1º E 2º. INC. I, ALÍNEA A, E INC. II, ALÍNEAS A E B), e 6.185/85. ACÓRDÃO QUE OS DECLAROU INEXIGÍVEIS. ALEGADA OFENSA INCS. I E II E §§ 1º E 2º DO ART. 145; INC. I E § 1º DO ART. 156; §§ 1º, 2º, 4º, INC. II, DO ART. 182 DA

CONSTITUIÇÃO. Decisão que se acha em conformidade com a orientação jurisprudencial do STF no que tange ao IPTU progressivo, declarado inconstitucional no julgamento do RE 194.036, Min. Ilmar Galvão; e à taxa de limpeza urbana (arts. 1º e 2º, inc. I, a, e II, a e b, da Lei nº 6.580/89), exigida com ofensa ao art. 145, inc. II e § 2º, da CF, porquanto a título de remuneração de serviço prestado uti universi e tendo por base de cálculo fatores que concorrem para formação da base de cálculo do IPTU. Declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos enumerados, alusivos à taxa de limpeza urbana. **Pechas que não viciam a taxa de segurança, corretamente exigida para cobrir despesas com manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios.** Recurso conhecido em parte, para o fim de declarar a legitimidade da última taxa mencionada. Recurso conhecido em parte, para o fim de declarar a legitimidade da última taxa mencionada”. RE 206.777 – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJ de 30-04-99.

“Recurso extraordinário. Taxas de limpeza urbana e de segurança. - O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 206.777, relativo também às mesmas Leis municipais ns. 6.580/89 (quanto à taxa de limpeza urbana que diz respeito à remuneração dos serviços de coleta de lixo domiciliar e de limpeza das ruas) e **6.185/85 (quanto à taxa de segurança que se destina à manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios)**, decidiu que era inconstitucional a primeira dessas taxas (e declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º, I, “a”, e II, “a” e “b”, da citada Lei municipal n. 6.580/89), mas constitucional, e portanto exigível, a segunda. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido”. RE 229.232 / SP – Relator Min. MOREIRA ALVES – DJ de 22-02-02 – Página 55.

Acresço excerto do voto do Ministro Ilmar Galvão, relator do Recurso Extraordinário 206.777-6, cuja ementa alberguei acima:

“O mesmo não é de se dizer da taxa de segurança, que a Lei Municipal nº 6.185/85 (fl. 90) tem por destinada a cobrir as despesas **não com segurança pública, como entendido pelo acórdão, mas com “a manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios”, serviço público específico e divisível, cujos beneficiários são suscetíveis de referência individual”**.”

Esse trecho do voto demonstra a desvinculação entre a segurança pública e os serviços de prevenção e extinção de incêndio e reconhece a constitucionalidade da taxa de incêndio.

Por derradeiro, registro que na elaboração desse voto, em que se admite a cobrança da taxa, a análise realizada se deu de forma global para os imóveis residenciais ou não residenciais, apesar de que a cobrança coerente, a cobrança realmente justificável, aquela que mais considere nas razões de decidir, seja notadamente afeta aos imóveis **não residenciais**, cujos serviços, por certo, são aqueles incomuns, cuja origem está na prevenção e no combate a incêndios complexos, típicos de atividades industriais e comerciais.

Sem embargo de tal consideração, para que o presente julgamento não comportasse eventual incoerência em se admitir a incidência da taxa para determinados imóveis, mas não para outros, concluirei pela improcedência total do pedido, mesmo porque já é noticiado (felizmente ainda em tempo hábil, posto

que a cobrança não se efetivou), o intuito governamental de revogar os dispositivos da Lei Estadual 6.763/75, que cuidam da cobrança da taxa incidente sobre os imóveis residenciais.

Oriundo do Poder Executivo, tramita na Assembléia Legislativa do Estado, o Projeto de Lei nº 1.891/2004, que afasta definitivamente a cobrança da taxa em relação a tais imóveis, matéria agora submetida à sábia e prudente apreciação dos Senhores Deputados Estaduais.

Frente ao exposto, admito a constitucionalidade dos dispositivos impugnados e, via de consequência, **julgo improcedente a representação.**

Custas ex lege.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Número do processo:	1.0000.04.412652-2/000(1)
Relator:	DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA
Relator do Acórdão:	DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA
Data do acórdão:	22/06/2005
Data da publicação:	03/08/2005

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - INEXISTÊNCIA - PRETENSÃO À DESCONSTITUIÇÃO DE INDICAÇÃO, NOMEAÇÃO E POSSE DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ATO DE NATUREZA COMPLEXA - PRESIDENTE DA CORTE DE CONTAS - LEGITIMIDADE - INTERESSE DE AGIR - AUSÊNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - AUDITOR - INDICAÇÃO DA CLASSE JÁ FEITA ANTERIORMENTE PELO GOVERNADOR DO ESTADO - MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO À CORTE DE CONTAS - AUSÊNCIA - PRECEDÊNCIA DE UM PODER SOBRE O OUTRO - IMPOSSIBILIDADE - PROPORCIONALIDADE CONSTITUCIONAL - OBSERVÂNCIA - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA - INTELIGÊNCIA DO ART. 17 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 33/1994, ARTS. 5º, LXIX E 73, § 2º, I E II AMBOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E SÚMULA Nº 653 DO PRETÓRIO EXCELSO. O Presidente do Tribunal de Contas é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente Ação Mandamental, tendo em vista o fato de que a indicação, nomeação e posse de Conselheiro - esta última de sua exclusiva competência - constitui-se em ato administrativo de natureza complexa, a ensejar a conjugação e conversão de vontades de órgãos diferentes. O exame do interesse de agir - uma das condições da ação - não se pode confundir com a procedência ou improcedência do direito que está sendo pretendido pelo Autor, mas, sim, se o processo, enquanto instrumento útil de viabilização da prestação jurisdicional, pode ser utilizado para que o Judiciário examine a sua pretensão, nos termos da Lei de Regência. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Não se apresenta com tal natureza o que alega o Impetrante, Auditor da Corte de Contas do Estado de Minas Gerais, à consideração de que lhe pertence a vaga de Conselheiro do órgão, tendo em vista a circunstância de que, segundo dispositivo constitucional, sendo 04 (quatro) as vagas a serem indicadas pela Assembléia Legislativa e 03 (três) pelo Governador do Estado, este, estando no exercício de seu dever, deverá observar a correta alternância: uma destinada aos Auditores, outra aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e uma terceira à sua livre escolha. Se, no momento da impetração havia 03 (três) Conselheiros indicados pela Assembléia Legislativa e 02 (dois) pelo Governador do Estado, um de sua livre escolha e outro da classe dos Auditores, somado ao fato de que não há, atualmente, membros do Ministério Público em atuação na Corte de Contas, incorre justificativa para precedência de nomeação em favor do Chefe pelo Poder Executivo. Não há prioridade de indicação de um Poder sobre o outro, desde que se mantenha observada a proporcionalidade estabelecida pelo modelo paradigmático da Constituição da República, conforme fora feito, no caso concreto, pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais, que respeitou o posicionamento jurisprudencial do Pretório Excelso.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.04.412652-2/000 – COMARCA DE BELO HORIZONTE – IMPETRANTE(S): EDSON ANTÔNIO ARGER – AUT COATORA(S): GOVERNADOR ESTADO MINAS GERAIS E OUTROS - LITISCONSORTE: WANDERLEY ÁVILA - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda a CORTE SUPERIOR do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR PRELIMINARES E DENEGAR A SEGURANÇA, DETERMINANDO A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2005.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA – Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

Assistiu ao julgamento, pelo Impetrante, a Dra. Ana Flávia Patrus.

Proferiram sustentações orais, pelo Estado de Minas Gerais, pelo Presidente da Assembléia Legislativa e pelo Litisconsorte, respectivamente, os Drs. Heloíza Saraiva de Abreu, Sueli Barbosa de Abreu e Francisco Galvão de Carvalho.

O Sr. Des. Dorival Guimarães Pereira:

Sr. Presidente.

A questão fática já está bem posta da tribuna e também consta do relatório, apenas quero acusar o recebimento de memorial das partes e que ouvi com a devida atenção as sustentações orais feitas da tribuna e, também, esclareço que os Impetrados apresentaram suas respostas, evidentemente, sustentando que o Impetrante não teria direito à sua pretensão, mas foram argüidas preliminares. Passo, então, à leitura do meu voto.

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por EDSON ANTÔNIO ARGER em face do GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS e do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ao fundamento de que, em apertada síntese, seria detentor de direito líquido e certo de ser nomeado CONSELHEIRO DA CORTE DE CONTAS mineira, à consideração de que a vaga lhe pertencia por ser Auditor de Carreira, e não para ser ocupada por legislador estadual, isto é, o então Deputado WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA, além de tecer outras considerações, arrimando sua pretensão em diplomas legais e precedentes jurisprudenciais que menciona.

Conclui a peça de inquérito, com a postulação liminar, “para que sejam suspensos os atos tendentes à nomeação do Deputado Wanderley Ávila à vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas de Minas Gerais, seja pela Assembléia Legislativa de Minas Gerais, ou pelo Governador, bem como o ato de sua posse a ser efetivado pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado até decisão final do presente *writ*, quando deverá ser confirmada a liminar, concedida a segurança, e anulado o ato de eleição ou nomeação do Deputado Wanderley Ávila pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, ou de nomeação pelo Governador do Estado do candidato indicado à vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas deste Estado, assim como, se for o caso, o ato de posse pelo Presidente do Tribunal de Contas do Estado, e reconhecido o direito de preenchimento à categoria dos Auditores de Carreira, especificamente do Impetrante, em face do entendimento ora manifestado” (“litteris”, fl. 18-TJ), tudo como posto no articulado vestibular de fls. 02/19-TJ, que se fez acompanhado dos documentos de fls. 21/47-TJ.

Indeferida a liminar vindicada (despacho de fls. 53/54-TJ), o que ocasionou a interposição do Agravo Regimental de fls. 57/68-TJ, que não foi conhecido, ao deslinde do acórdão de fls. 174/183-TJ desta eg. Corte Superior, hospedando o processado informações das dignas Autoridades apontadas como Coatoras.

Do EXMO. SR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (fls. 96/103-TJ), argüindo sua ilegitimidade passiva “ad causam”, e, no mérito, seja denegada a segurança pleiteada, à plena falta de direito líquido e certo a amparar a pretensão do Impetrante.

De sua vez (fls. 105/113-TJ), o EXMO. SR. GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS consigna, em resumo, que a nomeação arrostada encontra-se em consonância com o entendimento já proferido pelo Sumo Pretório, ao ser por ele editada a Súmula nº 653.

Já o EXMO. SR. PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (fls. 160/167-TJ), requereu a extinção da Ação intentada, em razão da falta de citação do litisconsorte necessário e, no mérito, repisa a legitimidade da nomeação com base em entendimento do Excelso Pretório.

Finalmente, averba, o litisconsorte WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA (fls. 213/215-TJ), que sua nomeação obedeceu, inquestionavelmente, às normas constitucionais.

Consignam, ainda, os autos manifestação do ESTADO DE MINAS GERAIS (fls. 186/189-TJ) requerendo juntada de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal relativamente à ADIN nº 3.361, reportando-se, ainda, às informações prestadas pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de Minas Gerais.

Parecer da douta PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA (fls. 220/224-TJ), da lavra do ilustre Procurador JOÃO CÂNCIO DE MELLO JÚNIOR, opinando no sentido da concessão da segurança.

Relatados, passo a decidir.

1 - DAS PREFACIAIS:

1.1. “Ab initio”, realça o Presidente do eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais preliminar de sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente Ação Mandamental, sob o fundamento de que lhe compete apenas dar posse ao Membro escolhido como titular do cargo de Conselheiro, ao passo que o presente “*writ*” versa contra ato de quem detém a prerrogativa de escolha do referido titular, bem como contra ato daquele que deverá ser escolhido, não sendo detentor, portanto, de nenhuma competência para suas eventuais correções.

Entretanto, conforme a própria Autoridade Impetrada menciona, segundo o art. 17 da Lei Complementar nº 33, de 28.06.1994, incumbe ao Presidente da Corte de Contas dar posse ao Conselheiro indicado pela Assembléia Legislativa ou pelo Governador do Estado, “*verbis*”:

“Art. 17 - Compete ao Presidente, além do que lhe for atribuído no Regimento Interno:

II - dar posse a Conselheiros, Auditores e servidores do Quadro de Pessoal do Tribunal de Contas, na forma do Regimento Interno”.

Trata-se, portanto, de ato administrativo de natureza complexa, “*id est*”, de ato que resulta da conjugação da vontade de órgãos diferentes, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 14ª ed., 2002, p. 378, ao exemplificar “a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista tríplice elaborada por outro órgão”.

E, justamente por depender o ato de indicação, nomeação e posse do Conselheiro da vontade de órgãos diferentes, dentre os quais, o Presidente do eg. Tribunal de Contas respectivo, somado ao fato de que, no atual estágio processual, o membro indicado pela Assembléia Legislativa para a titularidade daquele cargo já se encontra em pleno exercício de suas funções - tendo sido nomeado (fl. 79-TJ) e tomado posse (fl. 88-TJ) por ato de competência da Autoridade aqui Impetrada - é que não merece guarida a argüição de ilegitimidade realçada.

Apenas a título de elucubração, para que não reste dúvida acerca da correta identificação da Autoridade Coatora, recorre-se à doutrina do saudoso Mestre HELY LOPES MEIRELLES, “*in verbis*”:

“Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal. Deve-se distinguir autoridade pública do simples agente público. Aquela detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo. (...) O simples executor não é coator em sentido legal; coator é sempre aquele que decide, embora muitas vezes também execute sua própria decisão, que rende ensejo à segurança. Atos de autoridade, portanto, são os que trazem em si uma decisão, e não apenas execução” (“*in*” “Mandado de Segurança”, Malheiros Editores, 25ª ed., 2003, p. 33).

Ao lume do ensinamento trazido à baila, tem-se que o ilustre Presidente da Corte de Contas é parte legítima passiva para a causa, a figurar como Autoridade Impetrada, por ser indispensável seu concurso para a efetiva posse de Conselheiro, tal qual fora feito.

A toda evidência, acaso se reconheça a ilegalidade em torno da posse, contra a qual se insurge o Impetrante, o Presidente do eg. Tribunal de Contas, como Autoridade competente para a prática do ato administrativo de natureza decisória, será demandado para seu eventual desfazimento.

Rejeito, pois, a preliminar.

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:

Também rejeito a preliminar de ilegitimidade.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. GUDESTEU BIBER:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. HUGO BENGTTSSON:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. CLÁUDIO COSTA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KELSEN CARNEIRO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ISALINO LISBÔA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO:

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Dr. Edson Antônio Arger em face dos atos de indicação, nomeação e posse do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na vaga aberta com o falecimento do Conselheiro João Bosco Murta Lage, sustentando o impetrante que tem direito ao cargo de Conselheiro, porque a vaga se destinaria ao representante do Ministério Público e, na ausência deste, por Auditor de Carreira, segundo a regra da antiguidade e merecimento, pelo que pediu que fosse concedida a ordem.

As autoridades apontadas como coatoras prestaram as informações e há preliminares a serem consideradas, tendo o parecer da d. Procuradoria de Justiça concluído pela concessão da ordem.

A ilegitimidade argüida pelo d. Presidente do colendo Tribunal de Contas do Estado para responder aos termos do mandado de segurança também desacolho, pelos fundamentos do voto do Relator, com o realce de que o atual Presidente do órgão e sucessor do então Presidente, acabou por não dar posse ao outro Conselheiro nomeado pelo Governador depois da indicação da Assembléia Legislativa, a reconhecer a validade da convocação.

O SR. DES. HERCULANO RODRIGUES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HYPARCO IMMESI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA:

VOTO

1.2. O digno Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, por seus procuradores, pleiteou a extinção do presente “mandamus”, por não ter sido providenciada a citação do litisconsorte passivo necessário WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA, Deputado indicado, nomeado e empossado no cargo de Conselheiro, tecendo argumentações e citando jurisprudência, no sentido de que a omissão da citação conduz à extinção do processo.

No entanto, é preciso que se deixe registrado que, desde há muito, notadamente em julgamentos em que atuei na condição de Juiz do hoje extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, bem como neste eg. Tribunal de Justiça tenho afirmado que, dentro da visão atual e moderna do processo, este não é um fim em si mesmo, mas, sim, instrumento de que se serve o Poder Judiciário, para a correta e satisfatória prestação jurisdicional.

No caso concreto, o Impetrante prontamente requereu a citação do Deputado WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA (fl. 19-TJ), para integrar a lide na condição de litisconsorte passivo necessário, o que se concretizou, em decorrência do despacho de fl. 197-TJ.

Embora com atraso, em relação à manifestação das demais Autoridades Impetradas, o certo é que a citação fora concretizada - à consideração de que não há nulidade sem prejuízo -, cujo Impetrado, expressamente, se manifestou às fls. 213/215-TJ, jogando por terra o requerimento de extinção do feito.

Inacolho, também, esta objeção.

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:

Também rejeito a prefacial.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. GUDESTEU BIBER:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HUGO BENGTTSSON:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CLÁUDIO COSTA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KELSEN CARNEIRO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ISALINO LISBÔA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO:

VOTO

A questão relacionada com a convocação do litisconsorte ficou superada com a notificação deste para se habilitar no processo, tendo apresentado sua defesa, razão pela qual desprezo essa preliminar.

O SR. DES. HERCULANO RODRIGUES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HYPARCO IMMESI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA:

VOTO

1.3. Alega o Estado de Minas Gerais, no memorial que me foi encaminhado, “falta de interesse de agir do Impetrante”, fluente de não se revelar “presente direito subjetivo com os caracteres de liquidez e certeza porquanto a composição atual do Tribunal de Contas mineiro já contempla duas indicações realizadas pelo Governador do Estado, uma de livre nomeação e a outra dentre integrantes da carreira de Auditor e, de outro lado, quatro indicações perpetradas pela Assembléia Legislativa, dentre estas a do litisconsorte passivo necessário, que deverá prevalecer, rogata venia” (“litteris”, fls. 19/20).

Como não se pode ignorar, a norma estabelecida no art. 267, VI do CPC, que trata das condições da ação, aplicável, à espécie, e dentre elas o interesse de agir, sem o qual não há seu julgamento de mérito, na trilha da doutrina do eminente Processualista HUMBERTO THEODORO JUNIOR, tem sua conceituação como:

“O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter através do processo a proteção ao interesse substancial. Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais.

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade do processo, mas

especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)” (“in” “Curso de Direito Processual Civil”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 17ª ed., v. I, p. 56).

Mas, tal não se configura, “in casu”, ante a necessidade de o Impetrante se utilizar da via que escolheu para a solução de sua pretensão resistida, a despeito de sua existência não acarretar, por si só, seu acolhimento.

De qualquer forma, essa prefacial na forma como foi posta, em que se coloca ausência de liquidez e certeza do pedido do Impetrante confunde-se com o mérito da impetração e nele será examinada.

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:

Também rejeito a prefacial.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

Também rejeito a preliminar.

O SR. DES. GUDESTEU BIBER:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HUGO BENGTTSSON:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CLÁUDIO COSTA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KELSEN CARNEIRO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ISALINO LISBÔA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO:

VOTO

A falta de interesse de agir do impetrante, embora deva ser considerada, penso que não tem cabimento como preliminar, motivo porque rejeito a argüição como preliminar.

O SR. DES. HERCULANO RODRIGUES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HYPARCO IMMESI:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA:

VOTO

2 - "CIRCA MERITUM CAUSAE":

Sabe-se que o Mandado de Segurança é a via adequada para proteção de direito contra ato ilegal ou abusivo emanado por parte de Autoridade, desde que tenha lesado direito líquido e certo do Impetrante, como realça a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LXIX, "verbis":

"LXIX - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Como se observa, o Mandado de Segurança, como ação de natureza constitucional, está subordinado a dois requisitos: o primeiro é a existência, comprovada de plano, do direito líquido e certo, não amparado por “habeas corpus” ou “habeas data”.

O segundo é que o ato, marcado pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, tenha sido praticado por Autoridade pública ou Agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A propósito, é do escólio de HUGO DE BRITO MACHADO, a lição segundo a qual o direito líquido e certo deve trazer em si todos os requisitos de seu pronto exercitamento, conforme transcrevo a seguir:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (“in” “Mandado de Segurança”, Malheiros Editores, São Paulo, 20º ed., 1998, p. 34/35).

No mesmo sentido, incumbe a reprodução da orientação de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, lembrando que o direito líquido e certo deve ser cabalmente demonstrado, por ser insuscetível de dúvida de qualquer espécie, mesmo que complexas as questões envolvidas na lide, segundo o qual:

“Enfim, a doutrina brasileira é concorde em que o direito líquido e certo é o direito subjetivo, decorrente de fato inequívoco, suscetível de ser cabalmente provado com documentos juntos à inicial, sem necessidade de provas complementares de qualquer espécie, pouco importando a complexidade das questões jurídicas envolvidas na hipótese” (“in” “Controle Jurisdicional do Ato Administrativo”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1997, p. 381).

De fato, falar-se em direito líquido e certo acarreta, como consequência, serem os fatos incontroversos, provados documentalmentemente com a inicial da impetração.

Com efeito, o argumento central utilizado pelo Impetrante, a fim de balizar o direito líquido e certo que aponta ter, consiste na inconstitucionalidade de dispositivo da Carta Estadual, que trata da composição e estruturação da Corte de Contas, por se encontrar em dissonância com o modelo paradigmático federal, o qual estabelece que o Tribunal deverá ser composto por 07 (sete) Conselheiros, cabendo ao Governador a escolha de 03 (três) membros e à Assembléia Legislativa a escolha dos demais.

Neste aspecto, o Impetrante, na condição de membro Auditor da Corte de Contas, entende que a vaga para o cargo de Conselheiro lhe pertence, sob a fundamentação de que, segundo a Constituição da República, nas designações de competência do Governador do Estado, deve-se fazer a indicação observando-se: uma vaga destinada a Auditor do Tribunal de Contas, uma destinada a membro do Ministério

Público com atuação junto ao Tribunal de Contas e uma terceira indicação feita segundo critério discricionário do Chefe do Poder Executivo Estadual.

Sustenta, ainda, que, no momento da impetração de seu “mandamus”, dos 06 (seis) Conselheiros nomeados após a Constituição da República de 1988 - a partir da qual passou-se a adotar o atual critério de composição da Corte de Contas -, 03 (três) foram indicados pela Assembléia Legislativa e apenas um teria sido nomeado pelo Governador, razão pela qual a indicação contra a qual se insurge, feita pela Assembléia Legislativa, na verdade, o era pelo Governador do Estado.

E, considerando a hipótese de que a indicação caberia ao Governador, entende que o direito lhe pertence, tendo em vista sua condição de Auditor do Tribunal de Contas e a inexistência, atualmente, de membros do Ministério Público nomeados junto à mesma eg. Corte de Contas.

Posta a lide nos fundamentos já consignados, é necessário analisar a questão em discussão com parcimônia, a fim de se alcançar seu correto deslinde.

Por oportuno, volve-se ao dispositivo da Constituição do Estado de Minas Gerais, que trata da nomeação de Conselheiros ao Tribunal de Contas, cuja transcrição faço “ipsis litteris”:

“Art. 78. (omissis).

§ 1º. Os Conselheiros do Tribunal de Contas são nomeados:

I - dois pelo Governador do Estado, precedida a nomeação de aprovação da Assembléia Legislativa; e

II - cinco pela Assembléia Legislativa.

§ 2º. Alternadamente, cabe ao Governo prover uma e à Assembléia duas ou três vagas de Conselheiro.

§ 3º. Das duas vagas a serem providas pelo Governador, uma será preenchida por livre escolha, e a outra, alternadamente, por auditor e membro do Ministério Público junto ao Tribunal, por este indicados em lista tríplice, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”.

Por outro lado, a Constituição da República de 1988, ao dispor sobre a organização e composição do Tribunal de Contas da União, estabelece que um terço de seus membros serão escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo e dois terços por deliberação do Poder Legislativo, como está delineado em seu art. 73, “verbis”:

“Art. 73. (omissis).

§ 2º. Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II - dois terços pelo Congresso Nacional”.

Com a orientação estabelecida pelo Texto Constitucional, e de compulsória observância pelos

Estados-membros - norma de reprodução obrigatória -, a Constituição Mineira apresenta vício material de inconstitucionalidade, ao deixar de observar a proporção de 1/3 (um terço) dos membros escolhidos pelo Governador e dois terços escolhidos pela Assembléia Legislativa, para fins de titularidade do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas.

A respeito da obrigatória observância do modelo federal, na constituição dos Tribunais de Contas pelos Estados e Municípios - onde houver -, extrai-se ensinamento de JOSÉ NILO DE CASTRO, em sua obra “Direito Municipal Positivo”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 5ª ed., 2001, p. 437, a seguinte lição:

“Instituição estatal independente, o Tribunal de Contas, auxiliar do Legislativo e colaborador do Executivo no controle externo da administração financeira e orçamentária, operacional e patrimonial, teve consideravelmente ampliadas as suas atribuições na Constituição de 1988 (art. 71, I a XI, CF). Por força do disposto no artigo 75 da Magna Carta, as normas estabelecidas na seção referente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária aplicam-se, no que couber (no que for compatível), à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios” (grifou-se).

Também JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, ao dizer que “os tribunais de contas do Brasil organizam-se em simetria com o Tribunal de Contas da União, o que facilita a compreensão de suas estruturas e composição”, tecendo outros comentários pertinentes, salienta que:

“O Tribunal de Contas da União constitui o paradigma federal de controle, devendo as normas constitucionais pertinentes serem aplicadas, no que couber, aos tribunais de contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos tribunais e conselhos de contas municipais. Duas regras foram compulsoriamente definidas para os tribunais de contas das unidades federadas: compete à Constituição Estadual dispor sobre os tribunais de contas, os quais, adiantou o constituinte, devem ser integrados necessariamente por sete conselheiros.

Sobre o assunto, em comentário ao art. 75, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que - tem-se aqui uma norma de extensão normativa (ou seja, regra que estende a outro ou outros órgãos normas que presidem a instituição, ou lhe cometem poderes).’ Amparado em Rubens Catelli, acrescenta que - a norma dispõe sobre matéria de competência obrigatória pelos Estados-membros, não permitindo, em consequência, a estes qualquer distorção na aplicação das normas que corporificam o sistema de fiscalização instituído” (“in” “Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência”, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003, p. 574/575).

A corroborar tal assertiva, registre-se que o Pretório Excelso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL (ADIN nº 3.361/MG), por seu eminente Relator Min. EROS GRAU, em data de 10.03.2005, concedeu a medida cautelar requerida (fls. 193/196-TJ), para suspender a eficácia do § 1º, incisos I e II, e § 3º do art. 78 da Constituição do Estado de Minas Gerais, tendo referida decisão restado assim ementada:

“MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º, INCISOS I E II, E § 3º DO ARTIGO 78 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. ENUNCIADO N. 653 DA SÚMULA DESTA CORTE.

1. É firme o entendimento de que a estrutura dos Tribunais de Contas dos Estados-membros deve ser compatível com a Constituição do Brasil, sendo necessário, para tanto, que, dos sete Conselheiros, quatro sétimos sejam indicados pela Assembléia Legislativa e três sétimos pelo Chefe do Poder Executivo. Precedentes.

2. Há igualmente jurisprudência consolidada no que tange à clientela à qual estão vinculadas as nomeações do Governador. Apenas um provimento será de livre escolha; as duas vagas restantes deverão ser preenchidas, necessariamente, uma por ocupante de cargo de Auditor do Tribunal de Contas e a outra por membro do Ministério Público junto àquele órgão.

3. Medida cautelar deferida”.

Nesse passo, conforme se extrai do posicionamento adotado pela Corte Suprema de Justiça, suspenso o dispositivo estadual, aplica-se, à hipótese, o contido no § 2º, incisos I e II, do art. 73 da Constituição da República, de tal sorte que, dos 07 (sete) Conselheiros componentes do eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 04 (quatro) deverão ser indicados pela Assembléia Legislativa e 03 (três) pelo Governador do Estado, considerando que, neste último caso, deverá ser observado o seguinte critério: um deve ser indicado à sua livre escolha, um entre os Auditores e um terceiro entre os membros do Ministério Público junto à Corte de Contas.

É o que dispõe a Súmula nº 653 do colendo Supremo Tribunal Federal, “*verbis*”:

“Súmula 653. No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha”.

Também, em outras oportunidades, o Excelso Sumo Pretório já havia se manifestado a respeito da imperatividade de se observar a proporcionalidade prevista no regime constitucional federal, para fins de indicação, nomeação e posse de Conselheiros, como demonstram os arestos adiante colacionados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - PEDIDO DE DESISTÊNCIA INDEFERIDO.

- O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle normativo abstrato, impede - por razões exclusivamente fundadas no interesse público - que o autor da ação direta de inconstitucionalidade venha a desistir do pedido de medida cautelar por ele eventualmente formulado.

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO

DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIRO - NORMAS QUE RESERVARAM, À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, O PREENCHIMENTO DE CINCO VAGAS E, AO GOVERNADOR DO ESTADO, APENAS DUAS VAGAS - SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA.

- Os Estados-membros estão sujeitos, na organização e composição dos seus Tribunais de Contas, a um modelo jurídico heterônomo estabelecido pela própria Carta Federal, que lhes restringe o exercício e a extensão do poder constituinte decorrente de que se acham investidos. A norma consubstanciada no art. 75 do texto constitucional torna, necessariamente, extensíveis aos Estados-membros as regras nele fixadas.

- É indiscutível o relevo jurídico da questão suscitada, a que se associa, por igual, uma situação configuradora de *periculum in mora* que se expressa na conveniência de evitar que o caráter abrangente da norma impugnada venha a gerar possível conflito institucional entre os Poderes Legislativo e Executivo do Estado, com evidente repercussão sobre a ordem político-jurídica local.

- A Carta Federal, ao delinear o modelo de organização do Tribunal de Contas da União, extensível, de modo cogente e imperativo, à organização e composição dos Tribunais de Contas locais, prescreve, no seu art. 73, § 2º, incisos I e II, que os componentes da Corte de Contas serão escolhidos na proporção de 1/3 pelo Chefe do Poder Executivo e de 2/3 pelo Poder Legislativo. Observando-se tal relação de proporcionalidade, os Tribunais de Contas estaduais deverão ter quatro Conselheiros eleitos pela Assembléia Legislativa e três Conselheiros nomeados pelo Chefe do Poder Executivo do Estado-membro. Dentre os três nomeados pelo Chefe do Poder Executivo estadual, apenas um será de livre nomeação do Governador do Estado. Os outros dois deverão ser nomeados pelo Chefe do Poder Executivo local, necessariamente, dentre ocupantes de cargos de Auditor do Tribunal de Contas (um) e de membro do Ministério Público junto à Corte de Contas local (um)” (Tribunal Pleno, Medida Liminar na ADIN nº 892- 7/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 27.10.1994).

“Tribunal de Contas dos Estados: modelo federal compulsório (CF, art. 75): jurisprudência.

Consolidou-se a jurisprudência do Tribunal no sentido da inconstitucionalidade argüida da reserva do provimento de cinco das sete vagas do Tribunal de Contas estadual à Assembléia Legislativa, na medida em que implicaria a subtração ao Governador da única indicação livre que lhe concede o modelo federal do TCU, de observância compulsória, conforme o art. 75 da Constituição da República (v.g., ADIn 219-Pb, 24.06.93, Pertence, DJ 23.09.94, ADInMC 1.043-Mt, 25.03.94, Moreira, DJ 20.05.94, ADIn 1.566-SC, 18.03.99, Moreira, DJ 23.04.99; ADInMC 419-ES, Célio Borja, 20.03.91, RTJ 139/457; ADIn 867, 10.10.94, MAM, DJ 03.03.95; ADInMC 2.013-Pi, Corrêa, RTJ 171/133); inconstitucionalidade do art. 74 da Constituição do Rio Grande do Sul” (Tribunal

Pleno, ADIN n.º 892-7/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 18.03.2002).

Dito isto, é importante mencionar que desde há muito aquele mesmo exato guardião da Carta Política vem entendendo que o regramento dos Tribunais de Contas Estaduais, a partir da Constituição da República de 1988 - não obstante a existência de domínio residual para sua autônoma formulação - é matéria cujo relevo decorre da nova fisionomia assumida pela Federação Brasileira e, também, do necessário confronto dessa mesma realidade jurídico-institucional com a sua jurisprudência, que, construída ao longo do regime constitucional precedente, proclamava a inteira submissão dos Estados-membros, no delineamento do seu sistema de controle externo, ao modelo jurídico plasmado na Carta da República, o que, aliás, culminou, na edição do pré-falado Verbete n.º 653.

Nesse ponto reside o nó górdio que se instala na questão posta em debate, na medida em que, na atual organização e composição do eg. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, dos 07 (sete) Conselheiros, há um nomeado anteriormente à Constituição da República de 1988 - cuja indicação não pode fazer parte, portanto, da proporcionalidade determinada após sua nomeação, em virtude do princípio da irretroatividade de Leis - e os demais posteriormente à nova ordem constitucional, consoante a seguinte lista:

- Conselheiro FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO, indicado pelo Poder Executivo em maio de 1988, anteriormente à promulgação da novel Constituição da República;

- Conselheiro SYLO DA SILVA COSTA, indicado pelo Poder Executivo em 1994;

- Conselheiro JOSÉ FERRAZ DA SILVA, indicado pelo Poder Legislativo em 1995;

- Conselheiro SIMÃO PEDRO TOLEDO, indicado pelo Poder Legislativo em 1997;

- Conselheiro EDUARDO CARONE COSTA, indicado pelo Poder Executivo em 1999;

- Conselheiro ELMO BRAZ SOARES, indicado pelo Poder Legislativo em 2000;

- Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, indicado pelo Poder Legislativo em 2004.

A respeito da constatação de que a nomeação do Conselheiro FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO não pode fazer parte da proporcionalidade determinada pela CR/88, recorre-se, uma vez mais, à doutrina de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, segundo o qual “no voto do Ministro Maurício Corrêa, firmou-se ainda o entendimento de que a contagem deve iniciar-se a partir da Constituição Federal de 1988” (op. cit., p. 605).

E, por haver composição mista nos quadros atuais do Tribunal de Contas de Minas, no campo do direito intertemporal, à medida que novas indicações e nomeações forem sendo feitas, deve a composição da Corte adequar-se, gradativamente, ao modelo paradigmático federal, implementando-se, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, conforme é o comando expedido pelo colendo Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação às ementas adiante colacionadas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRITÉRIO DE ESCOLHA DOS CONSELHEIROS DO TRIBUNAL DE CONTAS PIAUIENSE. (CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ, ARTIGO 88, § 2º, INCISO I, ALÍNEAS A, B e C). OFENSA AOS ARTIGOS 73, § 2º, E

75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 11/00 EDITADA PARA ADEQUAR A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL À CARTA DA REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRECEDENTES.

1. Confirmação da medida cautelar. Interpretação conforme a Constituição Federal, sem redução do texto, uma vez que o Tribunal de Contas local tem composição mista, contando com conselheiros nomeados segundo as ordens constitucionais anterior e atual.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade para que, no campo do direito intertemporal, a atual composição da Corte de Contas possa adequar-se gradativamente ao parâmetro federal.

3. Havendo vaga no Tribunal de Contas do Estado, a escolha do primeiro conselheiro deverá recair, em relação à previsão contida nas alíneas b e c do inciso I do § 2º do artigo 88 da Constituição do Estado do Piauí, primeiramente sobre a vaga de auditor.

4. Com fundamento no inciso I do parágrafo 2º do artigo 73 da Carta Federal, as listas tríplexes devem obedecer, alternadamente, aos critérios de antiguidade e merecimento.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte” (Tribunal Pleno, ADIN nº 2.209-1/PI, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 19.03.2003).

“I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição.

1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento.

II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro lado, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial.

Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do STF” (Tribunal Pleno, ADIN nº 2.596- 1/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 19.03.2003).

Ora, conforme se pode observar na lista dos atuais Conselheiros do Tribunal de Contas, excluindo-se o Conselheiro FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO - cuja posse se deu anteriormente à Constituição da República de 1988 -, bem como o Conselheiro WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA - por ser sua nomeação objeto de impugnação neste “mandamus” -, resulta que há 02 (dois) membros

indicados pelo Chefe do Poder Executivo (Conselheiros SYLO COSTA e EDUARDO CARONE COSTA) e 03 (três) por deliberação da Assembléia Legislativa (Conselheiros JOSÉ FERRAZ DA SILVA - falecido posteriormente à impetração do presente “mandamus” -, SIMÃO PEDRO TOLEDO e ELMO BRAZ SOARES).

Apenas para que não reste nenhuma dúvida, é preciso deixar registrado que a vaga aqui questionada é aquela deixada por ocasião do falecimento do Conselheiro JOÃO BOSCO MURTA LAGES, não havendo nenhuma discussão, nestes autos, em torno da posteriormente aberta, por ocasião do falecimento do Conselheiro JOSÉ FERRAZ DA SILVA.

Assim, ressalto, por oportuno, que a primeira indicação, após a promulgação da Carta Magna, fora feita pelo Poder Executivo (Conselheiro SYLO COSTA), seguindo-se de 02 (duas) indicações da Assembléia Legislativa (Conselheiros JOSÉ FERRAZ DA SILVA e SIMÃO PEDRO TOLEDO), a seguinte novamente pelo Poder Executivo (Conselheiro EDUARDO CARONE COSTA) e a última indicação - excluído o Conselheiro WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA - feita pela Assembléia Legislativa (Conselheiro ELMO BRAZ SOARES).

É também pertinente observar que a indicação do Conselheiro SYLO COSTA operacionalizou-se à livre escolha do Governador do Estado, ao passo que o Conselheiro EDUARDO CARONE COSTA decorreu entre os Auditores da Corte de Contas, conforme menciona o documento de fl. 190-TJ.

Segundo o juízo do Impetrante, a nomeação do 7º (sétimo) Conselheiro, àquela época - anteriormente ao falecimento do Conselheiro JOSÉ FERRAZ DA SILVA -, deveria ter sido feita por deliberação do Chefe do Poder Executivo Estadual, arrimando-se na decisão proferida pelo Pretório Excelso - e reproduzida nestas razões -, no sentido de que as nomeações, após a novel Constituição, deverão se consumar de forma que se aproxime o mais rapidamente possível da determinação constitucional, privilegiando-se membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Auditores, representantes da Assembléia Legislativa e designação à livre escolha do Governador.

Daí porque, insiste o Impetrante no fato de que a única categoria que ainda não possui representante na composição do Tribunal de Contas é o Ministério Público - o que é verdade -, situação que estaria a negar aplicação aos preceitos constitucionais pertinentes à matéria.

Ocorre que, como ele informa, não há membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para preenchimento da vaga, considerando que o art. 124 da Constituição Estadual, que autorizava membros efetivos do Ministério Público Estadual serem nomeados para a Corte de Contas, fora declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADIN nº 2.068/MG (fl. 37-TJ) -, o que ensejaria, repita-se, segundo seu entendimento, ter direito à nomeação, por ser Auditor de carreira daquele Órgão.

E sob esse ângulo é que se vislumbra sérias dúvidas acerca da efetiva existência do direito líquido e certo que o Impetrante alega ter, isso porque, antes de mais nada, atendo-se, unicamente, às indicações feitas à cargo do Governador do Estado - que interessam diretamente ao deslinde da questão posta em discussão -, revolve-se à inteligência da Súmula nº 653 do colendo STF, segundo a qual cabe a este indicar um dentre Auditores, outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha.

Salta aos olhos que este “modus faciendi” deve ser sempre observado, alternadamente, vale dizer, feita uma nomeação de livre escolha, a seguinte consuma-se entre Auditores e a terceira entre membros do Ministério Público Especial.

Além de ser esse o espírito do legislador constitucional, privilegiando princípios democráticos na indicação de membros pelo Governador do Estado, para que uma classe não se sobreponha à outra - criando-se odiosos privilégios sob a pecha de legítimos -, há de se levar em conta que a Lei deve ser interpretada inteligentemente, como se deflui da obra do Mestre da hermenêutica, CARLOS MAXIMILIANO, que assim preleciona, “*verbis*”:

“Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

Ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torne efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza à inocuidade” (“*in*” “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, p. 21/22).

A preocupação maior do hermeneuta, portanto, deve se ater à extração completa do conteúdo intrínseco da norma, almejado pelo legislador, assim como em não reduzir essa mesma norma à inocuidade, ao aplicá-la ao caso concreto.

Mesmo que se se considerasse que a 7ª (sétima) indicação deveria ter sido feita pelo Governador do Estado, a meu sentir, “*data maxima venia*” àqueles que entendem diferentemente, essa escolha não recairia, neste momento, sobre a classe dos Auditores, pois, considerando que o primeiro Conselheiro pós-1988 fora indicado livremente pelo Governador (Conselheiro SYLO COSTA) e o segundo escolhido dentre a classe dos Auditores (Conselheiro EDUARDO CARONE COSTA) - informações essas omitidas pelo Impetrante -, em não existindo membros do Ministério Público Especial, para se cumprir a alternância almejada, a próxima indicação voltará a ser de livre escolha do Chefe do Executivo, iniciando-se novamente o critério constitucional.

Mas a lide não se exaure nessa constatação.

Frise-se, por oportuno, que, consoante venho mencionar, “se se considerasse que a sétima indicação deveria ter sido feita pelo Governador do Estado (...)”, dar-se-ia cumprimento àquele critério mencionado, sob pena de violação de mandamento constitucional.

Entretanto, estou convencido de que, segundo o mesmo critério constitucional, a vaga pertencia, efetivamente, à ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, tal qual se verificou, com a indicação, nomeação e posse do Deputado WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA, para o cargo de Conselheiro da Corte de Contas.

Explico-me.

A norma constitucional é bastante clara: 1/3 dos Conselheiros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador do Estado e 2/3 por deliberação da Assembléia Legislativa, o que, nos Estados-membros, equivale a 03 (três) membros nomeados pelo Governador e 04 (quatro) membros por indicação da Assembléia Legislativa.

“*In casu*”, excluindo-se a nomeação do Conselheiro FLÁVIO RÉGIS XAVIER DE MOURA E CASTRO - que se afeiçoou anteriormente à promulgação da CR/1988 -, 02 (duas) nomeações foram concretizadas pelo Governador do Estado e 03 (três) foram indicadas pela Assembléia Legislativa, o que

faria exsurgir a seguinte dúvida: se o Governador fez duas nomeações e tem direito a fazer três, e se a Assembléia Legislativa fez três nomeações e tem direito a fazer quatro, quem teria o direito de fazer a sétima nomeação?

A resposta é simples, extraída dos excertos do Pretório Excelso, visto que a jurisprudência daquela Corte Suprema, em se tratando de organização e composição dos Tribunais de Contas, no que tange à indicação de Conselheiros, firmou-se no sentido de que o Poder Executivo não tem precedência em relação ao Poder Legislativo, e vice-versa, para esse fim, desde que se observe a proporção de 1/3 para 2/3, respectivamente, segundo a qual:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ARTIGO 279-I E II DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSELHEIRO. ORDEM DE ESCOLHA. INDICAÇÃO DO GOVERNADOR. PRECEDENTES DO STF.

I - Não ofende a Carta da República o estabelecimento, pela Constituição Estadual, da precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre a de outro. Precedentes (AdIn nº 585, entre outras).

II - Deve-se observar a escolha por parte do governador - ante a impossibilidade aritmética de adoção do modelo federal da terça parte -, de um auditor e um membro do Ministério Público, alternadamente, e de um terceiro a seu critério. Precedentes (ADIn nº 419, entre outras).

Ação direta julgada procedente” (Tribunal Pleno, ADIN nº 1.068-9/ES, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. 11.10.1995, “DJ” 24.11.1995) (grifou-se).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. TRIBUNAL DE CONTAS. CRITÉRIO DE INDICAÇÃO DE CONSELHEIROS. LEI N. 2.050/91 DO ESTADO DO AMAZONAS.

A norma censurada não estatui acerca da organização do Tribunal de Contas, mas tão-somente sobre o exercício da competência constitucional para a escolha de Conselheiros, o que afasta a alegação de que se esteja diante de lei de iniciativa privativa daquele órgão que, aliás, por não ser propriamente um tribunal judiciário, tem contestada a interpretação de que disponha de poderes de auto-organização para efeito daquela atuação no processo legislativo.

Não deflui da Constituição Federal qualquer comando que estabeleça a precedência da indicação feita por um dos Poderes sobre o outro, de modo a justificar a inconstitucionalidade material apontada, sendo certo, por outro lado, que a norma censurada, ao fixar a proporção de três para quatro diante da impossibilidade de uma divisão na base de um terço para dois terços, como ocorre ao nível do Tribunal de Contas da União, ajustou-se perfeitamente ao modelo federal, que garante ao Presidente da República uma indicação livre, além daquelas que devam recair necessariamente sobre auditores e membros do Ministério Público.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (Tribunal Pleno,

ADIN nº 585-8/AM, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 07.10.1993 “DJ” 02.09.1994) (idem).

E, do contexto do erudito voto, da lavra do insigne Min. ILMAR GALVÃO, no julgamento supramencionado, extraem-se algumas passagens, que considero indispensáveis para o balizamento da argumentação que desenvolvo, quanto à inexistência de preferência, de um Poder sobre outro, para fins de indicação de membros para o cargo de Conselheiro da Corte de Contas.

Dentre tais passagens, há menção ao parecer emitido pela Procuradoria-Geral da República, nos seguintes termos:

“Ao contrário do que foi sustentado na inicial, não parece configurada a ofensa ali delineada. O art. 73, § 2º, da Constituição Federal, não estabelece qualquer ordem de preferência para a escolha dos Ministros do Tribunal de Contas a partir de 05.10.88. Ou seja, não dispôs sobre a seqüência que deveria ser observada no preenchimento das primeiras nove vagas surgidas a partir do advento da nova Constituição, limitando-se a regular a repartição delas entre os órgãos incumbidos de proceder à escolha dos futuros ocupantes, mas sem cogitar das circunstâncias transitórias inerentes à implantação do novo modelo. Em suma, num plano estritamente abstrato, apenas tratou de discriminar em termos permanentes o número de vagas que devem ser preenchidas pelo Presidente da República com maior liberdade de escolha, o número daquelas em que a escolha deve recair sobre membros do Ministério Público ou auditores, alternadamente, e o número cujo preenchimento depende da escolha do Congresso. Nenhuma ordem seqüencial obrigatória para a escolha foi, a rigor, objeto de consideração pelo Constituinte, e não se pode inferi-la tão somente em razão da ordem casual das palavras ou dos incisos no texto constitucional” (grifou-se).

Corroborando o entendimento segundo o qual o Texto Constitucional não estabeleceu nenhuma ordem seqüencial obrigatória para a escolha dos membros da Corte de Contas, ressaltou S. Exa. que:

“De pronto, ponho-me de pleno acordo com o parecer transcrito, no que tange à alegação de inconstitucionalidade material das normas sob apreciação, para concluir no sentido de inócorrência da balda, à consideração de que o texto do art. 73, § 2º, da Constituição Federal não autoriza a ilação de haver instituído o princípio da preferência do Chefe do Poder Executivo sobre o Congresso Nacional, na escolha, que lhe cabe, dos nomes para preenchimento de um terço das vagas do referido colegiado, tendo-se limitado a estabelecer, em proporção, o número das vagas que cabe a cada um dos dois órgãos preencher. Mesmo porque se trata de circunstância transitória, insuscetível de revelar um princípio ou diretriz fundamental, a ser observada relativamente aos Tribunais de Contas dos Estados, mormente quando inexistente razão para precedência em favor dos Governadores, estando-se, como se está, diante de Tribunais que, à ausência de norma equivalente, no regime anterior, se acham integrados por Conselheiros de indicação exclusiva dos Chefes do Poder Executivo” (idem).

Ora, voltando-se ao plano fático, no momento da escolha do 7º (sétimo) Conselheiro a integrar a Corte de Contas, havia 02 (dois) Conselheiros nomeados pelo Governador e 03 (três) nomeados pela Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, não existindo nenhuma norma que estabelecesse a prioridade de indicação de um Poder sobre o outro do próximo membro.

Destarte, já tendo sido nomeado um Auditor (Conselheiro EDUARDO CARONE COSTA) e ante a ausência de membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que propiciasse a implementação o mais rápido possível do novo ordenamento constitucional - que privilegia membros do Poder Legislativo e indicações do Governador, segundo sua livre escolha, recaindo posteriormente sobre Auditores e membros do Ministério Público Especial -, não se vislumbra a existência de nenhuma disposição constitucional e legal que impeça a indicação e nomeação do 7º (sétimo) Conselheiro pela Assembléia Legislativa, tal qual se instrumentalizou com a do Deputado WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA.

Induidosamente, inexistente qualquer razão para precedência em favor do Governador do Estado, como quer fazer crer o Impetrante, por não ter sido essa hipótese albergada pelo constituinte.

Registre-se, ademais, que, à época da posse do Conselheiro WANDERLEY GERALDO DE ÁVILA, pela ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, completou-se a proporcionalidade constitucional dos membros a serem indicados pelo Poder Legislativo, na base de 04 (quatro) Conselheiros do total de 07 (sete), número assim considerado, como se ainda vivo fosse o Conselheiro JOSÉ FERRAZ, cujo passamento deu-se após à presente impetração.

Em conclusão: a questão trazida pelo Impetrante gira na esfera da suposição, motivo por que certamente não há direito a proteger, mormente pela via mandamental, em que a sua existência deve ser demonstrada de plano, cabalmente, “ex vi” do art. 1º da Lei nº 1.533/1951.

3 - Com tais considerações, rejeito as preliminares e denego a segurança pleiteada.

Sem honorários advocatícios, por incabíveis na espécie.

Custas processuais, pelo Impetrante.

O SR. DES. JARBAS LADEIRA:

Sr. Presidente.

O voto do eminente Relator é bastante extenso e bem estribado em precedentes do excelso Pretório e em citações dos melhores doutrinadores. Entretanto, quero, também, acentuar a questão da ADIN nº 3.361/MG, em que o Ministro Relator Eros Grau concedeu a medida cautelar para suspender a eficácia do art. 78, parágrafos 1º e 3º e seus incisos, sendo que é de se aplicar o preceito do art. 73 da Constituição, no sentido de que quatro conselheiros deverão ser indicados pela Assembléia e três pelo Governador do Estado. Tal dispositivo viu-se convertido na Súmula nº 653 do Supremo Tribunal Federal.

Segue-se, portanto, de tudo o que foi dito, que falece ao Impetrante o direito líquido e certo que julga possuir.

Assim sendo, pedindo licença ao douto Relator para adotar os fundamentos do seu voto, além dessas modestas considerações, também indefiro a ordem.

O SR. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO:

Sr. Presidente.

Embora tenha elaborado voto escrito, diante do voto do eminente Relator, nada tenho a acrescentar, tendo S. Ex^a exaurido minuciosamente a questão, quer pelo aspecto jurídico, fático e, até, histórico do Tribunal de Contas.

Inclusive, proponho a V. Ex^a, coletado os votos, se for da conveniência, considerando o interesse público que reina a respeito dessa matéria, a publicação deste acórdão.

O SR. DES. GUDESTEU BIBER:

Sr. Presidente.

Após a Súmula nº 653 do Supremo Tribunal Federal, especialmente, depois da recente decisão do Ministro Hélio Quaglia suspendendo o disposto no art. 78, § 1º e 3º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, prevalece, o art. 73 da Constituição Federal como símile obrigatório. As vagas destinadas ao Governador para preenchimento dos cargos no Tribunal de Contas, já estão todas ocupadas, inclusive, uma, por auditor, desde em 1999, assim, não tem o Impetrante direito algum, muito menos, líquido e certo.

Denego a segurança.

O SR. DES. EDELBERTO SANTIAGO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. HUGO BENGTTSSON:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. CLÁUDIO COSTA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. KELSEN CARNEIRO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ISALINO LISBÔA:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

Sr. Presidente.

Com o temor de estar sendo exageradamente simplista, o que entendi da impetração é que o Impetrante está desejando ocupar uma vaga de nomeação do Governador do Estado e que seria usurpada do Ministério Público, que, como se sabe, não tem representação no Tribunal de Contas do Estado. Assim, pretende o Impetrante ficar com a vaga que seria do Ministério Público de nomeação do Governador.

Acontece que as vagas de prerrogativa de nomeação pelo Governador já estão todas ocupadas, tal como muito bem acentuou o Des. Gudesteu Biber, há pouco. São exatamente as vagas preenchidas e ocupadas pelo Conselheiros Flávio Régis Moura e Castro, Sylo da Silva Costa e Eduardo Carone Costa, este, inclusive já ocupando a vaga de nomeação do Governador destinada aos Auditores do Tribunal de Contas. Conseqüentemente, ao Governador não restava mais nenhuma vaga para sua nomeação. As

outras quatro vagas, como se sabe, são destinadas à Assembléia Legislativa e uma delas está sendo ocupada pelo Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila. Tenho impressão que ficou bem respeitada a proporcionalidade e caberia à Assembléia Legislativa a indicação e nomeação, nesse momento, tal como ocorreu e, conseqüentemente, ao Impetrante não assiste nenhum direito e, muito menos, com as características de liquidez e certeza.

Com essas considerações e adotando quanto ao mais a excelente fundamentação do voto do em. Relator, também, denego a segurança.

O SR. DES. REYNALDO XIMENES CARNEIRO:

VOTO

Em relação ao mérito, o impetrante, na condição de auditor do Tribunal de Contas, não tem direito líquido e certo de postular a vaga que não cabe, em hipótese alguma, à classe dos auditores, pois esta já se encontra representada pelo Conselheiro Eduardo Carone Costa, sendo despropositada a pretensão de que, na falta de membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, aos auditores competiria fazer as vezes do órgão ministerial.

Com efeito, na ADIN nº 3.361, foi suspenso o dispositivo da Constituição Mineira que destoava da orientação que o STF estabeleceu para a composição dos Tribunais de Contas dos Estados, que obedece à seguinte conformação: sete conselheiros, quatro escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo, as do Chefe do Poder Executivo duas vinculadas, uma à classe dos Auditores e a outra à classe dos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, sendo de livre escolha somente uma.

A composição do Tribunal de Contas à época da indicação e nomeação do Deputado Wanderley Geraldo de Ávila era de três Membros originários de nomeação do Chefe do Executivo (Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, Sylo da Silva Costa e Eduardo Carone Costa, este nomeado em novembro de 1999 como representante da classe dos auditores) e de três da Assembléia Legislativa (José Ferraz, Simão Pedro de Toledo e Elmo Braz Soares), restando a vaga pretendida pelo impetrante, que a toda evidência é da Assembléia Legislativa, para completar a quarta vaga que vai permitir a observância da proporcionalidade fixada em orientação do excelso Pretório.

A interpretação da norma não se deve levar ao absurdo de ficar o Poder Legislativo inferiorizado na composição do Tribunal de Contas de um Membro e a classe de auditores, com o direito de comparecer com um só, ficar com dois membros.

Ademais, se por absurdo se reconhecer que a origem da composição do Tribunal de Contas deve ser verificada a partir da Constituição da República de 1988, apagando-se as nomeações anteriores, forçoso é convir que a prioridade para compor a sua quota, de quatro, é da Assembléia Legislativa, primeiro porque se trata o Tribunal de Contas de órgão auxiliar do Legislativo e que tem a incumbência de dar o parecer prévio sobre as contas da administração pública, segundo porque a vaga que ainda restaria a ser preenchida pelo Executivo, a se admitir que o Conselheiro Flávio Régis Xavier de Moura e Castro não deveria ser considerado na quota do Executivo, somente poderá ser preenchida após realizado o concurso para os cargos do Ministério Público que vai atuar junto ao Tribunal de Contas, desde que até hoje não foi organizada a carreira no Estado.

Assim, na hipótese de se obscurecer que as vagas do Tribunal de Contas devem observar a classe de origem, independentemente da época de nomeação, o último preenchimento deve ser do

Executivo e não do Legislativo, porque este não sofre restrição na escolha e aquele só pode nomear agora oriundo do Ministério Público do Tribunal de Contas, cujo quadro somente estará composto após a aprovação da Lei e da realização do concurso.

Entretanto, há precedentes em relação à composição de órgãos surgidos após a Constituição de 1988, que vieram absorver outros que existiam antes, como é o caso do STJ, que sucedeu o TFR, cuja composição é de trinta e três membros, sendo onze de magistrados estaduais, onze de magistrados federais e onze entre advogados e membros do Ministério Público.

A adequação do STJ a partir da instalação passou a ser feita com a nomeação dos Ministros que completaram o número de 33 e, a partir daí, ocorridas as aposentadorias dos Ministros do antigo TFR, o Superior Tribunal de Justiça principiou a indicação de desembargadores estaduais para que ficasse a composição dos juízes estaduais completa, desde que fossem os juízes do Tribunal Federal de Recursos todos oriundos da Justiça Federal, ou, então, pertencentes ao quinto constitucional do Ministério Público ou da Classe dos Advogados.

Os magistrados federais só foram recrutados para o STJ a partir do momento em que a proporcionalidade estabelecida na Constituição de 88 foi verificada, com a recomposição através das listas e com as aposentadorias. É por isso que o Ministro Carlos Velloso, que disso melhor sabe, na Reclamação nº 3.177/2, de Minas Gerais, formulada pela Associação dos Membros do Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON, assim decidiu:

“Nas informações, o Governador do Estado e o Presidente da Assembléia Legislativa de Minas sustentam, em síntese, inexistência de afronta à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da citada ADI nº 3.361-MC/MG, na medida em que o preenchimento das vagas deve obedecer ao critério de origem de cada um dos Conselheiros, com a devida vinculação de cada uma delas à categoria a que pertençam, conforme decidido na ADI nº 2.117-MC/DF, Relator o Ministro Maurício Corrêa, certo que a ordem prevista no § 2º do art. 78 da Constituição mineira, válida no período de transição institucional encerrou-se com a nomeação do Conselheiro Wanderley Geraldo Ávila, em setembro de 2004, ao atingir-se a correta composição constitucional: quatro Conselheiros da Assembléia Legislativa - José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo, Elmo Braz Soares e Wanderley Geraldo de Ávila; três Conselheiros do Governador: Sylo Costa, Eduardo Carone Costa e Flávio Moura e Castro, nos termos da Súmula nº 653-STF. Assim, a indicação para a vaga então preenchida pelo saudoso Conselheiro José Ferraz da Silva é da Assembléia Legislativa. Destarte, a indicação do Sr. Antônio Carlos Doorgal de Andrada obedece à proporcionalidade prevista na Súmula nº 653-STF. É dizer, com a indicação, pela Assembléia, do Sr. Antônio Carlos Doorgal a composição ficou exatamente assim: quatro Conselheiros indicados pela Assembléia, três Conselheiros indicados pelo Governador.

Não vejo como, portanto, esteja sendo desrespeitada decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na ADI nº 3.361- MC/MG.

O que pode estar ocorrendo é que dentre três Conselheiros indicados pelo Governador não se tenha, no momento, um Conselheiro de livre escolha do Governador, um Conselheiro oriundo do cargo de Auditor e outro Conselheiro do Ministério Público junto ao Tribunal. Esta, entretanto, é uma questão que deve ser regularizada a medida em que ocorram vagas na denominada composição do Governador.”

Essa é a reprodução da decisão do Ministro Carlos Velloso, na qual ele considera que a composição do Tribunal de Contas ficou completa e correta com a nomeação do então Deputado Wanderley Geraldo de Ávila. Na verdade, a vaga que seria a da disputa é aquela ocorrida com o falecimento do saudoso Conselheiro João Bosco Murta Lages, que foi nomeado pelo Governador, mas que, para efeito de observância da proporcionalidade, foi considerada como da Assembléia. A partir daí, o que se deve observar é o que ocorre, aqui, no Tribunal de Justiça, no STJ e em todos os Tribunais, que é a classe da origem ou, como lembrado pelo Relator, Des. Dorival Guimarães Pereira, “a clientela de origem.” Assim, a partir da composição através do provimento da vaga do Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila, a situação do Tribunal de Contas ficou regularizada e, na medida em que forem vagando os cargos, basta verificar a classe de origem.

Nesses termos, invocando, a decisão do Ministro Carlos Velloso, também, denego a ordem.

O SR. DES. HERCULANO RODRIGUES

Acompanho o eminente Relator.

O SR. DES. CARREIRA MACHADO:

De acordo com o Relator.

O SR. DES. ALMEIDA MELO:

VOTO

Como mencionou o Relator, a Súmula nº 653, do Supremo Tribunal Federal, manda que, “no Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembléia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha”. Trata-se do transporte do modelo do § 2º do art. 73 da Constituição da República, direcionado ao Tribunal de Contas da União, quando o terço de sete ministros foi transformado, pela própria Constituição, no número certo de 3, com a reserva dos outros quatro (equiparados a dois terços do Tribunal), para o Congresso Nacional.

Neste ponto termina, data venia, a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

Ao fazer a Súmula, reconheceu a padronização, a simetria obrigatória e daí para a frente quem decide é este Supremo Tribunal, porque Minas é um Estado e é soberano nos assuntos de sua competência constitucional. O Supremo Tribunal Federal não tem nada mais a ver com a formulação da autonomia do Estado de Minas Gerais, porque esta é da competência do órgão máximo do Estado, que é o Tribunal de Justiça.

Pelo que consta das informações do Tribunal de Contas, este era composto por três conselheiros indicados pelo Governador (Flávio Régis Xavier de Moura e Castro, Sylo da Silva Costa e Eduardo Carone Costa) e três conselheiros indicados pela Assembléia Legislativa (José Ferraz da Silva, Simão Pedro Toledo e Elmo Braz Soares), na data em que ocorreu a abertura da vaga objeto da disputa, resultante do falecimento do Conselheiro João Bosco Murta Lage.

No julgamento da ADIn nº 2.209-1/PI, em 19 de março de 2003, o Supremo Tribunal Federal, Relator Min. Maurício Corrêa, assentou a máxima efetividade da Constituição. Não determinou o isolamento das vagas providas antes do texto constitucional. Porém, que a partir da promulgação da Constituição, as vagas fossem preenchidas de forma a atenderem, o mais depressa possível, a regra nova da Constituição:

Nesse ponto é fundamental, como preliminar, mencionar que é equivocada a interpretação de que o Supremo Tribunal Federal fez uma separação entre as vagas preenchidas antes da Constituição de 1988 e após a mesma. Ao contrário, o Ministro Pertence, ao fazer o julgamento da ADIN nº 219-8, da Paraíba, teve a lucidez esplendorosa de mostrar que a norma transitória da Constituição tem o valor impressionante de impor vigor à norma permanente. Portanto, a norma transitória, às vezes, chega a ser mais importante do que a norma permanente, quando dá o traçado que a Constituição desejou para a vigência e eficácia da norma permanente.

Naquele precedente disse o Ministro Maurício Corrêa:

“7. Ora, como a vaga preenchida por ato do Governador é anterior à Constituição de 1988, quando as nomeações eram de sua escolha, impende apurar-se se, segundo a Carta vigente, poderia ela ser computada como da cota do atual Governador, ou não, para dar-se início à seqüência das nomeações na forma preconizada pela norma em causa!?”

8. Pouco importa, penso. Embora não tenha como inconstitucional o critério estabelecido, estou em que, tendo em mira o princípio da razoabilidade - comprovado que no Tribunal já existe uma vaga ocupada por Conselheiro nomeado por Governador - , deva-se abrir oportunidade para que as outras categorias também integrem o Tribunal, de sorte que tão cedo quanto possível sua composição não seja mais transitória, mas sim definitiva. Por isso mesmo, no voto que proferi na ADI 2.117, já mencionada, disse que “24. Garantida pela Constituição essa estrutura que viabiliza um sistema misto de composição do Tribunal, em que ficou dividido o exercício do controle das contas públicas com a participação não só de nomes oriundos de seleção feita pelo Congresso Nacional, mas também de outros segmentos que compõem o sistema, é de ver-se que essa representação, de natureza heterogênea, há que ter atuação simultânea, de tal sorte que a pluralidade eleita pelo Constituinte não se resuma apenas em ficção sazonal, mas sim efetiva, permanente, estável, constante, imutável, para que se resguarde, de forma proporcional como estabeleceu a norma que a instituiu, a presença de todas as categorias na composição da Corte. 25. Creio que se assim não fosse, forma de provimento totalmente distinta da que previa o ordenamento constitucional passado, de que era titular único para as nomeações o Presidente da República, não teria a Carta Federal atual compartilhado a escolha - leia-se, a meu ver, composição - agora não só pelo Chefe do Poder Executivo, mas também pelo Congresso Nacional e as duas classes nela envolvidas.

9. Tal exegese parece-me não ter passado despercebida ao Ministro Pertence, no julgamento da ADIN 219, do Estado da Paraíba, ao fazer constar de seu voto, após enfatizar que todas as nomeações no regime constitucional passado eram do Poder Executivo, que “o princípio a observar, no campo do direito intertemporal, é o que resolve o problema transitório, sempre que possível, de modo a propiciar a efetivação mais rápida do novo sistema constitucional permanente.”

Para o caso do Estado do Piauí, o STF atribuiu a vaga ao Governador, na classe de auditor,

porque o Tribunal de Contas daquele Estado era composto por cinco Conselheiros nomeados pela Assembléia Legislativa e um, pelo Governador (antes da Constituição de 1988).

Como a composição, pela Assembléia Legislativa, já se encontrava em excesso de um e como o Governador já havia preenchido o lugar, de sua livre escolha, o primeiro preenchimento seguinte, pelo Governador, far-se-ia na classe de auditor, a primeira das classes de escolha vinculada, destinada ao Governador.

O Ministro Carlos Velloso, ao votar na Ação Direta nº 219-9, Paraíba, ficou vencido no julgamento, como também no julgamento do Piauí. Sabemos que ele é o construtor da teoria dos restos, quando tratou do quinto constitucional, em precedente do Mandado de Segurança nº 22.323/5-SP, julgado em 28 de setembro de 1995. Que é esta teoria? É a aplicação da aritmética pura para, em caso de resto, aumentar em favor daquele que tem a fração maior e reduzir para aquele que tem fração menor.

Efetivamente, não tem sentido a teoria dos restos, quando a garantia é apenas num dos sentidos da ordem das coisas, como no caso do quinto constitucional: aos magistrados não se garantem 4/5. Ora, neste caso de garantia de quinto constitucional para advogados e membros do Ministério Público, não se aperfeiçoa o quinto pela teoria dos restos, tendo em vista que, se o arredondamento for inferior a 1/2 e houver a redução, a teoria da aritmética esbarra na garantia jurídica da Constituição. No caso do Tribunal de Contas, a teoria dos restos, do Ministro Carlos Velloso, é equivocada, porque, garante-se 2/3 para o Congresso Nacional e 1/3 para o Presidente da República, o que, é possível para o quadro do Tribunal de Contas da União, que é de nove membros, não havendo sobra. No caso dos Tribunais de Contas dos Estados, em que a composição é de sete membros, a sobra existe e, portanto, se for aplicada a teoria dos restos, a Constituição não será cumprida, porque, efetivamente, ela garante, repito, 2/3 para o Congresso Nacional e 1/3 para o Presidente da República, o que equivale a 2/3 para a Assembléia Legislativa e 1/3 para o Governador do Estado.

Então, existe uma impossibilidade material de se cumprir, em caso de tribunal com sete membros, a garantia constitucional acima referida. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Maurício Corrêa, e antes dele, na do Ministro Pertence, disse que tem de ser procurada a máxima efetividade da Constituição e, se esta desejou, efetivamente, distribuir mais para o Legislativo, ficando na cota destinada ao Executivo três classes vinculadas, a máxima efetividade da Constituição haverá quando, na cota do Governador, as três classes vinculadas tiver representação. Daí por que, cumprir-se-ia a Constituição quando se desse ao Poder Legislativo a maioria absoluta da representação, que ocorre com quatro, e se desse ao Governador a oportunidade de escolher um de cada classe de origem: auditor, membro do Ministério Público e livre escolha.

Foi isso que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. É um problema fotográfico de composição. Sempre se leva em conta que, na eventualidade do Tribunal antigo, composto antes da Constituição de 1988, a escolha pelo Governador foi na sua liberdade íntegra, porque antes não havia escolha vinculada a classe.

E, por se tratar de livre escolha, a escolha do Governador, anterior à Constituição de 1988, está naquela espécie do gênero: vaga de Governador e livre escolha. Sucede o seguinte problema, também de ordem material, para ser resolvido: no caso de um Estado, como o de Minas Gerais, que não tem Ministério Público organizado para atuar junto ao Tribunal de Contas, o Tribunal fica parado, amarrado, fechado?

É evidente que para se atender ao que o Ministro Pertence já ensinou - a máxima efetividade da Constituição - não se poderá esperar que o Estado de Minas Gerais, se e quando desejar, organize o

Ministério Público. Portanto, o Governador, para que o Tribunal de Contas tenha o máximo de funcionalidade e ininterruptão no seu funcionamento, deverá fazer a sua escolha entre as duas classes em que é possível escolher, tendo em vista que não é obrigado a escolher o impossível, e, além disso, não há no Brasil uma norma cogente que mande fazer ou mande se cumprir a Constituição quando se trate o Poder Legislativo de destinatário, ou seja, o Legislativo está livre para não fazer lei, porque o mandado de injunção não vale nada e a inconstitucionalidade por omissão é uma miséria idêntica à do mandado de injunção.

Isto também está previsto quando, evidentemente, tratar-se de classe em que é possível cogitar-se de antiguidade e de merecimento, que é auditor e membro do Ministério Público.

Ainda existe um problema de ordem gramatical. Os que fazem interpretação literal costumam dizer: o auditor vem em primeiro lugar na ordem das coisas; auditor, membro do Ministério Público, livre escolha, então, tem que se seguir essa ordem. Não é isto, a ordem tem que ser, sobretudo, lógica e histórica no sentido de que o importante não é seguir essa seqüência verbal e, sim, uma seqüência que dê efetividade à Constituição.

A situação é a mesma que temos no caso da composição do Tribunal de Justiça Militar em que, a partir da Emenda Constitucional nº 39, de 22 de junho de 1999, o Corpo de Bombeiros tem com a Polícia Militar a partilha na composição do Tribunal de Justiça Militar e que, em Minas Gerais, ainda não se implementou o cumprimento da Constituição como efetivamente é necessário.

No caso da vaga do Conselheiro Murta Lages, objeto deste mandado, não existiu qualquer dificuldade, física ou jurídica, para se dar cumprimento à Constituição da República e à Constituição do Estado. O Tribunal restou composto por três Conselheiros indicados pelo Governador e por três, indicados pela Assembléia Legislativa. Para se cumprir a Constituição e a Súmula nº 653, do STF, a vaga destinou-se a Assembléia Legislativa, para perfazer quatro lugares de sua indicação.

Completada, com o preenchimento da vaga do Conselheiro Murta Lages, a composição do Tribunal de Contas, na proporção devida à Assembléia Legislativa e na proporção atribuída ao Governador, as vagas passam a ser supridas por reposição. As vagas destinadas ao Governador deverão revezar-se segundo as três classes de origem a que está vinculado (auditor, membro do Ministério Público e livre escolha) e, nas classes de auditor e de membro do Ministério Público, alternadamente, pela antiguidade e pelo merecimento, respectivamente. Logo, o preenchimento pelo Deputado Wanderley Ávila foi correto.

É claro que o Governador, diante da falta do Ministério Público, tem que fazer a escolha entre as duas classes remanescentes: livre escolha e auditor, de tal modo que haja na ordem do Governador, enquanto não houver o Ministério Público, três lugares preenchidos sendo um ou dois por auditor e um de livre escolha, segundo o critério lógico e histórico, necessário a se dar o máximo possível de efetividade à Constituição.

No presente caso, não existe qualquer impossibilidade física ou jurídica para se dar cumprimento à Constituição da República e à Constituição do Estado.

Como falecimento do Conselheiro Murta Lages, o Tribunal ficou composto por três Conselheiros indicados pelo Governador e por três, indicados pela Assembléia Legislativa. Para se cumprir a Constituição e a Súmula nº 653, do STF, a vaga destinou-se à Assembléia Legislativa, para perfazer quatro lugares de sua indicação.

Após o preenchimento da vaga do Conselheiro Murta Lages, a composição do Tribunal de Contas fica dentro da proporção certa para a Assembléia Legislativa e para o Governador e serão feitas

por reposição. As vagas destinadas ao Governador deverão revezar-se segundo as três classes de origem a que está vinculado (auditor, membro do Ministério Público e livre escolha) e, em cada classe, mediante a alternância antiguidade e merecimento, respectivamente. Logo, o preenchimento pelo Deputado Wanderley Ávila foi correto.

Denego a segurança.

O SR. DES. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES:

Com o Relator.

O SR. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO:

Sr. Presidente.

Antes de proferir o meu voto, externo minhas homenagens ao Des. José Tarcísio de Almeida Melo, que falou da soberania do Estado, traduzindo, indiscutivelmente, a sua vocação federalista, aliás, já externada nesta Corte Superior, a despeito de entendimentos outros, isolados, que consideram que a Federação Brasileira é fictícia, porque decorrente de um Estado Unitário que foi a nossa Monarquia. Interessante notar, e me permitam esta digressão, que a afirmação feita de que a nossa Federação é fictícia partiu de um cidadão ocupante de cargo na Justiça Brasileira, oriundo do Rio Grande do Sul, Estado que fez uma Revolução nitidamente federalista: Júlio de Castilho é seu exemplo clássico e, também, Érico Veríssimo, cujo centenário se comemora este ano e bem retrata esta situação em um de seus livros.

Feita esta observação, renovando os parabéns ao Des. José Tarcísio de Almeida Melo que, repete, como dizia Rui Barbosa, que a questão de Monarquia ou República é secundária; o problema é o Federalismo. Acompanho o eminente Relator e, também, a recomendação feita pelo ilustre Des. Francisco Figueiredo.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

Denego a segurança.

O SR. DES. HYPARCO IMMESI:

Também denego a segurança.

O SR. DES. KILDARE CARVALHO:

Sr. Presidente.

Nada tenho a acrescentar aos votos que me antecederam, motivo pelo qual, denego a segurança.

O SR. DES. BRANDÃO TEIXEIRA:

Sr. Presidente.

Denego a segurança e também penso que recomendável é a publicação do voto do Relator, assim como a de todos os votos proferidos nesta sessão, pela pujança das idéias e oportunidade, em si, da matéria.

SÚMULA:

REJEITARAM PRELIMINARES. DENEGARAM A SEGURANÇA, DETERMINANDO A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 763.994 - MG (2005/0104602-8)

RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER

RECORRENTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: ORLANDO FERREIRA BARBOSA E OUTROS

RECORRIDO: DJALMA SOARES BONFIM E OUTROS

ADVOGADO: NÁDIA CALDEIRA GOOD GOD LAGE ALVES

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, com fulcro no art. 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Diz a ementa do v. julgado:

“Direito Administrativo. Aposentadoria. Valor do benefício.

Juros de mora. A equiparação do valor do vencimento ao dos proventos por aposentadoria foi determinada pelo texto da Constituição da República. Os juros de mora sobre os valores referentes aos descontos nos vencimentos do servidor incidem á razão de 0,5% ao mês, a contar da citação do réu. Reforma-se parcialmente a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.” (fl. 110).

Alega o recorrente ofensa ao art. 178 do Código Civil antigo, e art. 1º do Decreto nº 20.910/32, sustentando que a pretensão dos autores foi alcançada pela prescrição, tendo sido ultrapassado o prazo quinquenal para a propositura da ação contra a Fazenda Pública.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 238/241.

O recurso foi inadmitido na origem, subindo os autos a este Tribunal, por força de provimento em agravo de instrumento.

É o relatório.

No tocante à prescrição, cumpre esclarecer que o direito dos autores à equiparação de vencimentos surgiu com a Lei Estadual nº 11.050/93 e Decreto Estadual nº 35.021/93 que criou e regulamentou a criação da autarquia Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais.

Assim dispõe os referidos dispositivos legais, **verbis**:

“Lei 11.177/93:

Art. 18 - O servidor do extinto órgão autônomo Imprensa oficial do Estado de Minas Gerais poderá ser integrado no Quadro de Pessoal da Autarquia desde que manifeste a opção prevista no art. 13 da Lei nº 11.050, de 19 de janeiro de 1993, e o cargo ou função pública de que seja titular ou detentor

tenha cargo correlato nos Anexos I e II desta Lei, observada a especificação de classe e o número de vagas.”

“Decreto nº 35.021/93:

Art. 5º - O servidor a que se refere o artigo 18 da Lei nº 11.177, de 10 de agosto de 1993, ocupante de cargo correlato aos cargos constantes dos Anexos I e II da Lei nº 11.177, de 10 de agosto de 1993, de acordo com os Anexos I e II desde Decreto, será integrado no Quadro de Pessoal da Autarquia, se manifestar a opção prevista no artigo 13 da Lei nº 11.050, de 19 de janeiro de 1993, formulado pôr escrito e dirigida ao Direito Geral da Autarquia, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da publicação do Decreto.

§ 1º - A integração no Quadro de Pessoal dar-se-à pôr provimento de cargo, após concluído processo de avaliação de desempenho através de provas a que serão submetidos os optantes efetivos, ocupantes de cargos correlatos.”

Logo, tendo sido ajuizada a presente ação somente em 12/07/2001, ultrapassado mais de cinco anos desde a criação do cargo, que se pretende a equiparação de vencimentos, deve-se reconhecer que a prescrição alcançou o próprio fundo de direito dos autores, conforme estabelecido no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

Sobre o assunto vale transcrever passagem do voto do Exmo. Sr. Ministro Moreira Alves no RE 110.419/SP, que muito contribui para esclarecer a **questio**:

*“São merecedoras de transcrição, pelas diretrizes seguras que fixam, estas palavras que se lêem no voto do Ministro **Rodrigues Alckmin**:*

“É certo que a relação funcional não prescreve, mesmo porque o que prescreve são pretensões, fundadas ou infundadas. Assim, se a lei outorga determinada vantagem pecuniária a uma classe funcional, quem se encontre em tal classe terá direito à vantagem pecuniária. Se a Administração não efetua pagamento devido, prescrevem as parcelas (Decreto nº 20.910, art. 3º). A pretensão deduzida, aí, é a de perceber a vantagem - não, a de ser considerado integrante de determinada classe ou categoria funcional.

Mas se a lei concede reestruturação, ou reenquadramento e a Administração não dá nova situação funcional ao servidor (situações cujos ganhos seriam melhores), a pretensão a ser deduzida é a de obter esse reenquadramento. Essa pretensão prescreve.

*O termo inicial da prescrição corresponde ao da **Actio nata**. Se a Administração deve praticar, de ofício, ato de reenquadramento, e o pratica, excluindo o interessado, desse ato nasce a ofensa a direito e a conseqüente pretensão a obter judicialmente a satisfação dele. Se a Administração, que deve agir de ofício, se omite e não há prazo para que pratique o ato, pelo que a omissão não corresponde à recusa, ainda não corre a prescrição.*

Se a lei marca prazo (como no caso dos autos) para que o interessado requeira

o benefício, findo o prazo se positiva, igualmente, para quem o considera incapaz de acarretar decadência, a possibilidade de deduzir, em juízo, a pretensão.

E inegável é que, aí, a pretensão é a de obter reenquadramento (do qual decorrerão vantagens pecuniárias), não a de obter simples parcelas mensais de proventos. Porque o direito a proventos melhores decorre, necessariamente, da prévia questão do direito do reenquadramento” (RTJ 84/194 e 195).

*Em voto de vista que então proferi, na mesma linha da manifestação do Ministro **Rodrigues Alckmin**, procurei assim caracterizar o que seria o denominado **fundo do direito**:*

“...não posso concordar com a tese radical do eminente Ministro Eloy da Rocha, cuja falha, em meu entender, consiste em considerar que a prescrição só não será das prestações se se discutir a existência, ou não, de relação funcional entre o servidor e o Estado, porque tudo o mais se traduz em vantagens periódicas. A falha dessa tese consiste em não considerar que a situação jurídica fundamental - ser funcionário - não é estática, imutável. Ela se modifica no tempo, por força de promoções, acessos, reclassificações. O direito a essas modificações, à semelhança do que ocorre com a própria situação jurídica básica - ser funcionário -, é susceptível de ser violado, nascendo daí a pretensão para que se afaste tal ofensa, pretensão que prescreve dentro de cinco anos a contar da violação. E tanto isso é certo que, sem o reconhecimento da modificação na situação funcional (assim, o reconhecimento à reclassificação), não há que se falar em violação ao direito de receber vantagens econômicas decorrentes dessa modificação que é a causa mesma do nascimento de tal direito, nem, portanto, em pretensão à obtenção dessas vantagens, pretensão que se prescreve periodicamente” (RTJ 84/199 e 200).

***Fundo do direito** é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.). A pretensão ao **fundo do direito** prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a **quantum**, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do artigo 3º do Decreto nº 20.910/32, que reza:*

“Art. 3º. Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição

atingirá progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”.

*Se - como está expresso nesse dispositivo legal - a pretensão à prestação legalmente devida (que é simplesmente um **quantum**) renasce, para efeito de prescrição, periodicamente por ocasião do momento em que deve ser feito seu pagamento, tudo o que a esse **quantum**, que é a prestação, está indissolúvelmente ligado (assim, portanto, inclusive o critério de sua fixação, decorra ele de ato normativo inconstitucional ou ilegal, ou de má interpretação da Administração Pública) se rege pelo mesmo princípio. Se o Estado paga, e reconhece, portanto, a existência incontroversa do **fundo do direito**, mas paga menos do que é constitucional ou legalmente devido, o direito ao pagamento certo renasce periodicamente.*

Nota-se, por fim, que esse renascimento periódico só deixa de ocorrer - e isso foi construção jurisprudencial, para impedir que ele se desse apesar de indeferimentos sucessivos da Administração Pública a reclamação expressa do funcionário -, se o servidor público requer ao Estado a correção da prestação que lhe está sendo indevidamente paga, e seu requerimento é indeferido. A partir de então, tem o servidor de ajuizar a ação para obter o resultado querido, sob pena de prescrever definitivamente essa pretensão.” (RTJ 130, pp. 328-330).

Nesse sentido:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - AUDITOR FISCAL DO TESOUREIRO NACIONAL - VENCIMENTO - REPOSIÇÃO - TRÊS PADRÕES - LEI Nº 8.460/92 - PEDIDO ADMINISTRATIVO FORMULADO SOMENTE EM 1999 - PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO RECONHECIDA - ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. PREJUDICIALIDADE DA ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES.

*1 - Não tendo sido requerido o reposicionamento de padrões no vencimento, **oportuno tempore**, ou seja, quando da edição da Lei nº 8.460/92, acarretando com isso o não pagamento do benefício ora postulado, apresenta-se evidenciada a ocorrência da prescrição quinquenal, atingindo-se o próprio direito. Aplica-se, portanto, o art. 1º e seguintes, do Decreto nº 20.910/32.*

2 - A existência de pleito administrativo, formulado somente o 1999, quando o ato concreto surgiu com a edição da Lei nº 8.460, de 17/09/92, não teve o condão de suspender o prazo, porquanto este já havia se esgotado.

3 - Prejudicialidade da análise quanto à alegação de negativa de vigência do art. 110, da Lei nº 8.112/90, art. 3º, da Lei nº 8.627/93 e art. 30, da Lei nº 8.460/92.

4 - Recurso conhecido, nos termos acima expostos e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, reconhecer a prescrição, fulcrada

no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, julgando extinto o processo, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil, denegando a ordem.” (REsp 456961/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU de 01.07.2004).

Pelo exposto, com arrimo no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso, para que seja extinto o processo, nos termos do art. 269, IV, do CPC, visto que a prescrição alcançou o próprio fundo de direito dos autores.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

P. e I.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2005.

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 662.206 - MG (2005/0033575-8)

RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR: ALOÍSIO VILAÇA CONSTANTINO E OUTROS
AGRAVADO: MARIA HELENA MACEDO NUNES
ADVOGADO: ELY DAS DORES DRUMOND RABÊLO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA INTEGRAL. ANULAÇÃO PELO PODER PÚBLICO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. TERMO A *QUO*. VIGÊNCIA DA LEI. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS em face da decisão do 1.º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado local, que indeferiu o processamento de recurso especial fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional.

O recurso especial obstado se dirige contra acórdão ementado nos seguintes termos, *litteris*:

“PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA - LIÇÃO DE HELY LOPES MEIRELES - PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO FEDERAL - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1 - A prescrição administrativa é, na lição de Hely Lopes Meirelles, restrita à atividade interna da Administração acarretando a perda do direito de anular ato ou contrato administrativo, e se efetivando prazo que a norma legal estabelecer. 2 – Na omissão de lei apropriada sobre a prescrição, em nível estadual, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos, como previsto na esfera federal pelo art. 54 da Lei 9.784/99, ou mesmo como na prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública. 3 - A anulação do ato de aposentadoria da impetrante mais de sete anos após a publicação do ato de sua aposentadoria viola o princípio da segurança jurídica que o estado deve assegurar a seus cidadãos.” (fl. 90)

Sustenta a Agravante, nas razões do especial, violação aos arts. 177 do Código Civil de 1916 e 4.º do Decreto-Lei nº 4.657/42, aduzindo para tanto que:

1.º por não haver regra expressa de prescrição, “*deveria ser aplicada à hipótese vertente a prescrição ordinária prevista no art. 177 do antigo Código Civil (prescrição vintenária)*” (fl. 162);

2.º que o art. 4.º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 “*de forma expressa, reserva a possibilidade de decisão judicial com base na analogia para os casos de omissão da lei*” (fl. 104);

Alega, ainda, que a anulação da aposentadoria da Autora foi legal, amparando-se nos princípios da finalidade e interesse públicos, bem como em critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

É o breve relato do necessário.

Decido.

Pretende a ora Agravante o afastamento da decadência administrativa, declarada pelo Tribunal *a quo*, quanto à anulação pela Administração do ato de aposentadoria integral conferido à ora Agravada em 30/06/1994.

A questão que se coloca à apreciação cinge-se na análise da possibilidade de a Administração rever seus atos, tidos por ilegais, a qualquer tempo, em face da ocorrência da decadência administrativa.

Com efeito, até o advento da Lei nº 9.784/99, tanto esta Corte quanto o Supremo Tribunal Federal orientavam-se no sentido de que a Administração Pública tinha o poder-dever de anular seus atos viciados a qualquer tempo. Tal entendimento, inclusive, restou cristalizado nos enunciados sumulares n.os 346 e 473 da Suprema Corte.

Todavia, após a publicação do referido diploma legal – que estabelece em seu art. 54 o “*direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaem em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*” – passou este Tribunal a entender que o prazo nele previsto contar-se-ia a partir da data da prática do ato eivado de nulidade, sem se questionar quanto à sua aplicação retroativa.

A controvérsia instaurada sobre a aplicação retroativa da Lei nº 9.784/99 restou decidida recentemente pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n.º 9.112/DF, da lavra da Ministra Eliana Calmon, no sentido de que o art. 54 da Lei nº 9.784/99 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos viciados, realizados antes do advento do referido diploma legal.

Nessa linha de entendimento, transcrevo, oportunamente, o seguinte trecho extraído do voto condutor do acórdão proferido no REsp nº 603.135, da relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, *in verbis*:

“É nessa perspectiva que deve ser interpretado e aplicado o artigo 54 da Lei 9.784, de 1999. Com efeito, se antes do advento dessa norma detinha a Administração o direito (e, diga-se, também o dever) de promover a qualquer tempo a anulação dos referidos atos (Súmula 473 do STF), é certo que a superveniente lei que criou prazo decadencial somente poderá incidir sobre o tempo futuro, jamais sobre o passado, pena de ofensa ao direito adquirido (ainda não exercido). Portanto, a solução para o problema de direito intertemporal aqui posto só pode ser uma: relativamente aos atos nulos anteriores à nova lei, o prazo decadencial de cinco anos tem como termo inicial o da vigência da norma que o estabeleceu.” (REsp 603.135/PE, 1ª Turma, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/06/2004.)

Confira-se, ainda, o REsp nº 715.835/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 11/03/2005.

Em resumo, caso o ato viciado tenha sido praticado antes da vigência da Lei nº 9.784/99, a Administração tem o prazo de cinco anos a contar da publicação da referida lei para anulá-lo; caso tenha

sido praticado após a Lei, a Administração tem o prazo de cinco anos a contar da prática do ato ilegal, sob pena de decadência, nos termos do art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Nesses termos, deve ser afastada a tese da aplicação, por analogia, do Decreto nº 20.910/32, uma vez que a Administração, no tocante aos atos viciados praticados antes da vigência da Lei nº 9.784/99, podia revê-los, a qualquer tempo, nos termos da Súmula nº 473 do STF.

Na hipótese em tela, sendo o ato de aposentadoria anterior à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o prazo quinquenal para sua anulação começa a contar a partir da vigência do mencionado regramento, sendo certo, portanto, que a decadência não resta configurada.

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 3º, do CPC, CONHEÇO do agravo de instrumento para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, afastando a decadência reconhecida pelo Tribunal *a quo*.

Baixem-se os autos para que, ultrapassada a preliminar de decadência administrativa, o Tribunal enfrente o mérito do recurso, analisando os aspectos da legalidade do ato de aposentadoria integral.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 22 de abril de 2005.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO Nº 0024.85.239.160-6

EXPROPRIANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

EXPROPRIADO: ESPÓLIO DE MARIA RODRIGUES DO AMPARO E
OUTROS

Vistos etc.

1. Trata-se de Ação de Desapropriação movida pelo Estado de Minas Gerais, tendo por escopo a desocupação de áreas declaradas de utilidade pública pelo Decreto-lei nº 770, de 20 de março de 1941 (f.12), para fins de construção do Parque Industrial de Contagem-MG.

O processo teve início em 09 de novembro de 1943, ocasião em que foi distribuída a petição inicial (f.04), já desgastada pelo tempo e cujo inteiro teor encontra-se transcrito no edital de citação de ff.22/27.

No laudo pericial apresentado pelo Dr. Benedito de Azeredo Coutinho (ff.183 e seguintes), apontou-se que a área desapropriada estava dividida nas zonas urbana e rural, medindo, respectivamente, 43.226,50 m² e 12.663,50m². A primeira área encontrava-se integralmente dentro da Vila Ruy Barbosa e a área rural no quinhão de Bernardo Damasceno.

Tendo por base as informações constantes do citado laudo, em março de 1955, foi proferida sentença de ff.284/291, pelo então Juiz Edésio Fernandes, que julgou procedente o pedido inicial. Naquela ocasião, estipulou-se como devida a indenização de Cr\$ 1.739.060,00, relativa ao terreno loteado, à razão de Cr\$ 40,00 o m². Para o terreno rural, fixou-se o valor de Cr\$ 122.835,95, à razão de Cr\$ 9,70 o m².

A decisão de primeira instância foi confirmada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (f.317) e o Supremo Tribunal Federal não conheceu dos Recursos Extraordinários interpostos pelo Estado de Minas Gerais e Antônio Olegário de Abreu e outros (f.357)

Em 30 de janeiro de 1957, a Secretaria do Supremo Tribunal Federal certificou o trânsito em julgado do mencionado acórdão (f.357,v).

Com o retorno dos autos à primeira instância, em 30 de outubro de 1959, determinou-se o cumprimento da decisão (f.360,v).

Decorridos mais de sessenta anos do início da demanda, o feito se encontra, até os dias atuais, na fase de liquidação.

A complexidade do processo é incontroversa, podendo ser constatada pelo simples manusear dos autos, já compostos por vinte volumes, considerados apenas aqueles relativos à ação principal. Contudo, a sua tortuosa tramitação, justificada, em parte, pela inércia dos interessados, o emaranhado de petições desnecessárias e a ausência de apresentação oportuna dos documentos essenciais ao deslinde das questões incidentais, já foi observada, anotada e profundamente lamentada pelos colegas que precederam este julgador e Tribunais superiores.

Por essa razão, abstendo-se de traçar maiores comentários a esse respeito, o presente despacho se pautará por critérios objetivos, baseando-se nas provas que já se encontram nos autos.

Dispensa-se, também, o relatório dos demais atos processuais até aqui praticados, que somente teria o condão de tornar a decisão extensa e cansativa, nada interferindo no seu teor. Assim, serão arroladas, diretamente, as providências necessárias para que a fase de liquidação finalmente se encerre, acompanhadas da devida motivação.

Prevalece, aqui, a máxima de Chiovenda, segundo a qual “o processo deve dar na medida do que for praticamente possível a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.

A teor do que dispõe o art.603 do Código de Processo Civil, o objetivo da presente liquidação é proceder à individuação do objeto da condenação, determinando quem tem o direito de receber determinado valor, consoante o que ficou estipulado na sentença

Assim, o saneamento do feito depende, justamente, de se aferir sobre a existência de eventual crédito a favor de qualquer interessado. Mister, então, delimitar a extensão dos direitos das partes envolvidas e adotar medidas precisas, voltadas para a composição dos interesses aqui conflitantes.

Referindo-se à fase de liquidação, o ilustre Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do Recurso Especial nº 586 – PR, julgado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, se pronunciou:

A liquidação não integra o processo executivo, mas o antecede, constituindo procedimento complementar do processo de conhecimento, para tornar líquido o título judicial (CPC, arts.586/618).(dju 18.02.91, p. 1041)

Para que a presente liquidação de sentença alcance sua finalidade, torna-se indispensável a apresentação, por quem pretende receber eventual crédito, de documento que ateste o domínio atual sobre área expropriada e, ainda, que inexistam pagamentos anteriores, efetivados a quem transferiu o respectivo domínio. Caso contrário ficaria caracterizado *bis in idem*, face ao duplo pagamento da indenização, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Apesar do processo, como dito, ser marcado por extrema complexidade, as questões pendentes de apreciação podem ser classificadas em quadro grupos.

Segue a abordagem individualizada de cada uma delas

1) Guilherme Sirianni

Consoante se verifica à f.25, Guilherme Sirianni foi indicado na peça de ingresso como proprietário de alguns lotes pertencentes aos sucessores de Bernardo Damasceno.

Para relembrar e complementar o que foi anotado pelo despacho de ff.4688 e seguintes, o que se faz necessário para a devida elucidação da controvérsia relativa ao expropriado Guilherme Sirianni, registra-se que ingressou ele na demanda à f.326, afirmando que seriam de sua propriedade, dentre os lotes atingidos pela desapropriação, aqueles de n^{os} 16, 18, 28 e 30, do quarteirão 05 da Vila Rui Barbosa.

Para fazer prova do alegado, juntou, à f.328, certidão de transcrição dos autos de inventário dos bens deixados por sua mãe, D. Maria Armoni Siriani, passado a seu favor.

Abre-se parênteses para destacar que o registro de inventário não se apresenta como documento hábil à comprovação da propriedade sobre os imóveis, tendo em vista que não subsistiu o competente registro imobiliário.

Sem que fossem juntados quaisquer documentos que comprovassem o domínio sobre as áreas, foram elaboradas os cálculos de f.598v relativos a 98 lotes. Importante frisar que referidos cálculos, homologados à f.539, não fizeram menção a lastro documental que pudesse justificar a alteração do pedido inicial, de apenas quatro lotes, para os noventa e oito ali genericamente indicados. Não foram especificados, sequer, quais seriam os lotes que somados, alcançariam o total de noventa e oito.

À f.913, diz Guilherme Sirianni ser proprietário da área loteada de 37.696,75m².

Já as ff. 5116/5118, Geralda Augusta de Oliveira Sirianni, sucessora de Guilherme Sirianni, na condição de esposa, diz ter direito ao recebimento de indenização pela áreas loteada e não loteada, medindo, respectivamente, 35.922m² e 12.663,50m².

Ocorre que, por todas as vezes em que se facultou a Guilherme Sirianni apresentar título comprobatório de domínio sobre as áreas pelas quais pretendia receber indenização, vieram aos autos cópias do Registro nº 13.165, Livro 3-D, fl.73 do 1º Oficial de Registros da Capital (f.4704).

Em uma de suas últimas manifestações nos autos (f.4996), Guilherme Sirianni reafirma que a prova do domínio dos lotes que diz ser de sua propriedade está às ff.2554/2560. Acrescenta que não houve modificação posterior no conteúdo das citadas certidões, o que, para ele, demonstraria que nunca perdeu o domínio da área ali especificada.

O mencionado Registro faz referência à “parte de terras de campos na Cachoeira do Ferrugem, com 2 alqueires, m/m, dividindo por um lado com Antº Basílio Pereira, por outro com Mº Amparo e pelos 2 outros lados com Symphonio Brochado”.

É incontroverso que a totalidade da área em referência foi vendida à empresa Irmãos Cyrienne, da qual eram sócios Guilherme Sirianni e seu irmão José Cirienni (f.4738). A Escritura Pública de Compra e Venda foi lavrada no Cartório do 2º Ofício de Notas da Comarca de Belo Horizonte, Livro 143-A, ff.96/98 e registrada sob o nº 14.299, Livro 3, f. 127.

Tal fato está caracterizado na Ação Cautelar de Antecipação de Provas, autuada sob o nº 024.95.045.432-3, onde restou comprovado que a assinatura constante na escritura de transferência da área de dois alqueires para a empresa Irmãos Cyrienni foi efetivamente exarada por Guilherme Sirianni (ff. 2377/2381).

Descabe argumentar que a prova homologada naqueles autos dependeria, para sua confirmação, do ajuizamento de demanda principal, tendo em vista o notório caráter satisfativo da Ação Cautelar de Antecipação de Provas.

Prevalece, assim, a venda da área inicial de dois alqueires, para todos os fins de direito.

Por essa razão, o acolhimento do pedido de indenização dependeria, necessariamente, da apresentação de documento apto a comprovar que após a venda da área de dois alqueires, Guilherme Sirianni recuperou toda ela ou, então, parte dos lotes, possuindo título de domínio atual sobre os imóveis.

É certo que o ilustre e culto Desembargador Francisco Figueiredo, relator do Agravo de Instrumento nº 1.0024.85.239.160-6, interposto em face da decisão que determinou a realização de perícia elucidativa (ff. 4775/4779), destacou que estariam demonstrados nos autos documentos inerentes aos títulos de domínio em relação a Guilherme Sirianni. Contudo, ressaltou que nada impediria o Estado de Minas Gerais, a qualquer tempo, de alegar e comprovar documentalmente qualquer aspecto que entendesse constituir óbice ao direito buscado.

Ao fazer tal ressalva, a decisão coadunou-se com as determinações anteriores, lavradas no sentido de que a questão da titularidade não seria determinante para que o Estado de Minas Gerais procedesse ao depósito da importância relativa à indenização. Contudo, o levantamento dos valores correspondentes dependeria da efetiva comprovação da titularidade sobre a área indenizada, exercida por ocasião do recebimento.

Da análise perfunctória dos autos, constata-se, sem sombra de dúvida, que Guilherme Sirianni não é proprietário das áreas pelas quais pretende receber indenização.

Consoante se apurou na perícia elaborada na Ação Rescisória nº 024.96.082.994-3, ajuizada pelo Estado de Minas Gerais, encontra-se a cópia do respectivo laudo às ff. 1403/1482 do presente feito, “Guilherme Sirianni e sua mulher Geralda Augusta de Oliveira Sirianni não são proprietários dos lotes objeto da desapropriação” (f. 1464).

O resultado da citada perícia é aqui utilizado como prova emprestada.

A prova produzida em um processo pode ser utilizada em outro, desde que com sua utilização não venha a surpreender uma pessoa que não fora parte no primeiro (por respeito ao princípio do contraditório, sem o qual não pode caracterizar-se o devido processo legal); [...]. (Cintra, Grinover, Dinamarco, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.145).

O Dr. Marcelo Corrêa Mendonça, perito oficial, designado pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, por onde tramitava a Ação Rescisória, realizou vasta pesquisa documental junto aos Cartórios de Notas e Registro de Imóveis das Comarcas de Belo Horizonte, Contagem e Betim, elaborando, naqueles autos, a cadeia dominial dos lotes que integravam a Vila Rui Barbosa (ff. 1443/1458).

Ali se verifica que Guilherme Sirianni, individualmente ou na condição de sócio da empresa Irmãos Cyrienni, de fato, possuía determinados lotes. Contudo, o domínio das citadas áreas foi transferido para terceiros e oportunamente registrado nos cartórios competentes.

As anotações do Sr. perito sobre o domínio atual dos lotes podem ser confirmadas pela documentação que acompanha as habilitações em apenso, que demonstram, de fato, alteração no domínio da área de dois alqueires, antes pertencente a Guilherme Sirianni e posteriormente loteada e transferida a terceiros.

Atualmente, Guilherme Sirianni e sua mulher não possuem quaisquer lotes integrantes da antiga Vila Rui Barbosa, que corresponde à área urbana da desapropriação.

Não se nega validade ao Registro do 1º Ofício de Imóveis, anteriormente mencionado e relativo à área de dois alqueires, havida de Joaquina Borges Ferrugem. Contudo, referido documento apresenta-se como prova relativa do domínio, o que é atestado pelos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca de Belo Horizonte, que ressalvam a responsabilidade pela existência de qualquer outro registro, inscrição, transcrição, ou averbação de todo ou parte do imóvel, porém com outra descrição, designação ou modificação do logradouro (ff.2561/2567).

Assim considerando, conclui-se que a certidão em comento se apresenta como meio ineficaz de prova, tendo em vista os demais elementos constantes dos autos, da perícia realizada na ação rescisória e das habilitações em apenso.

Mais uma vez, merece destaque o posicionamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que se referindo ao disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, asseverou que “a livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso direito processual” (STJ-4ª Turma, Resp.7.870-SP, j. 3.12.91, DJU 3.2.92, p. 469).

O fato de ter sido comprovada a venda da área de dois alqueires à empresa Irmãos Cyrienne, ainda que desconsiderada a cadeia dominial atualizada, elaborada nos autos da ação rescisória, já seria suficiente para constituir contra-prova às afirmações lançadas nas certidões de ff. 2554/2560.

Tendo em vista tais considerações, aliadas à inércia da parte interessada quando à apresentação de título de domínio atualizado quanto à área urbana, não deve prevalecer, para fins de expedição de precatório, o teor das informações constantes nos referidos documentos.

Cabe, então, decidir se possui direito ao recebimento de indenização pela área rural.

Também aqui o raciocínio é simples, independentemente de maiores elucubrações.

Considerando que não foi apresentado, desde o início da liquidação, qualquer documento que indicasse nominalmente Guilherme Sirianni como possuidor atual da área rural de 12.663,50 m², deve ser indeferido o pedido de indenização.

Os documentos de ff.2601/2602, que certificam pertencer a José Cyrienni, falecido irmão de Guilherme Sirianni, o imóvel registrado sob o nº 13.162, Livro 3-E, f.72 do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, não podem ser considerados como prova de domínio, tendo em vista que não foi carregada aos autos documentação atestando que, após o falecimento do proprietário, tenha ocorrido a transmissão da área ali especificada (f.2599) para Guilherme Sirianni.

Do contrário, restou demonstrado que José Cyrienni faleceu em estado de solteiro, sem deixar filhos, figurando sua mãe, Maria Amoni, como herdeira universal.

Dentre os bens deixados por Maria Amoni a Guilherme Sirianni, especificados à f.443, não se encontra o imóvel relativo “parte de 4 ½ alqueires, mm, de terras de campo sem água, no lugar (sic) denominado Cachoeira do Ferrugem, dividido por um lado com Antº Basílio Pereira, por outro com Mª do Amparo [...]” (f.2598).

Mais uma vez reportando á perícia elaborada na ação rescisória, nela consta que “em 10 de junho de 1933, Maria Armoni, viúva, vendeu à Cristiano França Teixeira Guimarães, o terreno da Cachoeira do Ferrugem havido por herança de seu filho José Cyrienni, conforme escritura da compra e venda lavrada no Cartório do 4º Ofício de Notas, no Livro 46, Folhas 89/91 verso. A mencionada escritura foi registrada em 14 de junho de 1933, no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis, Livro nº3, Fls.444” (ff.1436/1437).

Por outro lado, também não há como aferir se parte do imóvel ou todo ele foi atingido pela desapropriação.

Feitas tais considerações, como dito, extrai-se que Guilherme Sirianni, seus sucessores e, ainda, aqueles que adquiriram possível direito creditório do expropriado em destaque, relativo à presente demanda, não têm o direito de receber qualquer indenização pelas áreas desapropriadas .

Por essa razão, impõe-se indeferir o pedido de indenização relativa à presente liquidação.

De se anotar que o alvará de f.2482 comprova que Guilherme Sirianni promoveu liquidação da sentença, recebendo indenização pelos lotes de n.ºs 16,18,28,e 30, do quarteirão 05 da Vila Ruy Barbosa, lotes estes que, como visto, foram os únicos indicados quando de seu ingresso no feito

Contudo, mais uma vez reportando à perícia realizada na ação rescisória, destaca-se que o domínio destes lotes, conforme ali se apurou, já havia se alterado por ocasião do pagamento da indenização.

A segunda conclusão que extrai é a de que Guilherme Sirianni, além de nada possuir a receber, posto que, comprovadamente, não foi exibido documento que atestasse o domínio sobre as áreas que afirma ser possuidor, recebeu valores que não lhe eram devidos por direito.

Assim, não é devida qualquer indenização.

2) Família Abreu

A petição inicial, transcrita às ff.22 e seguintes, elencou no polo passivo os herdeiros ou sucessores incertos e desconhecidos do falecido João José de Abreu.

Ao se referir às áreas expropriadas, a peça de ingresso, dentre outras, indicou aquelas pertencentes aos “condôminos do quinhão denominado ‘Diversos em Comum’ (segundo perímetro) com que foram contemplados diversos interessados (Maria do Amparo, Ana Luiza, Miguel Camardeli, João Moreira, Família Abreu e sucessores) na divisão judicial da Fazenda da Cachoeira do Ferrugem (procedida em 1930) cujo quinhão, então, estão (sic) organizados em quatro perímetros, constitue (sic), hoje, objeto de uma nova divisão que processa no cartório do 4ºOfício do Judicial desta Comarca”.

No que pertine ao segundo perímetro do quinhão Diversos em Comum, foram arrolados, como interessados, dentre outros, José Manuel de Abreu Júnior, os herdeiros e sucessores de João José de Abreu e Manoel José de Abreu, indicados na sentença de ff.284 e seguintes como proprietários de terrenos desapropriados.

Segundo o laudo pericial elaborado pelo Dr. Benedicto Azeredo Coutinho, a área em destaque corresponde a 84.087 m² (f.195). “Desse total, deduzindo-se a área de 34.568 m² ocupada com lotes e arruamentos da Vila Ruy Barbosa, teremos a diferença de 49.519,00 m², que é rural”.

À f.379, visando ao deferimento de pedido de imissão de posse, o Estado de Minas Gerais procedeu ao depósito da importância de Cr\$ 11.148,00 (onze mil, cento e quarenta e oito cruzeiros), referente a um terreno desapropriado do quinhão denominado “Diversos em Comum – 2º perímetro”. Ressalta-se que o valor depositado não se refere à toda a área em comum, mas apenas àquela até então ocupada pelo Sr. Newton Cardoso.

Dizendo-se legítimos sucessores de José Manoel de Abreu, José Manoel de Abreu Júnior e Manoel José de Abreu, comparecem diversos interessados (f.1624), pleiteando sua habilitação nos presentes autos. Afirmam que a área pleiteada pertencia a Maria do Amparo e família Abreu, por eles em parte representada. Assim, concluem que deve ser feito precatório comum, encarregando-se os sucessores dos expropriados de disputar, pelas vias próprias, a parte da indenização que caberia a cada um.

Relativamente aos expropriados da Família Abreu, existem, ainda, o pedidos de habilitação formulados às ff. 1516, 1624, 1832, 1835, 1855, 1936, 2072, 2254, 2360, 2618, 4039, 4573, 4584 e 4881, bem como o volume em apenso.

Antes de se adentrar à análise das habilitações, cabe afirmar que resta impossibilitado o acatamento

do pedido de expedição de precatório, tal como formulado às ff. 1624/1633, posto que dependeria, fundamentalmente, da apresentação de título de domínio individualizado para cada um dos expropriados indicados na petição inicial.

Pertencendo a área em referência ao domínio comum e não apenas aos membros da família Abreu indicados na inicial, indispensável seria, primeiramente, delimitar a parcela relativa a cada um dos possuidores originários. Caso contrário, não se poderia determinar ao Estado de Minas Gerais o pagamento da indenização correspondente que, por óbvio, é proporcional à área expropriada.

Contudo, nos presentes autos, relativamente à área “Diversos em Comum - 2º perímetro”, não foi especificada, mediante prova documental apta para tal finalidade, quais as parcelas da área global pertencentes a José Manoel de Abreu, José Manoel de Abreu Júnior e Manoel José de Abreu, nem tampouco delimitadas suas respectivas metragens.

Vejamos a documentação apresentada pelos membros da família Abreu.

À f. 1726 encontra-se cópia do Registro 1195, Livro 3-E, f.439 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, relativo a “sexta parte da Cachoeira do Ferruxo [...]”, adquirida, dentre outros, por João José de Abreu em 18.08.1894.

Existe, ainda, o Registro nº 15773, Livro 3-D, f.421 do 1º Ofício de Imóveis de Belo (f.1727), que diz respeito a “2 alqueires de terras, em comum, havido por meiação por falecimento (sic) de Carolina Borges Ferruxo, na Cachoeira do Ferrugem”, adquiridos por José Manuel de Abreu.

Por fim, destaca-se o Registro nº 16115 (f.1728), Livro 3-E, f.16 do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, referente a “13 litros de terras de sementeira, de milho em campos, em comum, havidos por doação, feita pelo finado Estevam Borges Ferruxo, na Cachoeira do Ferruxo, adquiridos por Manuel José de Abreu.

Não há comprovação de que as áreas em destaque foram alcançadas pela desapropriação tratada na presente demanda. Ainda que assim não fosse, também não foi delimitada qual parcela de terrenos seria de propriedade de cada um dos expropriados indicados na inicial.

Como dito, o deferimento do pedido de indenização, com conseqüente determinação de expedição de precatório, dependeria da comprovação de que os títulos apresentados referem-se às áreas desapropriadas e, mais, deve haver detalhada delimitação da área correspondente para que o juízo possa determinar o *quantum* devido a cada interessado.

Nem um, nem outro requisito foi atendido pelos membros da Família Abreu.

Por tudo isso, conclui-se pela ilegitimidade de José Manoel de Abreu, José Manoel de Abreu Júnior e Manoel José de Abreu para formular pedido de recebimento de indenização, extensiva aos seus ditos sucessores, não podendo ser acolhido os pedidos de habilitação formulados nos presentes autos.

Importante registrar, ainda, que as certidões de óbito de José Manoel de Abreu (f.2717) e Manoel José de Abreu (f.2760), acusam que faleceram eles sem deixar bens a inventário.

3) Quitações já comprovadas

a) Ao interessado Benito José Savassi, que se habilitou no feito como sucessor de Artur José Savassi, nenhum valor é devido a título de indenização.

Consoante se verifica às ff. 5033 e seguintes, Artur Savassi era proprietário de terrenos desapropriados na presente demanda. Contudo, promoveu, oportunamente, liquidação de sentença e, nos idos de 1963, firmou seu procurador recibo de quitação relativo à importância que lhe era devida a título de indenização (f.5060).

Por essa razão, inequívoca a ausência de interesse processual do habilitado para os termos da presente liquidação de sentença, impondo-se sua exclusão do feito.

b) Nos termos dos documentos juntados às ff. 1553 e seguintes, nota-se que Haroldo Hermeto Corrêa da Costa recebeu uma quantia relativa à indenização pela desapropriação dos lotes 10 a 30, quarteirão 05, da Vila Rui Barbosa.

Deflui dos autos, precisamente à f.1555, o recibo de quitação por ele firmado e, como corolário lógico, não possui interesse processual em permanecer na demanda, razão pela qual sua exclusão é medida necessária.

É de se esclarecer, outrossim, que Haroldo Hermeto Corrêa da Costa adquiriu, mediante contrato de compra e venda firmado com o transmitente José Martins Freire, os lotes n.º 05 a 13 da quadra 12 (f.13). Contudo, a desapropriação, de acordo com o laudo pericial, não compreendeu a quadra 12. Conclui-se, portanto, que Haroldo Hermeto Corrêa da Costa não faz jus à habilitação, no que pertine à referida extensão territorial. Quanto à quadra 05, lotes 10 a 30, como visto, não tem direito ao recebimento de indenização porquanto já percebeu o que lhe era devido, exarando o respectivo recibo de quitação.

Por consequência, deve ser indeferido o pedido de habilitação de Walter Hermeto e RTC Construções LTDA (em apenso).

c) Mesmo raciocínio é dispensado ao interessado José Barulli. Isso porque, conforme se vê à f.1560 dos autos, foi realizado o pagamento da desapropriação promovida pelo Estado de Minas Gerais dos lotes situados na Vila Rui Barbosa. Tal assertiva é confirmada pelo recibo de quitação firmado pelo expropriado. Destarte, como destinatário da indenização, não mais subsiste motivo para sua permanência no feito sendo sua exclusão determinação certa.

Helena Barulli manifestou-se nos autos da Habilitação, informando ser inventariante dos lotes 01 a 10 da quadra 02 e lote 05 da quadra 03. Referidos lotes estão entre aqueles atingidos pela desapropriação, de acordo com o laudo pericial elaborado e, por consequência, faz jus à habilitação no processo.

Contudo, como visto, ante ao recebimento da indenização por seu antecessor, com o respectivo recibo de quitação, não mais lhe subsiste qualquer crédito passível de ser indenizado.

É de se registrar, também, que as empresas Expresso Santa Luzia Ltda e Expresso Luziense Ltda celebraram contrato de Cessão de Direito em Ação de Desapropriação, no qual adquiriram possíveis créditos oriundos da parcela dos juros moratórios e compensatórios que, por seu turno, foram cedidos pela viúva do desapropriado José Barulli. Contudo, o crédito indenizatório já foi pago, conforme asseverado, de acordo com o recibo de quitação firmado pelo expropriado, impondo-se a exclusão do feito de José Barulli e seus sucessores.

d) Da análise dos autos, infere-se, ainda, que outra interessada firmou recibo de quitação pela indenização recebida referente à desapropriação. Trata-se de Maria Amélia da Silva, cuja assinatura lançada à f.1559, comprova o pagamento da quantia relativa à indenização pelas áreas expropriadas. Posto isso, sua exclusão do feito é medida incontroversa.

Por essa razão, não tem direito à habilitação seu espólio, representado pela inventariante, Miriam Alves Drumond.

e) Por fim, assinala-se que Maria Amélia Ameno e seus filhos afirmaram um contrato de compra e venda com o Estado de Minas Gerais, lavrado no Cartório do 3º Ofício de Notas desta capital. Os interessados, outorgantes vendedores, eram senhores e possuidores de um terreno situado nesta cidade, constituído dos lotes números 1 a 17 da quadra 1, da Vila Rui Barbosa, terreno declarado como de utilidade pública, para fins de desapropriação. Consoante teor da Certidão juntada às ff. 1561/1562, o imóvel foi vendido pela importância de Cr\$85.000,00 (oitenta e cinco mil cruzeiros). Assim, o bem, objeto de desapropriação, foi comprado pelo Estado de Minas Gerais, razão pela qual os interessados, inclusive aqueles indicados na habilitação em apenso, devem ser excluídos da demanda porquanto, como visto, receberam, por ocasião da mencionada venda, todos os valores que lhe eram devidos por direito.

4) Outras habilitações pendentes de julgamento

a) Benevenuto Simões da Silva afirma à f.2315 que o título de domínio relativo à área cuja indenização correspondente é pleiteada encontra-se à f. 2246 dos autos.

Tal documento consiste no registro 16.227, Livro 3-E, f.28, do Cartório do 1º Ofício de Imóveis de Belo Horizonte, onde consta ter o Sr. Francisco Nogueira de Oliveira transmitido ao Sr. Venute Simões da Silva, o imóvel consiste em “uma pequena parte de terreno – que leva 25 litros de sementeira de milho, cultura e campo, no lugar denominado Cachoeira do Ferruge, em comum com mais herdeiros”

Além de não fazer referência expressa ao nome do interessado, não está atualizado, considerando que foi transcrito no idos de 1897.

Já na perícia inicial, considerada para fins de elaboração da sentença da Desapropriação, constata-se que não foram encontrados quaisquer lotes pertencentes a Benevenuto Simões da Silva (f.191). Não fosse isso, durante todo o curso da demanda, não foi trazido aos autos título de domínio que demonstrasse ter sido ele expropriado na presente demanda ou detentor de eventual direito creditório. Assim, deve o interessado ser excluído da lide, bem como indeferido os pedidos de habilitação formulado em seu nome e de seus sucessores.

b) À f.4693, Ângela Lommez de Souza pretende se habilitar no crédito de Ruth Lommez de Souza, que não é parte no feito, ficando desde já indeferido o pedido.

c) Deve ser negado o pedido de habilitação do interessado Sebastião Gabriche, visto que o lote do terreno nº 05 da quadra 06, de que se diz proprietário, não foi albergado pela desapropriação, para fins de utilidade pública, promovida pelo Estado de Minas, em estreita observância ao que foi elucidado pelo laudo pericial (f. 1459). Ainda que assim não fosse, tem-se que apenas formulou pedido de habilitação no feito (autos em apenso), quedando-se inerte quanto ao direito buscado, deixando de apresentar qualquer manifestação posterior. Por consequência, deve ser aplicada a norma do art. 267, II do CPC, extinguindo-se o feito.

d) Perfilhando o mesmo raciocínio empregado, indefiro o pedido de habilitação formulado por Antônio Olegário de Abreu e sua esposa Deolinda Joaquina de Abreu. Ademais, inexistente nos autos qualquer prova de domínio dos lotes abrangidos pela desapropriação em comento. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Recurso Extraordinário e decidir que” (...) deixou evidenciado nada ter êle que ver com êste processo, pois nada lhe pertence, na área desapropriada (...)”.

e) Da análise da cadeia dominal elaborada pela prova pericial, restou demonstrado que o interessado Domingos de Souza Novaes, adquiriu o lote 18, do quarteirão 01, conforme averbado no Livro 3-S, f.245 do Cartório do 1º Ofício de Belo Horizonte. Referida área foi abarcada pela desapropriação. Contudo, deve ser extinta a habilitação em apenso, nos termos do art. 267, II do CPC, tendo em vista que não houve manifestação da parte após o protocolo da peça inicial.

f) Deve ser extinta a habilitação proposta pelos interessados Virgílio Quintão e sua mulher Adelípa Hemétrio Quintão, tendo em vista que não acompanhada do respectivo título de domínio e considerando que desde o seu ingresso no feito, ocorrido em dezembro de 1953, não mais se manifestaram (art.267,II do CPC).

g) Em consonância com a certidão emitida pelo Cartório-2º Ofício de Notas – João Corrêa firmou contrato de compra e venda adquirido da Massa Falida de Silvio Lobo os lotes de terreno de números 11 e 12 do quarteirão 02 da Vila Ruy Barbosa. A extensão territorial foi atingida pela desapropriação, para fins de utilidade pública, promovida pelo Estado de Minas Gerais. Contudo, impõe-se extinguir a habilitação em apenso, nos termos do art.267, II do CPC, tendo em vista a inércia da parte interessada quanto ao direito pleiteado.

h) Por fim, deve ser extinta a habilitação apresentada por Antônio Carlos Lanna Drumond e Maria Helena Ferreira Drumond. Os lotes 07, 09 e uma área correspondente a 685,25m, remanescente dos lotes 05, 06 e 08, todos da quadra 03 da Vila Rui Barbosa, nos termos do item b da Escritura de Hipoteca para Garantia de Construção e Confissão de Dívidas, lavrado no 1º Ofício de Notas de Belo Horizonte, foram dados em garantia pelos interessados. É certo que o laudo pericial aponta como adquirente dos referidos bens o Sr. Manoel Torquato Jor no ano de 1953. Contudo, posteriormente, os lotes foram objeto de compra e venda, figurando como comprador Antônio Carlos Lanna Drumond. Contudo, por negligência da parte interessada, o processo permaneceu parado por mais de um ano, impondo-se sua extinção à luz do art. 267, II do CPC.

Conclusões e providências finais

Não se pode perder de vista que, ainda que exista decisão reconhecendo a qualquer dos expropriados a condição de detentor do domínio sobre determinados lotes, devem ser levadas em consideração as alterações posteriores da situação jurídica reconhecida à época, consoante já determinado pelos Tribunais superiores e nos termos do que dispõe o art. 34 do Decreto-Lei nº 3365/41:

Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com prazo de 10 dias, para conhecimento de terceiros

A sentença de primeiro grau (f. 348) asseverou que “o domínio do expropriada cessa tão somente como pagamento da indenização; enquanto esta não se concretiza, é de se reconhecer todos os direitos que lhe autorizam o título de domínio.” (grifou-se).

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 31846(f. 925), o Supremo Tribunal Federal, negando conhecimento à manifestação apresentada por Antônio Olegário de Abreu e sua mulher, asseverou que não tentaram eles, sequer, provar o domínio particular que acusaram a expropriação de ter ofendido.

Importante frisar, assim, que **a presente decisão não constitui, em absoluto, ofensa aos estritos limites da coisa julgada**, considerado que os tribunais superiores, reiteradamente, decidiram que apenas o depósito da importância relativa ao valor global da indenização não estaria condicionado à comprovação do domínio individual sobre as área atingidas.

Considerando que **o levantamento da importância relativa à indenização, por imposição legal e por determinação judicial, dependeria da apresentação, pelo interessado, do respectivo título, o que não ocorreu relativamente ao expropriado Guilherme Sirianni, deve ser julgado improcedente o pedido de recebimento da indenização. Quando aos ditos sucessores da família Abreu, tendo em vista a não apresentação de título de domínio individual relativo à área desapropriada, deve ser declarada sua ilegitimidade para se habilitar na presente demanda.**

FACE AO EXPOSTO,

5.1. Consideramos que Guilherme Sirianni, atualmente substituído por sua esposa, Geralda Augusta de Oliveira Siriani, não apresentou título de domínio que comprovasse a propriedade sobre a área expropriada, deve ser julgado improcedente o pedido de recebimento de indenização.

5.2. Ato contínuo, indefiro o pedido e habilitação formulado por Jorge Luiz de Andrade, tendo em vista que apesar de comprovadas as cessões de direito passadas a seu favor (ff. 5153/5162), conforme demonstrado, à cedente, Geralda Augusta de Oliveira Siriane, não é devida qualquer indenização. Por consequência, desaparece a legitimidade cessionário, que deve ser excluído da demanda.

5.3. Indefiro as habilitações de ff.1516, 1624, 1832, 1835, 1855, 1936, 2072, 2254, 2360, 2618, 4039, 4573, 4584 e 4881, bem como habilitação em apenso, todas relativas aos membros da família Abreu, tendo em vista que não houve comprovação de que as áreas indicadas foram atingidas pela desapropriação, nem tampouco foi indicada qual a área pertencente a cada um dos expropriados indicados na peça de ingresso, individualmente considerados.

5.4. Determino seja excluído do feito Benito José Savassi, habilitado com o intuito de receber indenização pelas áreas expropriadas pertencentes a Arthur Savassi, que já havia passado recibo de quitação.

5.5. Mediante constatação de que Haroldo Hermeto Corrêa da Costa, firmou recibo de quitação relativo à indenização pela parcela da área expropriada que lhe pertencia, indefiro as habilitações apresentadas por Walter Hermeto e RTC Construções LTDA.

5.6. Pela mesma razão, não é devida qualquer indenização a José Barulli, ficando indeferido os pedidos de habilitação formulados por Helena Barulli e Expresso Santa Luzia Ltda e Expresso Luziense Ltda.

5.7. Considerando, ainda, o recibo de quitação firmado por Maria Amélia da Silva, nega-se acolhimento ao pedido de habilitação formulado pelo Maria Amélia da Silva, representado pela inventariante, Miriam Alves Drumond.

5.8. Quanto à Maria Amélia Ameno, constatou-se alteração na titularidade da área que lhe pertencia e que foi atingida pela desapropriação, não lhe sendo devida, ou a seus sucessores, qualquer indenização.

5.9. Indefiro o pedido de habilitação formulado pelos sucessores de Bevenuto Simões da Silva, porquanto não foi apresentado título de domínio apto a justificar o pagamento da pretendida indenização.

5.10. Não tendo sido reconhecido crédito relativo a Ruth Lommez de Souza, indefiro a habilitação apresentada por Ângela Lommez de Souza.

5.11. Extingo, nos termos do art. 267, II do Código de Processo Civil as habilitações propostas

por Sebastião Gabriche, Antônio Olegário de Abreu e sua esposa Deolinda Joaquina de Abreu, Domingos de Souza Novaes, Virgílio Quintão e sua mulher Adelipia Hemétrio Quintão, João Corrêa e Antônio Carlos Lanna Drumond e Maria Helena Ferreira Drumond.

5.12. Considerando que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais determinou o cancelamento da perícia designada à f. 4775/4779, fica desde já autorizado ao Estado de Minas Gerais, o levantamento da importância especificada à f. 5081.

I.

Belo Horizonte, 02 de agosto de 2005.

JUIZ EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA

5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias

JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

A CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS PARA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZA A CERTEZA DA EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS DE DIREITO MATERIAL

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DE REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. DISTINÇÃO ENTRE A RELAÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL (PRESSUPOSTO PARA AJUIZAR A EXECUÇÃO) E A RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL (PRESSUPOSTO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA). ELISÃO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. - 1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN. - 2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei 6.830/80, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária. - 3. Havendo, em sede de embargos à execução, conclusão pela ausência dos pressupostos configuradores da responsabilidade tributária, afasta-se a presunção *juris tantum* de legitimidade da CDA. - 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 1ª T., RESP Nº 623.926 – RS (2003/0222621-4), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 11-10-04)

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

EMBARGOS INFRINGENTES - EXECUÇÃO FISCAL - PARCELAMENTO DA DÍVIDA NOS AUTOS DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA - AÇÃO AINDA NÃO JULGADA - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - JULGAMENTO MAJORITÁRIO MANTIDO. 1 - Vislumbrando a possibilidade jurídica de que, no seio da ação de consignação em pagamento, permita-se discutir a constituição da dívida, enquanto não julgada procedente e transitada em julgado a sentença, com a declaração de inexistência da dívida ou a sua quitação, o crédito tributário perante a Fazenda Pública permanece, demonstrando-se adequada, então, a determinação de suspensão da execução da dívida tributária, até o julgamento final da ação consignatória proposta pela devedora/embargante. 2 - Embargos infringentes rejeitados. (TJMG, 6ª CÂM., EINFR (C. CÍVEIS) Nº 1.0000.00.345850-2/001 EM AP 1.0000.00.345850-2/000, REL. DES. BATISTA FRANCO, DJMG 03-12-04)

AÇÃO RESCISÓRIA – COISA JULGADA POR CAPÍTULOS – DESCABIMENTO

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. COISA JULGADA POR CAPÍTULOS. DESCABIMENTO. EXCEÇÃO A RECURSO INTEMPESTIVAMENTE AJUIZADO. ARTIGOS 495 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. MATÉRIA DE MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. - 1. Não se admite a coisa julgada por capítulos, uma vez que tal exegese pode resultar em grande conturbação processual, na medida em que se torna possível haver uma numerosa e indeterminável quantidade de coisas julgadas em um mesmo feito, mas em momentos completamente distintos e em relação a cada parte. - 2. O trânsito em julgado ensejador do pleito rescisório não se aperfeiçoa em momentos diversos (por capítulos), sendo único para todas as partes, independentemente de haverem elas recorrido ou não. Assim, o interregno autorizativo da ação rescisória (art. 495 do CPC) somente deve ter início após proferida a última decisão na causa, concretizando-se a coisa julgada material. - 3. Excepciona-se dessa regra, tão-somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre. - 4. Na espécie, a situação posta é de notória intempestividade da apelação manejada no processo que gerou a decisão rescindenda. Por essa razão, excepcionalmente, ao término do prazo destinado àquele recurso, localizou-se o termo inicial para a pretensão rescisória, que, por sua vez, também foi serodidamente ajuizada, consoante assinalado no acórdão recorrido. - 5. Não se caracteriza lesão ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão impugnado registra fundamentos suficientes ao deslinde da causa. - 6. Não afastada preliminar acolhida pelo aresto recorrido, resta prejudicado o exame da questão de mérito apresentada em recurso especial. - 7. Precedentes: REsp 415.586/DF, DJ 09/12/2002; REsp 245.175/RS, DJ 23/06/2003; REsp 404.777/DF, DJ 09/06/2003; REsp 441.252/CE, DJ

09/06/2003. - 8. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa, desprovido. (STJ, RESP Nº 611.506 – SC (2003/0215387-1), REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 27-09-04)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE CERTIDÃO – NÃO CONHECIMENTO

Agravo de instrumento. Interposição simultânea de recurso especial e extraordinário. Inadmissão de ambos. Ausência de certidão de interposição do agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário. Não-conhecimento do agravo. (STJ, AINº 498.862 – MG (2003/0002746-0), REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, DJ 15-09-04)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE PREPARO – NÃO PROVIMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS NÃO RECEBIDOS - AUSÊNCIA DE PREPARO - SEM ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - RECURSO DESPROVIDO. “O agravante não fez pedido de assistência judiciária gratuita ao Juiz, junto aos seus embargos, logo deveria ter feito o preparo prévio, como dispõem os artigos 19 e 257 do CPC”. (TJMG, 3ª CÂM., AG Nº 1.0079.03.113790-8/001, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, JULG 28-10-04)

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR TRIBUNAL “A QUO” – ERRO GROSSEIRO – NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO DO PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE - NÃO PROCESSAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO A TRIBUNAIS SUPERIORES CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO POR TRIBUNAL “A QUO” - AUSÊNCIA DE RECURSO EXCEPCIONAL. Constitui erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento, em vez de recurso especial e extraordinário, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal “a quo”. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, CORTE SUPERIOR, AGRG Nº 1.0000.00.335895-9/003 NA AP Nº 1.0000.00.335895-9/000, REL. DES. KILDARE CARVALHO, DJMG 06-08-04)

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO 1º VICE-PRESIDENTE DO TJMG – NÃO CABIMENTO

AGRAVO - DECISÃO PROFERIDA PELO PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE EM MEDIDA CAUTELAR - NÃO CONHECIMENTO. Decisão proferida pelo Primeiro Vice-Presidente do TJMG, afeta à sua competência para apreciação de recursos aos tribunais superiores, não está sujeita a agravo regimental, não previsto em lei processual, por ausência de previsão no Regimento Interno do Tribunal de norma específica que autorize e regulamente o manejo do agravo em relevo. (TJMG, CORTE SUPERIOR, AGRG Nº 1.0000.03.403515-4/001 NA MEDIDA CAUTELAR INC 1.0000.03.403515-4/000, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 08-10-04)

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE INDEFERE LIMINAR – DESCABIMENTO

AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO DO RELATOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE INDEFERE LIMINAR - AUSÊNCIA DE PREVISÃO REGIMENTAL - RECURSO NÃO CABÍVEL. Não havendo previsão no Regimento Interno do Tribunal, não pode ser conhecido o agravo regimental manejado contra decisão do relator de agravo de instrumento que indefere liminar. (TJMG, 4ª CÂM., AGRG Nº 1.0518.01.007260-2/002 (NO AG Nº 1.0518.01.007260-2.001), REL. DES. AUDEBERT DELAGE, DJMG 16-02-05)

AUTARQUIA MUNICIPAL – REMUNERAÇÃO ATRAVÉS DE TARIFA – INEXISTÊNCIA DE IMUNIDADE RECÍPROCA

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - AUTARQUIA MUNICIPAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO - REMUNERAÇÃO ATRAVÉS DE TARIFA - IMUNIDADE RECÍPROCA - INEXISTÊNCIA - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 150, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “A parte passiva no mandado de segurança é a pessoa pública interessada, que contesta o pedido e representa a autoridade coatora.” A cobrança de tarifa decorrente da prestação de serviço de tratamento e distribuição de água e esgoto impede o reconhecimento da imunidade recíproca, tendo em vista o disposto no art. 150, §3º, da CF. As normas que garantem benefícios em matéria fiscal devem ser interpretadas restritivamente, vez que retiram direitos da Autoridade Tributária. “Não se presume o intuito de abrir mão de direitos inerentes à autoridade suprema. A outorga deve ser feita em termos claros, irretorquíveis; ficar provada até à evidência, e se não estender além das hipóteses

figuradas no texto; jamais será inferida de fatos que não indiquem irresistivelmente a existência da concessão ou de um contrato que a envolva.” (TJMG, 1ª CÂM., AP Nº 1.0456.02.013766-1/001, REL. DES. GOUVÊA RIOS, DJMG 18-02-05)

AUTODENÚNCIA – EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO INDEPENDENTEMENTE DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE – TAXA SELIC – LEGALIDADE

AUTODENÚNCIA. RECONHECIMENTO DE DÉBITO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. Se o próprio contribuinte informa à Fazenda Pública a existência de obrigação tributária, despidiendas se fazem outras providências fiscais, porque a autoridade fiscal já terá em suas mãos todos os dados relativos à ocorrência do fato jurídico tributário e à identificação do sujeito passivo. Neste caso, o crédito tributário é exigível independentemente de notificação prévia para impugnar o crédito ou de procedimento administrativo, mesmo porque o contribuinte já estava ciente, previamente, da obrigação que espontaneamente declarou. Precedentes dos Tribunais Superiores. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC A TÍTULO DE JUROS. O parágrafo 1º do art. 161, do Código Tributário Nacional, determina que, “se a lei não dispuser de modo diverso”, os juros de mora serão calculados à taxa de 1% ao mês. Ocorre que a Lei Federal nº 9065/1995 expressamente determinou a incidência da Taxa SELIC a título de juros pelo não pagamento do crédito tributário pago no respectivo vencimento, o que foi também adotado pela Lei Mineira (art. 226, parágrafo único, da Lei nº 6763/1975). Acrescente-se que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Seção e pelas Turmas que a compõem, já consolidou o entendimento de que, a partir de janeiro de 1996, a repetição de indébito ou a compensação tributária será acrescida de juros equivalentes à SELIC, o que torna injustificável que este critério não seja também observado no pagamento do crédito tributário após o vencimento, em respeito ao princípio da isonomia. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0647.02.021117-1/001, REL. DES. BRANDÃO TEIXEIRA, DJMG 18-02-05)

AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS NEGADA PARA COMPELIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO – DESVIO DE PODER

TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 547 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NORMA LOCAL. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. - 1. O Poder Público atua com desvio de poder negando ao comerciante em débito de tributos a autorização para impressão de documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades. Artigo 170, parágrafo único da Carta Magna. - 2. *Ratio essendi* das Súmulas 70, 323 e 547 do E. STF e 127 do STJ no sentido de que a Fazenda Pública deve cobrar os seus créditos através de execução fiscal, sem impedir direta ou indiretamente a atividade profissional do contribuinte. - 3. É defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz. - 4. Ressalva do entendimento do relator para acompanhar o entendimento da 1ª Turma e não conhecer do recurso por esbarrar em análise de matéria constitucional e em norma local. - 5. Recurso especial não conhecido. (STJ, 1ª T., RESP Nº 633.675 – RS (2004/0030571-5), REL. DES. MIN. LUIZ FUX, DJ 30-08-04)

BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – RESTITUIÇÃO DE VALORES – IMPOSSIBILIDADE

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento manifestado contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, versando sobre matéria relativa à substituição tributária. - Sustenta a Agravante, nas razões do apelo extremo, violação do art. 10 da Lei Complementar n. 87/1996. E, para corroborar a pretensão recursal, aduz o seguinte: “1ª) O acórdão recorrido contrariou o art. 10 da Lei Complementar de nº 87/96, em sua ratio, pois vedou a restituição dos valores pagos a título de substituição tributária, quando o valor da operação de venda a consumidor final for inferior ao arbitrado pelo fabricante na operação de saída de seu estabelecimento” – destaques do original (fl. 55). - A postulação não reúne condições de êxito. Como bem salientou o despacho agravado, o v. acórdão recorrido se firmou em fundamentos de índole preponderantemente constitucional, de modo que cabia à parte, ora agravante, interpor recurso extraordinário com o fito de não deixar transitar em julgado as questões levantadas. - Aplicável, pois, à hipótese o enunciado da Súmula n. 126 do STJ, assim expressa: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a

parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. - De outra parte, resta prejudicado o recurso no que tange à alínea “c” do permissivo constitucional, visto que não foram atendidos os requisitos indispensáveis para a comprovação da divergência pretoriana suscitada, conforme prescrições do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255, § 2º, do RISTJ. - Ainda que superados esses óbices, é oportuno acentuar, quanto ao tema meritório, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN n. 1.851-AL, entendeu não ser restituível a diferença entre o imposto pago sobre a base de cálculo presumida e aquele que seria devido na hipótese de realização da venda por preço inferior. Definindo o fato gerador presumido como definitivo, e não provisório, o STF considerou que somente é possível a restituição ou complementação do imposto pago nos casos de não-realização da venda presumida. - Diante da nova diretriz uniformizadora exarada pelo Pretório Excelso, foi revista a anterior compreensão da Primeira Seção deste Tribunal sobre a matéria, conforme exemplifica o julgado abaixo: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PAGAMENTO ANTECIPADO FEITO “A MAIOR”. - 1. Esta Corte, em diversos precedentes, vinha reconhecendo o direito do substituto tributário ao creditamento do valor pago ‘a maior’, antes da ocorrência do fato gerador. - 2. Mudança de entendimento a partir do julgamento da ADIN 1.851/AL, pelo STF que, ao interpretar o § 7º do art. 150 da CF/88, reconheceu só possível a compensação do ICMS, pelo substituído, na hipótese de não-realização do fato gerador. - 3. Entendimento que se estende ao art. 10 da LC 87/96” (REsp nº 436.019-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 10.3.2003). - No mesmo sentido: REsp n. 442.788-MG, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 24.3.2003; EDcl nos ROMS n. 13.915-MG, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 24.2.2003; REsp n. 237.437-SP, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 4.5.2004. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. (STJ, AINº 437.991 – MG (2003/0012141-4), REL. MIN JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 08-09-04)

BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO – CREDITAMENTO – IMPOSSIBILIDADE

DESPACHO: Agravo de instrumento de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário contra acórdão que tem a seguinte ementa: “TRIBUTOS - ICMS - Mandado de Segurança - Pretendido creditamento - Aquisição de bens para uso e consumo - Período posterior à Lei Complementar 87/96 - Sentença denegatória - O mandado de segurança não substitui a declaratória, uma vez que não comporta efeitos patrimoniais pretéritos e seu provimento se restringe a uma ordem a ser cumprida por uma autoridade determinada. Contudo, como já foi denegado pelo mérito, a economia processual torna recomendável integral reexame nesta oportunidade - O adquirente dos bens destinados ao uso e consumo é seu consumidor final, não tendo assim direito ao creditamento, pois o princípio da não-cumulatividade só se aplica quando pressuposta operação sucessiva - A Lei Complementar 87/96 não é interpretativa, quando institui o direito ao abatimento do tributo pago na aquisição para o ativo fixo e para o uso e consumo, vedada sua aplicação retroativa, aliás expressamente no seu art. 30, incisos I e III - Negado provimento ao recurso.” A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviço de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração, no ativo fixo, do seu próprio estabelecimento (v.g., AI 381.634-AgRg, 2ª T, Maurício Corrêa, DJ 02/05/03; AI 402.173-AgRg, Nelson Jobim, DJ 06/12/2002; RE 361.622-AgRg, Ellen Gracie, DJ 09/05/03). O acórdão recorrido não divergiu dessa questão. Nego provimento ao agravo. (STF, AI Nº 414.622-2, REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, JULG 30-09-04)

CABE AO JUIZ VERIFICAR A NECESSIDADE DAS PROVAS REQUERIDAS

PROVA - OPORTUNIDADE E NECESSIDADE - SUA AVERIGUAÇÃO A CARGO DO JUIZ - INDEFERIMENTO DAS REPUTADAS INÚTEIS OU PROTELATÓRIAS. Por ser o juiz o destinatário da prova, a ele cabe averiguar acerca da oportunidade e necessidade de sua realização, devendo indeferir as que reputar desnecessárias ou procrastinatórias, a teor do art. 130 do Estatuto Instrumentário Civil. Assim, se a parte que a requereu não justificou a oportunidade e utilidade de sua produção (dela, prova), deve ser prestigiada a decisão que a tiver indeferido. (TJMG, 4ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0702.99.051562-0/001, REL. DES. HYPARCO IMMESI, DJMG 23-11-04)

CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES – DESNECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DE FRAUDE

Inscrição no Cadastro de Contribuintes. Cancelamento. Informações não condizentes com a realidade da empresa. Índícios de fraude. Necessidade de prova, não condizente com o mandado de segurança. O cancelamento da inscrição no Cadastro de Contribuintes, devidamente fundamentada e fundada em um dos itens permitidos, pode ser imediata, oferecendo-se, posteriormente, oportunidade de defesa e

justificação, já que a inscrição, tanto para ser deferida, como para ser mantida, tem o objetivo primeiro de assegurar a incolumidade do Fisco. (...) Na verdade, o cancelamento da inscrição não se deu com comprovação de qualquer fraude, mas esta, data venia, não é necessária à prática da referida vedação, pois, o que se procura, quando o Fisco age nos seus interesses, é a verificação de veracidade ou falsidade dos elementos que foram indicados para a obtenção do benefício. Neste caso, havendo desencontro entre o que se informa e o que, na realidade, se pratica na atividade comercial, assim como se negaria a inscrição, a mesma pode ser cassada, e cassada sem maiores formalidades, quando claros são os elementos que possam induzir burla de responsabilidade fiscal. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0245.03.024175-7/001, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 08-10-04)

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – DIVERGÊNCIA QUANTO À ORIGEM DO DÉBITO – AUSÊNCIA DE TÍTULO LÍQUIDO E CERTO

TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DIVERGÊNCIA QUANTO À ORIGEM DO DÉBITO EXECUTADO - RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DE AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. NULIDADE DA EXECUÇÃO. Havendo, na certidão de dívida ativa, divergência quanto à origem do débito, perde o título os atributos da liquidez e certeza, nos termos do art. 202 e 203 do CTN. É de se declarar, de ofício, a nulidade “ex radice” da execução fiscal, quando verificada a ausência de título hábil a embasá-la. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.670769-5/001, REL. DES. HYPARCO IMMESI, DJMG 05-11-04)

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – EXCLUSÃO DE PARCELA – LIQUIDEZ NÃO PREJUDICADA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. LIQUIDEZ. EXCLUSÃO DE PARCELA REFERENTE AO IPTU. - 1. Admite-se certa dose de discricionariedade do julgador na fixação da verba honorária em face das peculiaridades do caso concreto. - 2. A Lei nº 10.565/89 concede isenção apenas em relação ao IPTU, e não às taxas. Afastada a quantia referente ao IPTU, remanescem os demais valores, bastando simples cálculo aritmético para se apurar o valor da Certidão de Dívida Ativa. - 3. Recurso especial improvido. (STJ, 2ª T., RESP Nº 59.294 – SP (1995/0002599-0), REL. MIN. CASTRO MEIRA, JULG 20-04-04)

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – NÃO DISCRIMINAÇÃO DO VALOR DE CADA TRIBUTO COBRADO – NULIDADE

Execução Fiscal. Embargos do devedor. Certidão da Dívida Ativa. Iliquidez. Nulidade. Caracterização. O juiz conhecerá, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria pertinente aos pressupostos processuais e às condições da ação. A CDA em que não se discrimina o valor de cada um dos tributos cobrados não constitui título executivo. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.985434-4/001, REL. DES. MANUEL SARAMAGO, DJMG 23-11-04)

NO MESMO SENTIDO: (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.727434-9/001, REL. DES. MANUEL SARAMAGO, DJMG 23-12-04)

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ

Julgamento antecipado da lide - art. 330, I c/c 130, in fine, do CPC - Cerceamento de defesa inexistente - Presunção de liquidez e certeza da dívida - Confissão do débito fiscal - Presença das condições de ação - Preliminares rejeitadas - Valores da multa de mora e juros em adequação à legislação de regência - Recurso Improvido. (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0672.03.105514-4/001, REL. DES. CLÁUDIO COSTA, DJMG 09-11-04)

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO LEGAL DE CERTEZA E LIQUIDEZ – CABE À EMBARGANTE A COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RECURSO - FAZENDA PÚBLICA - PRAZO – INTEMPESTIVIDADE - TÍTULO EXECUTIVO - PRESUNÇÃO LEGAL DE CERTEZA E LIQUIDEZ - EMBARGANTE - COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO. Se entre a data da intimação pessoal e a da interposição do recurso pela Fazenda Pública medeia prazo superior a trinta dias, o recurso é intempestivo, não oferecendo condição de ser admitido a processamento. Aparelhada a execução fiscal com título que goza de presunção legal de certeza e liquidez, nos termos dos artigos 204 do Código Tributário Nacional, e 3º da Lei nº 6830/1980, cabe à embargante a comprovação dos fatos

constitutivos de seu direito. Aplicação, ademais, da regra do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. (TJMG, 1ª CÂM., AP Nº 1.0079.00.025497-3/001, REL. DES. GOUVÊA RIOS, JULG 26-10-04)

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – DÉBITO DECLARADO PELO CONTRIBUINTE – EXPEDIÇÃO INDEVIDA

TRIBUTÁRIO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO (CND). RECUSA DO FISCO NA EXPEDIÇÃO. CRÉDITO CONSTANTE EM DECLARAÇÃO DO SIMPLES. CONSTITUIÇÃO DO DÉBITO. - 1. A declaração simplificada a que estão sujeitas as empresas optantes pelo regime do SIMPLES, prevista no art. 7º da Lei 9.317/96, constitui confissão de dívida em relação aos débitos declarados, nos termos do art. 5º, § 1º, do DL 2.124/84, sendo, como tal, instrumento suficiente à exigência do tributo. - 2. O reconhecimento do débito tributário pelo contribuinte, mediante a declaração, com a indicação precisa do sujeito passivo e a quantificação do montante devido, equivale ao próprio lançamento, restando o Fisco autorizado a proceder à inscrição do respectivo crédito em dívida ativa. Assim, não pago o débito no vencimento, ou pago a menor, torna-se imediatamente exigível, independentemente de qualquer procedimento administrativo ou de notificação ao contribuinte, sendo indevida a expedição de certidão negativa de sua existência. - 3. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ, 1ª T., RESP 600769 – PR (2003/0187929-2), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 27-09-04)

COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO ESTADUAL DECORRENTE DE PRECATÓRIO JUDICIAL PENDENTE – POSSIBILIDADE

CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO DO ESTADO DECORRENTE DE PRECATÓRIO. C.F., ART. 100, ART. 78, ADCT, INTRODUZIDO PELA EC 30, DE 2002. – I. – Constitucionalidade da Lei 1.142, de 2002, do Estado de Rondônia, que autoriza a compensação de crédito tributário com débito da Fazenda do Estado, decorrente de precatório judicial pendente de pagamento, no limite das parcelas vencidas a que se refere o art. 78, ADCT/CF, introduzido pela EC 30, de 2000. – II. – ADI julgada improcedente. (STF, ADI 2851-1 – RO, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, DJ 03-12-04)

COMPENSAÇÃO – TRIBUTOS DIFERENTES

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO ENTRE TRIBUTOS DIFERENTES. - 1. No regime da Lei 9.430/96, a compensação dependia de requerimento à autoridade fazendária, que, após a análise de cada caso, efetuaria ou não o encontro de débitos e créditos. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. - 2. À época da propositura da demanda (2000), não havia autorização legal para a realização da compensação pelo próprio contribuinte, sendo indispensável o seu requerimento à Secretaria da Receita Federal, razão pela qual o pedido veiculado na inicial não poderia, com base no direito então vigente, ser atendido, o que não impede que a compensação seja realizada nos termos atualmente admitidos, desde que presentes os requisitos próprios. - 3. Recurso especial provido. (STJ, 1ª T., RESP Nº 529.747 / SC, REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 01-07-04)

CONSTRICÃO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE – CONTROLE DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO – IMPOSSIBILIDADE

APELAÇÃO CÍVEL - ATO JUDICIAL COMPLEXO - INVALIDAÇÃO DE PENHORA E EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EMBARGOS - DÚVIDA RAZOÁVEL, DIANTE DA ESPECIFICIDADE DO CASO CONCRETO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Diante de dúvida objetiva, autoriza-se que o recurso interposto, que pode não ser considerado o certo, seja tomado como o cabível, desde que não caracterizada má-fé ou erro grosseiro, de modo a não prejudicar a parte que o interpõe. Não se mostra razoável a invalidação da penhora efetivada, sem que se esclareça o atual domínio pleno sobre o bem alienado fiduciariamente. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0210.97.002459-7/001, REL. DES. EDILSON FERNANDES, DJMG 26-11-04)

COOPERATIVAS – ANISTIA DE MULTA E JUROS MORATÓRIOS CONDICIONADA AO PARCELAMENTO DO DÉBITO

Mandado de Segurança - Inexistência da comprovação do direito líquido e certo - Cooperativa - Anistia de multa e juros moratórios - Não cumprimento dos requisitos do artigo 4º, § único da Lei Estadual nº 12.989/98 e do artigo 5º do Decreto nº 41.418/2000 - Interpretação da lei - Não concessão do benefício. Para que o mandado de segurança se torne instrumento idôneo a amparar a pretensão deduzida, é mister que a liquidez e a certeza do direito vindicado sejam comprovados de plano na inicial. Não comprovados os pressupostos legais, deve-se denegar a ordem. As partes da norma legal devem ser interpretadas de acordo com o seu todo. Não se pode dissociá-los sob pena de burlar a vontade do legislador. A concessão da anistia de multa e juros moratórios às Cooperativas, é condicionada ao parcelamento do débito fiscal, seja pelo pagamento à vista ou à parcela prevista. Esta é a interpretação que melhor se adequa à norma do artigo 4º e seu parágrafo único da Lei 12.989/98 e do artigo 5º do Decreto Estadual nº 41.418/2000. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0470.01.003680-9/001, REL. DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 23-12-04)

CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONTENCIOSO – IMPOSSIBILIDADE DE RECURSOS – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Apelação. Embargos à execução fiscal - ICMS - Crédito Tributário não contencioso - Inexistência de cerceamento de defesa - Taxa SELIC - Legalidade - Precedentes do STJ - Incidência de juros moratórios sobre a multa - Possibilidade. - Não constitui cerceamento de defesa a impossibilidade de recursos contra o auto de infração, quando o crédito tributário é de natureza não contenciosa, visto que a declaração é feita pelo próprio contribuinte. - O STJ já pacificou entendimento quanto à legalidade da Taxa Selic, a qual contabiliza correção monetária e juros moratórios. - Os juros incidem sobre principal e outros acréscimos, sendo perfeitamente possível a incidência de juros moratórios sobre a multa. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0672.02.093279-0/001, REL. DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 25-02-05)

CRÉDITOS ESCRITURAIS EXCEDENTES – CORREÇÃO MONETÁRIA – IMPOSSIBILIDADE

DECISÃO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar a questão suscitada na presente causa, firmou entendimento no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito de corrigir, monetariamente, os créditos escriturais excedentes. Essa orientação jurisprudencial - confirmada em sucessivos julgamentos sobre a matéria ora em exame (AI 233.257/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 195.902/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 206.833/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 213.583/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - RE 217.931/SP, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - RE 235.495-AgR/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 269.238/MG, Rel. Min. NELSON JOBIM, v.g.) - apóia-se no entendimento de que “o aproveitamento de créditos extemporâneos ou acumulados de ICMS deve ser feito sem correção monetária, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade” (AI 195.278/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei): “TRIBUTÁRIO. ICMS. CORREÇÃO DE CRÉDITOS ESCRITURADOS. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE E DA ISONOMIA. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firme no sentido de que não têm os contribuintes do ICMS o direito de corrigir monetariamente os créditos escriturais excedentes (AGRAG 181.138, Rel. Min. Moreira Alves e RE 195.643). Recurso conhecido e provido.” (RE 226.287/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - grifei) “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ICMS - SALDO ESCRITURAL - CORREÇÃO MONETÁRIA PRETENDIDA PELO CONTRIBUINTE - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não reconhecer, ao contribuinte do ICMS, o direito à correção monetária dos créditos escriturais excedentes, enfatizando, ainda, que essa recusa não configura hipótese caracterizadora de ofensa aos postulados constitucionais da não-cumulatividade e da isonomia. Precedentes.” (RE 231.195-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora questionado diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, na análise da matéria em referência. Sendo assim, pelas razões expostas, conheço e dou provimento a este recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º-A), para julgar improcedente a ação anulatória ajuizada pela parte ora recorrida, invertidos os ônus da sucumbência. (STF, RE Nº 417.453, MIN. REL. CELSO DE MELLO, DJ 13-12-04)

CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVEM SER SUPOSTADOS PELA PARTE QUE DEU CAUSA À EXTINÇÃO DO PROCESSO – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE

EXECUÇÃO FISCAL - PAGAMENTO PARCELADO DO DÉBITO - SUSPENSÃO - POSTERIOR QUITAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO -

INADMISSIBILIDADE. Uma vez ocorrida a citação válida do sujeito passivo da obrigação tributária, a quitação do débito pelo valor constante do título exequendo (CDA) não acarreta a extinção do processo nos moldes do art. 794, I do CPC, enquanto o devedor não pagar as custas processuais e os honorários advocatícios. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0713.01.001036-9/001, REL. DES. EDILSON FERNANDES, DJMG 26-11-04)

DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA ÓRGÃO JURISDICIONAL DIVERSO – DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – IMPOSSIBILIDADE

Apelação cível. Ação declaratória cumulada com restituição de custas processuais. Declinação da competência para outro órgão jurisdicional. Improcedência. Apelação. Aplicação do Art. 29, da Lei nº 12.427/96. Impossibilidade de devolução das custas processuais. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.751183-1/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 25-11-04)

DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO SEGUIDA DO PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO DEVIDO – INCIDÊNCIA DE MULTA MORATÓRIA

DIREITO TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. REQUISITOS PARA A EXCLUSÃO DA PUNIBILIDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONTENCIOSO. INEXIGIBILIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. ERRO MATERIAL. VALIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA VIA EMBARGOS. INADMISSIBILIDADE. Pela exegese do art. 138, do Código Tributário Nacional, a exclusão da multa moratória somente ocorre com a denúncia espontânea efetuada concomitantemente ao pagamento integral do tributo devido, acrescidos os juros de mora e a correção monetária. O pagamento do tributo, no ato da denúncia espontânea, constitui “conditio sine qua non” para a fruição do benefício. O parágrafo único, do art. 138, do Código Tributário Nacional, exige que a denúncia espontânea seja acompanhada do pagamento integral do tributo devido, sendo que tal procedimento deve ser efetuado anteriormente a qualquer medida fiscalizatória administrativa ou procedimento administrativo relacionado à infração tributária. Ainda que haja posteriormente o pagamento integral do tributo, ocorrendo algum ato administrativo relacionado àquela infração tributária entre a data da denúncia e a do efetivo pagamento, descaracteriza-se a denúncia espontânea. Vários são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser dispensável o procedimento administrativo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação e, principalmente, quando se tratar de crédito tributário não contencioso. A declaração de nulidade da Certidão de Dívida Ativa somente procede quando há omissão ou erro essencial que prejudique a defesa por meio dos embargos do devedor. O erro material que não compromete a defesa do contribuinte não enseja a declaração de nulidade do título executivo. Tendo o contribuinte efetuado pagamento de tributo não devido, deve o mesmo adotar o procedimento adequado ao seu intento de reavê-lo. No entanto, os embargos à execução fiscal não se configuram como meio idôneo para tal finalidade, tendo em vista que o art. 16, § 3.º, da Lei Federal nº 6.830/1980, determina expressamente que, dentre as matérias alegáveis nos embargos, é vedada a compensação tributária neste tipo de ação. (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0079.02.012417-2/001, REL.ª DES.ª MARIA ELZA, DJMG 29-10-04)

DENÚNCIA ESPONTÂNEA – PARCELAMENTO – MULTA MORATÓRIA DEVIDA

DECISÃO: TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PARCELAMENTO DO DÉBITO - ART. 138 DO CTN - MULTA MORATÓRIA DEVIDA - SÚMULA 208/TFR – JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. - Trata-se de recurso especial interposto com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional contra acórdão que considerou indevida a multa moratória em caso de parcelamento do tributo, considerando ter havido denúncia espontânea. - Sustenta o recorrente violação aos arts. 138 e 161 do CTN, reafirmando ter o direito ao benefício da denúncia espontânea. - DECIDO: Prequestionada a tese em torno do art. 138 do CTN, verifico que a jurisprudência desta Corte vinha se posicionando no sentido de afastar a multa moratória em hipóteses semelhantes à presente, conforme demonstram os arestos a seguir transcritos: TRIBUTÁRIO. DÉBITOS. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA. INEXIGIBILIDADE. ART. 138 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. - Na hipótese de denúncia espontânea, realizada formalmente, com o devido recolhimento do tributo, é inexigível a multa de mora incidente sobre o montante da dívida parcelada, por força do disposto no art. 138 do CTN. Precedentes. - Rejeição dos embargos de divergência. (REsp 180.700/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Seção, maioria, DJ 25/06/2001, pág. 99) - TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. MULTA MORATÓRIA. - DESCABIMENTO. - 1. Deferido o pedido de parcelamento de débito tributário e ausente qualquer procedimento administrativo contra o contribuinte, configura-

se a denúncia espontânea, ficando afastada a imposição de multa moratória. - 2. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados. - (REsp 200.479/PR, Rel. Min. Paulo Gallotti, 1ª Seção, maioria, DJ 13/08/2001, pág. 41) - Entretanto, a Primeira Seção, revendo o posicionamento ao julgar o REsp 284.189/SP em 17/06/2002, concluiu pela aplicação da Súmula 208 do extinto TFR, porque o parcelamento do débito não equivale a pagamento, pois o cumprimento da obrigação foi desmembrado e somente haverá quitação quando satisfeito integralmente o crédito. Portanto, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea (art. 138 do CTN). - A propósito, no referido julgamento, levou-se em consideração o teor do art. 155-A do CTN (com a redação dada pela LC 104/2001), que estabeleceu expressamente que o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas. - Neste sentido é o seguinte aresto: **TRIBUTÁRIO - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - PARCELAMENTO DO DÉBITO – ART. 138 DO CTN - MULTA MORATÓRIA DEVIDA - SÚMULA 208/TFR – JURISPRUDÊNCIA REVISTA PELA PRIMEIRA SEÇÃO.** - 1. A Primeira Seção desta Corte, revendo jurisprudência em torno do parcelamento do débito, concluiu que este não equivale a pagamento e, portanto, não se trata de hipótese de denúncia espontânea, capaz de ensejar o afastamento da multa moratória (REsp 284.189/SP). - 2. Aplicação da Súmula 208 do extinto TFR. - 3. Recurso especial provido. (REsp 426.964/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, unânime, DJ 30/09/2002, pág. 248). - Com estas considerações, nos termos do art. 557 do CPC, DOU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. **(STJ, 2ª T., RESP Nº 646.786 – MG (2004/0033341-8), RELª. MINª. ELIANA CALMON, DJ01-09-04)**

DENÚNCIA ESPONTÂNEA SEM O DEPÓSITO DA EVENTUAL QUANTIA DEVIDA – IMPOSSIBILIDADE

Tributário. Confissão do débito com pedido de parcelamento. Denúncia espontânea não caracterizada. Além de denunciar seu débito para o fisco, antes de qualquer ação do Fisco no sentido de certificar ou buscar seu crédito, deve o contribuinte proceder ao pagamento do tributo, ou pelo menos efetuar o depósito da quantia que reputar devida, para gozar do benefício previsto pelo art. 138, CTN. **(TJMG, 2ª CÂM., AP/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0145.01.009328-7/001, REL. DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 17-12-04)**

DESCONSIDERAÇÃO DE CONTRATO PRIVADO (“LEASING”) – HIPÓTESE

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING - DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO PELO FISCO. - 1. A jurisprudência tem entendido que o contrato de leasing deve ser respeitado como tal, em nome do princípio da liberdade de contratar. - 2. Somente quando o leasing estiver contemplado em uma das situações de repúdio, previstas na Lei 6.099/74 (artigos, 2º, 9º, 11, § 1º, 14 e 23), é que se tem autorização legal para a descaracterização do arrendamento mercantil e imputação das consequências. - 3. Recurso especial improvido. **(STJ, 2ª T., RESP Nº 510.144 – MG (2003/0009166-3), RELª. MINª ELIANA CALMON, JULG 02-03-04)**

DESISTÊNCIA DA AÇÃO APÓS O JULGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE

PROCESSO CIVIL – DESISTÊNCIA DA AÇÃO – APELO JULGADO PELO TRIBUNAL – IMPOSSIBILIDADE – DISTINÇÃO DOS INSTITUTOS: DESISTÊNCIA DA AÇÃO, DESISTÊNCIA DO RECURSO E RENÚNCIA. – 1. A desistência da ação é instituto de natureza eminentemente processual, que possibilita a extinção do processo, sem julgamento do mérito, até a prolação da sentença. Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de anuir sem motivo justificado. A demanda poderá ser proposta novamente e se existirem depósitos judiciais, estes poderão ser levantados pela parte autora. Antes da citação o autor somente responde pelas despesas processuais e, tendo sido a mesma efetuada, deve arcar com os honorários do advogado do réu. – 2. A desistência do recurso, nos termos do art. 501 do CPC, independe da concordância do recorrido ou dos litisconsortes e somente pode ser formulado até o julgamento do recurso. Neste caso, há extinção do processo com julgamento do mérito, prevalecendo a decisão imediatamente anterior, inclusive no que diz respeito a custas e honorários advocatícios. – 3. A renúncia é ato privativo do autor, que pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária, ensejando a extinção do feito com julgamento do mérito, o que impede a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito. É instituto de natureza material, cujos efeitos equivalem aos da improcedência da ação e, às avessas, ao reconhecimento do pedido pelo réu. Havendo depósitos judiciais, estes deverão ser convertidos em renda da União. O autor deve arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, a serem arbitrados de acordo com o art. 20, § 4º do CPC (“causas em que não houver condenação”). – 4. Hipótese em que, já tendo sido julgada a apelação pelo Tribunal, impossível o deferimento do pedido de desistência da ação. – 5. Recurso especial improvido. **(STJ, 2ª T., RESP Nº 627.022 – SC (2003/0236221-7), RELª. MINª. ELIANA CALMON, JULG 19-10-04)**

DESPACHO DO JUIZ QUE CONCEDE OU NEGA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – IRRECORRIBILIDADE

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITOS. DESPROVIMENTO DO REGIMENTAL. - Não é recorrível o despacho do Juiz que concede ou nega liminar em mandado de segurança, haja vista a discricionariedade de que reveste aquela decisão judicial. (TJMG, 7ª CÂM., AGRG Nº 1.0024.04.383352-4/002 (NO AG Nº 1.0024.04.383352-4/001), REL. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA, DJMG 08-10-04)

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE – REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE – POSSIBILIDADE

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE. -1. “(...) 3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva do sócio, não constituindo infração à lei o não-recolhimento de tributo, sendo necessária a prova de que adiu o mesmo dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial. 4. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução”. (RESP 474105 / SP; Relator Min. ELIANA CALMON; Fonte DJ DATA: 19/12/2003 PG:00414) - 2. É inviável o trânsito do Recurso Especial quando a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da decisão recorrida. Súmula 83/STJ. - 3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. - 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, 1ª T., AGRG NO AI 543.821 – RS (2003/0153473-7), REL. MIN. LUIZ FUX, DJ 28-06-04)

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

Agravo. Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Dissolução irregular de empresa. Responsabilidade por infração de todos os sócios, gerentes ou não. Inocorrência de prescrição. - Recurso desprovido. (TJMG, 2ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0702.01.028843-0/001, REL. DES. NILSON REIS, DJMG 25-02-05)

DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE – RESPONSABILIDADE ILIMITADA DOS SÓCIOS RESPONSÁVEIS PELO DÉBITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DOS SÓCIOS NA LIDE - RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA - APLICABILIDADE, EM TESE, DO ART. 135, III, DO CTN - POSSIBILIDADE DE DEFESA NA VIA PRÓPRIA DOS EMBARGOS DE DEVEDOR. De acordo com o disposto no art. 4º, V, da Lei de Execuções Fiscais, na hipótese de dissolução irregular de sociedade, são os sócios responsáveis pelo débito tributário, inclusive com legitimidade passiva para o processo executivo fiscal, devendo, portanto, integrar o pólo passivo dessa demanda. Os sócios cujos nomes estão expressos da CDA, são, em tese e em princípio, co-responsáveis pelo cumprimento das obrigações legais da empresa, dentre elas o pagamento dos tributos, pelo que, pertinente sua inclusão no pólo passivo da execução proposta contra a sociedade. Eventuais defesas podem posteriormente ser alegadas na via própria dos embargos do devedor. (TJMG, 1ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0384.00.009958-8/001, REL. DES. GOUVÊA RIOS, DJMG 04-03-05)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO – CONCESSÃO DE LIMINAR ALÉM DA POSTULAÇÃO – ACOLHIMENTO PARCIAL

Os embargos declaratórios com efeito modificativo do julgado somente são admissíveis em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e que tal seja influente no resultado do julgamento final, o que não é o caso dos autos. Tendo a liminar sido concedida além do que fora postulado, acolhe-se os embargos para ajustá-la ao pedido. (TJMG, CORTE SUPERIOR, EDCL Nº 1.0000.04.410449-5/001, REL. DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA, JULG 13-10-04)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE – IMPROVIDOS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - VALOR DA CAUSA - IMPUGNAÇÃO - TOTALIDADE DO DÉBITO EXECUTADO - INOCORRÊNCIA DE OMISSÕES E CONTRADIÇÕES - EMBARGOS IMPROVIDOS. - “Restando inconfiguradas qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão molestado, assim como, de igual forma, inexistente qualquer agressão às normas legais vigentes, a improcedência da recalculância é seu natural corolário”. (TJMG, 7ª CÂM., EDCL Nº 1.0027.04.002895-6/002 (NO AG Nº 1.0027.04.002895-6/001), REL. DES. ALVIM SOARES, DJMG 16-02-05)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REVISÃO DA SUCUMBÊNCIA

Embargos declaratórios parcialmente acolhidos. Sucumbência parcial. Divisão proporcional da verba honorária. Omissão constatada. Devem ser acolhidos os embargos declaratórios quando constatada a omissão relativa à verba honorária sucumbencial em acórdão que julgou parcialmente procedentes embargos declaratórios anteriores. (TJMG, 4ª CÂM., EDCL Nº 1.0000.00.140579-4/005 (NA AP Nº 140.579-4), REL. DES. CORRÊA DE MARINS, DJMG 03-02-05)

EMBARGOS DO DEVEDOR – O PRAZO PARA OPOR EMBARGOS COMEÇA A CONTAR DA PRIMEIRA PENHORA

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - REFORÇO OU SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA - PRAZO - INTEMPESTIVIDADE. - Contagem de prazo para apresentação dos embargos do devedor começa a fluir a partir da data de intimação da primeira penhora, haja vista a inexistência de reabertura de prazo quando efetivada a substituição de penhora em face de difícil comercialização dos bens anteriormente penhorados. (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0481.01.012450-3/001, REL. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA, DJMG 24-02-05)

EMBARGOS DO DEVEDOR – VÁRIOS EXECUTADOS – PRAZO AUTÔNOMO E INDIVIDUAL CONTADO DA INTIMAÇÃO DA PENHORA

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - DIVERSOS EXECUTADOS - CITAÇÃO AOS REPRESENTANTES LEGAIS - PENHORA INCIDENTE SOBRE BEM DA PESSOA JURÍDICA - INTEMPESTIVIDADE - PREVALÊNCIA DA LEI 6.830/80. - Na execução fiscal, a contagem de prazo para apresentação dos embargos do devedor começa a fluir a partir da data de intimação da penhora, posto cuidar-se de lei especial que afasta a aplicação do art. 738, I, do CPC, em sua redação atual. Tratando-se de vários executados, todos devem ser intimados da penhora, inclusive seus cônjuges, ainda que a penhora tenha recaído sobre bem pertencente a somente um deles, mas, no entanto, o prazo para interposição dos Embargos é autônomo e individual, iniciando-se para cada um da data da sua respectiva intimação. (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0693.03.016813-4/001, REL. DES. BELIZÁRIO DE LACERDA, DJMG 07-12-04)

EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRAZO DE 30 DIAS DO DEPÓSITO DA JUNTADA DA PROVA DA FIANÇA BANCÁRIA OU INTIMAÇÃO DA PENHORA

Processual Civil. Execução Fiscal. Prazo para a oposição dos Embargos à Execução. Art. 16 da Lei nº 6.830/80. Nas execuções fiscais, o prazo para a oposição de Embargos à Execução é de trinta dias, contados, do depósito; da juntada da prova da fiança bancária; ou da intimação da penhora. No caso em tela, depreende-se que os embargos foram opostos em tempo superior a 30 dias da intimação da penhora, sendo, portanto, manifestamente intempestivos. (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.059865-0/001, REL. DES. PINHEIRO LAGO, DJMG 22-12-04)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – INTEMPESTIVIDADE

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - PRAZO - INTIMAÇÃO DA PENHORA. Na execução fiscal, o prazo para oposição de embargos pelo executado é de trinta dias, contados da intimação da penhora, conforme disposto no artigo 16, inciso III, da Lei 6.830/80. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0105.03.102050-3/001, REL. DES. MOREIRA DINIZ, JULG 21-10-04)

EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA SENTENÇA DE MÉRITO CONFIRMADA POR MAIORIA – DESCABIMENTO

Embargos infringentes. Sentença de mérito confirmada, por maioria. Inadmissibilidade. Inteligência do Art. 530 do CPC. Embargos não conhecidos. (TJMG, 1ª CÂM., EINFR (C. CÍVEIS) Nº 1.0079.02.005655-6/002, REL. DES. HUGO BENGTTSSON, DJMG 04-02-05)

EMBARGOS INFRINGENTES – SENTENÇA NÃO MODIFICADA – INADMISSIBILIDADE

EMBARGOS INFRINGENTES - FISCAL - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - QUESTÃO NÃO MODIFICADA EM SEDE RECURSAL - INADMISSIBILIDADE - ART. 530 DO CPC. Resultando que decisão atinente à denúncia espontânea não foi modificada em sede de recurso de apelo, inadmissível se revela a interposição de embargos infringentes, que tenta resgatar a discussão acerca do tema, ante a proibição contida no artigo 530 do CPC. Embargos infringentes inadmitidos. (TJMG, 3ª CÂM., EINFR Nº 1.0024.01.027859-6/002 NA AP Nº 1.0024.01.027859-6/001, REL. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES, DJMG 25-02-05)

EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS POR SÓCIO COTISTA EXECUTADO – DESCABIMENTO

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO OPOSTOS POR SÓCIO COTISTA EXECUTADO. IMPROPRIEDADE DO PROCEDIMENTO ESCOLHIDO. DECRETACÃO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM O EXAME DAS PRELIMINARES E DAS QUESTÕES DE MÉRITO SUSCITADAS PELO EMBARGANTE. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO. Decretada a extinção do processo sem o exame do mérito, com que se pôs termo aos embargos de terceiro, opostos à execução fiscal pelo sócio cotista executado, por impropriedade da via processual escolhida, não há justificativa para o exame das preliminares de cerceamento de defesa e de impenhorabilidade do bem construído, e nem da questão de mérito atinente ao fato de haver-se ele retirado da sociedade antes da penhora, não obstante a dívida seja anterior à sua retirada, impondo-se, por isso, o improvimento da apelação oposta à sentença com esses fundamentos. (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0079.92.008254-6/001, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO, DJMG 09-03-05)

EXCEÇÃO À EXECUTIVIDADE – DISCUSSÃO QUE ENVOLVE O MÉRITO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DESCABIMENTO

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Alegação de nulidade do título executivo. Responsabilidade do sócio/administrador. Necessidade de dilação probatória. Discussão que envolve o mérito da constituição do crédito tributário. Descabimento. Necessidade de embargos de devedor, à luz da Lei nº 6.830/80. Instrumento processual excepcional, que se mostra inadequado no presente caso. Recurso improvido. (TJMG, 6ª CÂM., AG Nº 1.0024.97.029296-7/001, REL. DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES, DJMG 18-02-05)

EXCEÇÃO À EXECUTIVIDADE – DISCUSSÃO SOBRE A INCLUSÃO DE SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – NÃO CABIMENTO

EXCEÇÃO À EXECUTIVIDADE - HIPÓTESES PARA A SUA ADMISSIBILIDADE. É cabível a objeção à executividade desde que esteja ligada à ausência de pressupostos ou de condições da ação, vez que não se pode permitir a utilização do expediente em substituição aos embargos. Seu cabimento é restrito e especial, tornando impossível discussão sobre a possibilidade de inclusão de sócios no pólo passivo da execução, matéria a ser apreciada em sede embargos à execução, apurável através do contraditório, por depender de prova. (TJMG, 1ª CÂM., AI Nº 1.0024.97.099891-0/001, REL. DES. GERALDO AUGUSTO, DJMG 15-10-04)

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA – MUDANÇA DO LOCAL DA SEDE DA EMPRESA NÃO COMPROVADA

Execução fiscal. Exceção de Incompetência rejeitada. Carência de aparato probatório constitutivo da pretensão almejada. Impõe-se a rejeição da exceção de incompetência, por carência total de suporte fático-jurídico da pretensão da agravante, porquanto sequer comprovou-se a mudança do local da sede da empresa, inviabilizando a aplicação da regra básica do art. 578, do CPC. Agravo não provido. (TJMG, 6ª CÂM., AG Nº 1.0024.98.096317-7/001, REL. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI, DJMG 27-08-04)

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – O CONHECIMENTO DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA NÃO ESTÁ CONDICIONADO À PRÉVIA SEGURANÇA DE JUÍZO DA EXECUÇÃO

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. GARANTIA DO JUÍZO. DESNECESSIDADE. PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA NA ELEIÇÃO DO FORO (CPC, ART. 578, PARÁGRAFO ÚNICO). - 1. As normas que estabelecem limitações de acesso aos meios de tutela de direitos em juízo devem ser interpretadas restritivamente, e não há qualquer disposição legal que condicione o conhecimento da exceção de incompetência à prévia segurança do juízo da execução. - 2. A competência territorial para a ação de execução fiscal segue ordem de preferência estabelecida no caput do art. 578 do CPC, observando-se, ainda, a regra do seu parágrafo único segundo a qual, em caso de pluralidade de domicílios ou de pluralidade de devedores, dispõe o Fisco da faculdade de ajuizar a ação no foro de qualquer um deles. - 3. Por outro lado, como alternativa para todas as opções ali descritas, reserva-se ao Fisco a faculdade de eleger ou o foro do lugar em que se praticou o ato, ou o do lugar em que ocorreu o fato que deu origem à dívida, ou, ainda, o foro da situação dos bens de que a dívida se originou (CPC, art. 578, parágrafo único), daí se concluindo que o devedor não tem assegurado o direito de ser executado no foro de seu domicílio, salvo se nenhuma das espécies do parágrafo único se verificar. - 4. Recurso especial provido. (STJ, 1ª T., RESP Nº 491.171 – SP (2002/0168356-1), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, JULG 19-10-04)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

DECISÃO - EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ARTIGO 135, INCISO III DO CTN. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. A suscitação da exceção de pré-executividade, dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e prescrição manifesta. 2. A responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória. 3. A exceção de pré-executividade revela-se inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória., como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada. 4. Agravo de instrumento conhecido para dar provimento ao recurso especial. (...) (STJ, AINº 633.751 – MG (2004/0142401-7), REL. MIN. LUIZ FUX, DJ 18-11-04)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO NÃO COMPROVADA DE PLANO – IMPOSSIBILIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO DE PLANO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE. A questão referente à ocorrência de prescrição, não comprovada de plano, não pode ser argüida, sem segurança do juízo, por meio de objeção de pré-executividade. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, 3ª CÂM., AG Nº 1.0079.97.008961-5/001, REL. DES. KILDARE CARVALHO, DJMG 04-03-05)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO SUCEDÂNEO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE

EXECUÇÃO FISCAL ESTADUAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROCEDÊNCIA. RECURSO. Nula é a decisão que, em execução fiscal estadual, admite a exceção de pré-executividade, como sucedâneo dos embargos à execução. Decisão nula. (TJMG, 5ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0693.03.020470-7/001, REL. DES. CLÁUDIO COSTA, DJMG 17-02-05)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INCIDENTE PROCESSUAL – REJEIÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – IMPROCEDÊNCIA – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO – INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO INADEQUADO. O ato judicial que julga o incidente de exceção de pré-executividade e não põe fim ao processo de execução é decisão interlocutória, revelando-se inadequado a interposição do recurso de apelação. – V.V. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. FIGURA INEXISTENTE EM NOSSA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CRIADA POR CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. ADMISSIBILIDADE UNICAMENTE EM CASOS DE AUSÊNCIA ABSOLUTA DE CONDIÇÕES DE EXECUTIVIDADE DO TÍTULO, SUSCETÍVEL DE APRECIÇÃO DE OFÍCIO PELO JULGADOR. DECRETAÇÃO DE EXTINÇÃO DO

PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO. APELAÇÃO IMPROVIDA. A exceção de pré-executividade, figura de criação pretoriana inexistente em nossa legislação processual, é medida que só pode ser aceita em caráter excepcional quando for flagrante a ausência absoluta de condições de executividade do título, suscetível de apreciação de ofício pelo julgador, não sendo admissível para o afastamento da responsabilidade tributária de sócio de empresa comercial, que só pode ser apreciada mediante a oposição de embargos do devedor, depois de seguro o juízo pela penhora. (TJMG, 8ª CÂM., AP N° 1.0000.00.346328-8/000, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO – REL. P/ O ACÓRDÃO: DES. SILAS VIEIRA, DJMG 16-12-04)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – DESCABIMENTO

Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Alegação de nulidade do título executivo. Responsabilidade do sócio. Necessidade de dilação probatória. Discussão que envolve o mérito da constituição do crédito tributário. Descabimento. Necessidade de embargos de devedor, à luz da Lei n° 6.830/80. Instrumento processual excepcional, que se mostra inadequado no presente caso. Recurso desprovido. (TJMG, 6ª CÂM., AG N° 1.0024.92.890828-4/001, REL. DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES, DJMG 04-03-05)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXECUÇÃO FISCAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - NULIDADE DA CITAÇÃO - EXIGÊNCIA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. Não se pode admitir que, sob o rótulo de “Exceção de Pré-Executividade”, o devedor traga à tona matérias que, por demandarem dilação probatória, devem ser alegadas por meio de Embargos à Execução, já que aquele procedimento, por fugir à regra geral, deve ficar restrito aos casos em que se vislumbra, de antemão, a plena nulidade da execução. (TJMG, 8ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) N° 1.0672.01.048958-7/001, REL. DES. SILAS VIEIRA, DJMG 02-03-05)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA – DESCABIMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXEGESE DO § 3º ARTIGO 16 DA LEI 6.830/80 - IMPROPRIEDADE - VEDAÇÃO LEGAL. “Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas; a tolerância doutrinária, em se tratando de execução fiscal, esbarra em norma específica que proíbe a pré-executividade (art. 16, § 3º, da LEF)”. (RESP 229.394/RN - 2ª T. - STJ julg. 24/09/01, Rel. MIN. ELIANA CALMON)”. (TJMG, 7ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) N° 1.0079.01.028064-6/001, REL. DES. ALVIM SOARES, PUBL 16-02-05)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE PARA DISCUTIR ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO CABIMENTO

Agravo. Exceção de pré-executividade. Alcance. - 1 - Relacionando-se a matéria tratada na exceção de pré-executividade, de eventual responsabilidade solidária de sócio de empresa, que demanda dilação probatória, para fins de caracterização ou não de sua legitimidade para responder pelo débito executado, não se há que falar na sua admissão, devendo ser deduzida por meio de embargos do devedor. - 2 - Recurso improvido. (TJMG, 2ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) N° 1.0338.02.006725-6/001, REL. DES. NILSON REIS, DJMG 19-11-04)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – QUESTÃO NÃO RELACIONADA A DEFEITO DO TÍTULO – MULTA FISCAL EXIGIDA DA MASSA FALIDA – DESCABIMENTO

EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE QUESTÃO QUE NÃO SE REFERE A DEFEITO INTÍNSECO DO TÍTULO. DESCABIMENTO. – O defeito que pode ser argüido na chamada “exceção de pré-executividade” deve resultar do próprio título e não de circunstâncias particulares que a ele se referem, mas que na sua realidade formal não se revelam. - Sendo a CDA formalmente perfeita, a discussão sobre a validade da inclusão de multa isolada e de revalidação, em razão da decretação da falência da executada, não é defeito intrínseco ao próprio título, não podendo ser argüido em simples exceção de pré-executividade. - Agravo a que se dá provimento, com a determinação de prosseguimento da execução quanto a parcela impugnada. (TJMG, 6ª CÂM., AG N° 1.0382.03.029058-1/001, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 23-12-04)

EXECUÇÃO FISCAL – CONEXÃO COM AÇÃO ANULATÓRIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. CONEXÃO. ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO. ART. 106, CPC. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. - 1. Na linha da orientação da Primeira Seção, “entre ação de execução e outra ação que se oponha ou possa comprometer os atos executivos, há evidente laço de conexão (CPC, art. 103), a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos, prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (CPC, art. 106)” (CC n. 38.045-MA, DJ 9-12-2003, relator para acórdão o Ministro Teori Zavascki). - 2. Ainda segundo a orientação desta Seção, “o juízo único é o que guarda a mais significativa competência funcional para verificar a verossimilhança do alegado na ação de conhecimento e permitir prosiga o processo satisfativo ou se suspenda o mesmo”, considerando que “refoge a razoabilidade permitir que a ação anulatória do débito caminhe isoladamente da execução calcada na obrigação que se quer nulificar, por isso que, exitosa a ação de conhecimento, o seu resultado pode frustrar-se diante de execução já ultimada” (CC n. 31.963-RS, DJ 5-8-2002, relator para acórdão o Ministro Luiz Fux). - 3. É de registrar-se que não se discute nestes autos eventual conflito entre o Juízo suscitante e outro Juízo, da mesma Seção Judiciária, especializado em execuções fiscais. - 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara de Campinas, São Paulo. (STJ, 1ª SEÇÃO, CC Nº 40.328 – SP (2003/0172086-6), REL. MIN. DENISE ARRUDA, JULG 09-06-04)

EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA PELO PAGAMENTO ESPONTÂNEO – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PARA COBRANÇA DE HONORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA PELO PAGAMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - 1. Se o débito em cobrança é pago posteriormente ao ajuizamento da ação, são devidos honorários. - 2. Contudo, se o credor, de forma espontânea, estando em curso execução fiscal, recebe do devedor o crédito, não pode prosseguir a execução para cobrança de honorários, apenas. - 3. Inexistência de violação ao art. 20 do CPC. - 4. Recurso especial improvido. (STJ, 2ª T., RESP Nº 595.715 – PE (2003/0168942-6), REL.ª MIN.ª ELIANA CALMON, DJ 14-02-05)

EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – APLICAÇÃO DA TAXA SELIC – LEGALIDADE

DIREITO TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC PARA O CÁLCULO DOS JUROS DE MORA - LEGALIDADE. A incidência da SELIC como taxa de juros de mora tem expressa previsão legal, conforme permissivo disposto no parágrafo único do art. 161 do CTN (§ 8º do art. 84 da Lei nº 8.981/95 c/c art. 13 da Lei nº 9.065/95), e, por representar expectativa de correção monetária, afasta a aplicação de qualquer outro índice de atualização monetária. É inadmissível a cobrança de multa moratória contra empresa cuja quebra foi decretada no curso da execução fiscal (art. 23 da Lei de Falências). Em execução fiscal de responsabilidade da massa falida, os juros, via de regra, fluem do vencimento da obrigação até a data da decretação da quebra. Podem, entretanto, ser cobrados posteriormente, se, realizado o ativo, a massa o comportar. (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0461.00.006380-4/001, REL. DES. WANDER MAROTTA, DJMG 11-11-04)

EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO SUJEITO A CONCURSO DE CREDORES OU HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE FALÊNCIA - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO DA FAZENDA PÚBLICA - APLICAÇÃO DA NORMA CONTIDA ARTIGO 29 DA LEI Nº 6.830/80 - EXEGESE ARTIGO 187 DO CTN - AGRAVO IMPROVIDO “O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamação sobre bens, interesses e negócios da massa falida, ressalvada a cobrança judicial do crédito tributário, que não se sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento” (RESP 450770-RS Rel. MIN. LUIZ FUX). (TJMG, 7ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.00.099994-6/001, REL. DES. ALVIM SOARES, DJMG 07-12-04)

EXECUÇÃO FISCAL – MASSA FALIDA – NÃO SUJEIÇÃO A CONCURSO DE CREDORES OU HABILITAÇÃO EM FALÊNCIA

Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Falência. Aplicação do art. 187 do CTN. - 1- Por não estar sujeita a concurso de credores, a Fazenda Pública pode dar seguimento ao processo de execução fiscal, não exercendo o juízo falimentar vis atractiva. - 2- Agravo improvido. (TJMG, 2ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.01.021249-6/001, REL. DES. NILSON REIS, DJMG 12-11-04)

EXECUÇÃO FISCAL – NÃO PAGAMENTO DE ICMS – RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADA NÃO LOCALIZADA PARA CITAÇÃO – NÃO PAGAMENTO DE ICMS – DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – INFRAÇÃO À LEI – INCLUSÃO DO NOME DOS SÓCIOS GERENTES NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ART. 135, III, DO CTN. Nos termos do art. 135, III, do CTN, os sócios-gerentes respondem pessoalmente pelas obrigações tributárias da sociedade resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei; assim, também, o não-pagamento de tributo constitui violação à lei, que origina a responsabilidade dos sócios. (TJMG, 3ª CÂM., AG Nº 1.0384.01.014011-7/001, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, DJMG 17-12-04)

EXECUÇÃO FISCAL – PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA SEM COMUNICAR AO FISCO – PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE

EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO - EXERCÍCIO DA GERÊNCIA - PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGO 135, INCISO III, DO CTN - VIABILIDADE. Se não encontrados bens da empresa executada, para efeito de penhora, deve esta recair sobre bens particulares do sócio que, à época do fato gerador, exercia sua gerência (dela, empresa). Se a empresa paralisa suas atividades sem comunicar o fato ao Fisco, autorizada fica a presunção de sua dissolução irregular, o que não só impõe a responsabilidade tributária, mas também permite o bloqueio de suas contas bancárias ou das de seus gerentes. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0000.00.343852-0/000, REL. DES. HYPARCO IMMESI, DJMG 17-08-04)

EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO ESPECIAL – PRESCRIÇÃO DECRETADA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Prescrição. Artigo 219, § 5º, do CPC. Prescrição decretada de ofício. Impossibilidade. Agravo conhecido. Recurso especial provido. (STJ, AI Nº 612.461 – MG (2004/0081509-2), REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, DJ 15-02-05)

EXECUÇÃO FISCAL – RECUSA DE BEM NOMEADO À PENHORA – POSSIBILIDADE

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUSA DO BEM NOMEADO À PENHORA. IN CASU MÁQUINA FORMADORA DE TUBOS. POSSIBILIDADE. - VIOLAÇÃO AO DIREITO DE NOMEAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. ARTIGOS 620 E 655 DO CPC. - 1. O exequente pode recusar a nomeação de bens à penhora, quando se revele de difícil alienação e dependente de mercado especialíssimo a expropriação necessária. - 2. O princípio da menor onerosidade não é absoluto e deve ser ponderado à luz dos interesses de cada parte. 3. A apreciação na instância especial da aptidão do bem para satisfação do crédito exequendo encerra matéria fática, cuja cognição é interditada pela Súmula 07 do E. STJ. - 4. Recurso especial a que se nega seguimento (art. 557, caput do CPC). (STJ, RESP Nº 627.541 – MG (2004/0013879-3), REL. MIN. LUIZ FUX, JULG 19-10-04)

EXECUÇÃO FISCAL REDIRECIONADA AO SÓCIO-GERENTE – DESCABIMENTO E EMBARGOS DE TERCEIROS INTERPOSTOS PELO SÓCIO-GERENTE

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL REDIRECIONADA AO SÓCIO-GERENTE DE EMPRESA DISSOLVIDA. EMBARGOS DE TERCEIRO. INTERPOSIÇÃO PELO SÓCIO-GERENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. CABIMENTO DE EMBARGOS DO DEVEDOR (ART. 1.046 CPC). PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. - INAPLICABILIDADE, PELO DECURSO DE PRAZO SUPERIOR AO PREVISTO NO ART. 16 DA LEF. - 1. Os embargos a serem manejados pelo sócio-gerente contra quem se redirecionou ação executiva, regularmente citado e, portanto, integrante do pólo passivo da demanda, são os de devedor. - 2. Admite-se, presentes certas circunstâncias - especialmente a da tempestividade (não atendida no presente caso) - o recebimento de embargos de terceiro como embargos do devedor. Todavia, essa questão - que não foi posta no acórdão embargado - não se presta à solução por via de embargos de divergência. - 3. Embargos de divergência a que se nega provimento. (STJ, 1ª S., ERESP Nº 98.484 – ES (2003/0098672-8), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17-12-04)

EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL – OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO ANTECIPADO

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA EXEQÜENTE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEL. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. Prescrição intercorrente não ocorre se não se atribui abandono da execução à exeqüente, em razão da falta de prática de ato a ela atribuído. A substituição tributária não se confunde com a isenção da primeira operação, podendo ser exigida de acordo com os convênios em vigor, na falta de regulamentação da CF de 1988 pelo Estado destinatário, e que terá direito ao tributo das operações posteriores. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0647.97.000475-8/0001, REL. DES. ERNANI FIDÉLIS, JULG 26-10-04)

FRAUDE À EXECUÇÃO – ALIENAÇÃO DE BEM APÓS A CITAÇÃO – CONFIGURAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - FRAUDE DE EXECUÇÃO - ALIENAÇÃO DE BEM APÓS A CITAÇÃO - INSOLVÊNCIA - FRAUDE CONFIGURADA - EMBARGOS DE TERCEIROS IMPROCEDENTES. Dá-se a fraude de execução quando o devedor aliena bem após a citação para a execução fiscal sem reservar o suficiente ao débito. A lei tributária não exige a prova do conhecimento da ação pelo adquirente, contentando-se com o conhecimento ficto decorrente do ajuizamento da ação, cujo ato é público e acarreta a presunção adotada pelo art. 185 do CTN. A certidão do oficial de justiça de que não encontrou bens suficientes para a penhora constitui prova suficiente da insolvência, a ser elidida pelo embargante. (TJMG, 1ª CÂM., AP Nº 1.0024.04.191593-5/001, REL.ª. DES.ª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, DJMG 17-12-04)

FRAUDE À EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – PENHORA – POSSIBILIDADE

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - DEVEDOR SOLVENTE - FRAUDE À EXECUÇÃO - CARACTERIZAÇÃO - BEM IMÓVEL - AFIRMAÇÃO DE SE TRATAR DE BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - POSSIBILIDADE - DECISÕES JURISPRUDENCIAIS - RECURSO NÃO PROVIDO. Caracteriza-se a fraude à execução fiscal quando o devedor, embora solvente, não paga a dívida, bem como cria obstáculos injustificáveis ao andamento processual. Para que um bem seja considerado “bem de família”, mister se faça comprovar, de forma insofismável, essa situação, não bastando, para tanto, a mera alegação das partes, quando desprovida de qualquer prova a respeito. A impenhorabilidade do bem de família, prevista no Art. 1º da Lei 8.009/90, não é uma regra absoluta, comportando exceções. Recurso a que se nega provimento. (TJMG, 1ª CÂM., AP Nº 1.0479.01.019784-2/001, REL. DES. GERALDO AUGUSTO, DJMG 04-02-05)

HONORÁRIOS – RESPONSABILIDADE DE SÓCIO

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO DE SENTENÇA PARA COBRANÇA DE HONORÁRIOS - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. É cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para a cobrança de honorários de advogado, pois a “ratio iuris” desse ato extremo de responsabilidade do sócio- gerente recai na obrigação de se preservar a licitude dos atos da vida civil, sobretudo do ente formal, nos negócios que realiza. 2 - Inteligência do artigo 592, II, do CPC c/c art. 10 do Dec. 3708/19. 3 - Agravo provido. (TJMG, 3ª CÂM., AG Nº 1.0024.96.113806-2/001, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, DJMG 01-02-05)

HONORÁRIOS SOBRE O VALOR DA CAUSA – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DATA DO AJUIZAMENTO

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS SOBRE O VALOR DA CAUSA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 1º DA LEI N.º 6.899/81. - 1. A questão de fundo discutida já se encontra pacificada pela jurisprudência desta corte (Súmula 14-STJ). - 2. O *dies a quo*, para a incidência da correção monetária, estabelecidos os honorários advocatícios em valor determinado, conta-se do provimento judicial e, se determinado o percentual sobre o valor da causa, a partir da data do ajuizamento. - 3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. - 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, 1ª T., AGRG NO AINº 550.490 – RS (2003/0170527-9), REL. MIN. LUIZ FUX, DJ 27-09-04)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FAZENDA PÚBLICA

Diante do fato de que está vencida a Fazenda Pública, é de aplicar-se o § 4º do art. 20 do CPC e fixar os honorários de acordo com o critério da equidade. Assim, não é obrigatório observar os limites máximo e mínimo e a imposição sobre o valor da condenação previstos no § 3º daquele artigo. (STJ, ERESP 491.055 – SC, REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, JULG. 20-10-04)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO – REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. - 1. Impõe-se a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de origem quando o exame deste evidencia manifesta desproporção entre o trabalho e esforço desempenhado pelos advogados da causa e o valor fixado a título de honorários advocatícios, capaz inclusive de qualificá-los como aviltantes ao desempenho de tão nobre atividade profissional. 2. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e dar provimento ao recurso especial. (STJ, 2ª T., AGRG NO AI Nº 543.306 – MG (2003/0136725-0), REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, JULG 13-04-04)

ICMS – A ISENÇÃO AUTONÔMICA SOMENTE AUTORIZA A CADA ENTE FEDERATIVO A CONCESSÃO DE ISENÇÕES DE TRIBUTOS DE SUA COMPETÊNCIA

RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “A”. TRIBUTÁRIO. ICMS. ISENÇÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 40.643/96. IMPORTAÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. PRETENDIDA ISENÇÃO DO ICMS POR EQUIPARAÇÃO A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO - DE ISENÇÕES. INTERPRETAÇÃO LITERAL. ART. 111 DO CTN. - A empresa recorrente, que se dedica à prestação de serviços de locação de bens móveis relacionados com diversões públicas, ajuizou ações cautelares e ordinárias, a fim de que lhe fosse reconhecido o direito à isenção do ICMS prevista pelo Decreto Estadual nº 40.643/96 em relação aos equipamentos por ela importados e elencados na petição inicial. - Preceitua o artigo 111 do CTN que “*interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenções*”. Assevera o professor Hugo de Brito Machado que essa disposição “*há de ser entendida no sentido de que as normas reguladoras das matérias ali mencionadas não comportam interpretação ampliada nem integração por equidade*” (Curso de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 98). - O Decreto Estadual nº 40.643/96, que aprovou os termos do Convênio nº 132/95, concedeu a isenção unicamente para os estabelecimentos industriais. A circunstância de que a Lei Federal nº 4.502/64, que, para os fins nela previstos, tenha equiparado o estabelecimento industrial ao importador, em nada interfere na solução dada à presente demanda, ao contrário do que pretende a recorrente. - O referido diploma normativo federal, que trata do extinto imposto sobre o consumo, não serve de parâmetro para a concessão de isenções de imposto de competência estadual, em nome do primado da isenção autonômica, que somente autoriza a cada ente federativo a concessão de isenções de tributos de sua competência. Desse entendimento não destoa o entendimento do douto Órgão Colegiado de origem, ao afirmar que, “*evidentemente, se o Convênio e o Decreto dizem que somente se beneficia da isenção o importador (empresa industrial), não se pode ampliar, restringir ou comparar com fundamento em lei federal, o que, além de ferir a diretriz da interpretação literal, agride o princípio da autonomia dos Estados*”. - No tocante à alegada ofensa ao disposto na Lei Complementar nº 24/75, a recorrente, a despeito de seu arrazoado acerca de aspectos constitucionais que circundam a questão, não logrou demonstrar, no âmbito infraconstitucional, qual artigo do referido diploma teria sido malferido, bem como as razões para eventual reforma do julgado quanto a esse aspecto. - Recurso especial improvido. (STJ, 2ª T., RESP Nº 329.328 – SP (2001/0066504-6), REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, DJ 25-10-04)

ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, COMUNICAÇÃO, BENS DO ATIVO FIXO E DE USO E CONSUMO – IMPOSSIBILIDADE

DESPACHO: Destaco do acórdão recorrido a questão em exame: “..... EMENTA: APROVEITAMENTO DO CRÉDITO PROVENIENTE DO IMPOSTO QUE TENHA SIDO RECOLHIDO COM A ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA, BEM PARA USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, E RECEBIMENTO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE OU DE COMUNICAÇÃO NO RESPECTIVO ESTABELECIMENTO. O pedido de reconhecimento de supostos créditos de ICMS que tenham sido revendidos com a entrada de energia elétrica, por aquisição de bens destinados ao ativo permanente, integralmente e no ato da aquisição dos bens, ou destinados a uso e consumo, o

recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, formulado com fundamento direto na Constituição Federal, não procede, uma vez que não se afeiçoa à regra da não-cumulatividade do ICMS, tal como constitucionalmente delineada.” (fl. 321) Dessa decisão interpõe-se RE, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 102, em que se alega contrariedade aos seguintes dispositivos constitucionais: arts. 5º, II; 150, I; 155, § 2º, I; 150, III, “b” da CF. O RE foi admitido. A PGR manifestou-se pelo não conhecimento. Decido. Não obstante as razões da parte recorrente, o recurso está em confronto com a orientação deste Tribunal, referida pela PGR de cujo parecer extraio esta parte: “.....”
 Apreciando questão semelhante à dos autos, a Primeira Turma desse Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg nº 354.935, Relª. Minª. Ellen Gracie (DJ 21/02/2003), decidiu: ‘Segundo a jurisprudência desta Corte, o contribuinte do ICMS não tem direito a se creditar do imposto pago na aquisição de energia elétrica, comunicação, bens do ativo fixo e de uso e consumo. Precedentes: AI 250.852-AgR e RE 195.894. Agravo regimental improvido.’” (fl. 390) Outras decisões no mesmo sentido: RE 393407, CELSO, DJ 14/10/03 E AI 463898, VELLOSO, DJ 02/12/03. Ante o exposto, nego seguimento ao RE. (STF, RE Nº 392.991, REL. MIN. NELSON JOBIM, DJ 15-03-04)

ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS NO PRÓPRIO MÊS DE ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE

DECISÃO - PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Não incorre em omissão, contradição ou obscuridade, o acórdão que, mesmo sem ter se pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa e concisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio. - 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. - 1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, nos autos de ação ordinária visando a nulidade de débito fiscal referente ao ICMS, reformou a decisão do juízo singular, entendendo que (a) “a empresa que explora o comércio atacadista de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo e álcool hidratado carburante não pode aproveitar os créditos de ICMS no próprio mês em que a mercadoria dá entrada em seu estabelecimento”; (b) “se o laudo pericial demonstra que determinadas notas fiscais, tidas por extraviadas, não o foram, e que delas não decorreu nenhum prejuízo para o Fisco, que procedeu a autuação indevida, é de se reformar a sentença nesse ponto, uma vez que sua conclusão encontra-se, nesse particular, divorciada da prova realizada” (fls. 77). Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados.- No recurso especial, interposto com base na alínea a do permissivo constitucional, a ora agravante aponta ofensa ao art. 535 do CPC, alegando, em síntese, que (a) o Tribunal de origem não apreciou a questão referente ao aproveitamento de créditos do ICMS levando-se em conta o princípio constitucional da não-cumulatividade; (b) foram apresentadas cópias autenticadas das notas fiscais dos grupos B e E, motivo pelo qual ficou comprovado que não ocorreu o extravio alegado pelo Fisco. A negativa de seguimento ao recurso especial fez-se à consideração de que o recurso especial foi protocolado antes do julgamento dos embargos declaratórios opostos pela Fazenda Estadual. A agravante alega, em suma, que o conteúdo material do acórdão da apelação não sofreu modificações que comprometessem o interesse para interpor recurso especial. - 2. A pretensão recursal não merece amparo. De início, cabe ressaltar que os embargos opostos pela Fazenda Estadual/MG foram rejeitados, não havendo, dessa forma, alteração nos fundamentos do aresto atacado, razão pela qual o fundamento aventado na decisão agravada não é óbice ao conhecimento do recurso especial. No tocante à alegada violação ao art. 535 do CPC, verifica-se que o Tribunal de origem apreciou a questão referente ao aproveitamento dos créditos do ICMS, entendendo que “o aproveitamento do crédito somente pode ser efetuado desde que efetivado o pagamento do imposto relativo à substituição tributária; (...) se a empresa aproveita os créditos no próprio mês em que a mercadoria dá entrada em seu estabelecimento, está compensando imposto que ainda não recolheu” (fls. 81). Quanto à questão referente a autenticidade das notas fiscais dos grupos B e E, o acórdão que julgou a apelação restou fundamentado nos seguintes termos: “(...) Quanto às do grupo B, foram apresentadas apenas as cópias das notas fiscais, sendo que a Administração Fazendária não atestou a validade da 1ª via quando a ela apresentada. Cabe salientar, nesse ponto, que mostra-se inverossímil, data vênua, a alegação da apelante de que não apresentou a 1ª via original ao perito porque ficou com receio de que ela se extraviasse, já que seria ela remetida pelo correio. Ora, nem mesmo para a Administração Fazendária a recorrente apresentou a via original, que tem de ser mantida pela empresa. (...) Também as notas fiscais do grupo E deram ensejo a uma autuação correta”. (fls. 82-83). No acórdão que apreciou os embargos declaratórios opostos pela ora agravante, o Tribunal de origem entendeu que “no que toca às notas fiscais do grupo B, entendeu-se que está correta a autuação, pois a Administração Fazendária não atestou a validade da 1ª via quando a ela apresentada e que nem mesmo para ela, Fazenda Pública, foi apresentada a via original, que tem de ser mantida pela empresa; (...) no que se refere aos documentos do grupo E, também restou demonstrado o porquê de se ter entendida correta a autuação do Fisco, ao se reportar ao laudo pericial, que detalhadamente tratou da questão” (fls. 34-35). Verifica-se que o Tribunal *a quo* apreciou toda a matéria levada ao seu conhecimento.

Desse modo, é aplicável o entendimento segundo o qual não incorre em omissão, contradição ou obscuridade, o acórdão que, mesmo sem ter se pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa e concisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio. - 3. Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem -se. Brasília (DF), 8 de setembro de 2004. MINISTRA DENISE ARRUDA Relatora (STJ, 1ª T., AI Nº 493.556 – MG (2002/0151303-4), REL.ª. MIN.ª. DENISE ARRUDA, DJ 04-10-04)

ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO – PROPORCIONALIDADE – CONVÊNIO

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS. CONVÊNIO QUE A AUTORIZA MAS NÃO A IMPÕE. ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO. CUMULATIVIDADE NÃO CARACTERIZADA. - O Convênio nº 128/94 autorizou aos Estados e ao Distrito Federal a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) ao ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a denominada cesta básica, não obrigando, contudo, aos Entes Federados a estabelecer o benefício fiscal e, tampouco, a concedê-lo sem a exigência do estorno proporcional do crédito. - Se a redução tributária prevista no convênio é autorizativa e não impositiva, a regra do Decreto Estadual nº 21.320/95 em nada contraria o princípio da não-cumulatividade do ICMS ao estabelecer o estorno proporcional do crédito tributário. Recurso provido. (TJRJ, 17ª CÂM., AP Nº 2003.001.23728, REL. DES. JOSÉ GERALDO ANTÔNIO, JULG 03-12-03)

ICMS – BACALHAU IMPORTADO DE PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT – ISENÇÃO REVOGADA

Tributário. ICMS. Bacalhau importado de país signatário do GATT. Isenção. Inocorrência. Súmula nº 71 do STJ. Tendo sido o “Convênio de Porto Alegre” expressamente revogado pelo convênio ICM nº 29/87, muitos dos Estados, entre eles o de Minas Gerais, que haviam concedido aquele benefício, retornaram a tributação normal do pescado nacional seco e salgado. Mesmo tendo sido firmados diversos Convênios posteriores tratando da isenção do pescado nacional, como, de fato, ocorreu em Minas Gerais, tais ajustes têm conteúdo meramente autorizativo, pelo que seria permitido ao Estado conceder ou não a isenção, desde que introduzissem em suas legislações específicas o benefício isencional, o que, *in casu*, não ocorreu. Com efeito, não se aplica à hipótese a Súmula nº 71 do STJ, pois o Estado de Minas Gerais revogou expressamente a isenção do ICMS ao peixe seco e salgado nacional, sendo certo que o bacalhau importado do país signatário do GATT é isento do referido imposto apenas nos Estados em que o similar nacional é contemplado com a isenção. (TJMG, 7ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0702.01.019921-5/001, REL. DES. PINHEIRO LAGO, DJMG 23-11-04)

ICMS – BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO, ENERGIA ELÉTRICA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE

Mandado de segurança. ICMS. Princípio da não-cumulatividade. Aproveitamento de crédito. Compensação. Mercadorias de consumo, bens do ativo fixo, energia elétrica e prestação de serviços de telefonia. Alegação de inconstitucionalidade da LC 102/2000 que modificou a LC 87/96. Inocorrência. Regra constitucional que não possui a amplitude de possibilitar o creditamento do ICMS pago por toda e qualquer aquisição de mercadoria. Pretensão mandamental acolhida no juízo de origem. Sentença reformada, no reexame, prejudicada a apelação. (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0000.00.228600-3/000, REL. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO, DJMG 19-11-04)

ICMS – BENS SALVADOS DE SINISTRO – INCIDÊNCIA

TRIBUTÁRIO. ICMS. ALIENAÇÃO. SEGURADORA. BENS SALVADOS. SINISTRO. SÚMULA Nº 152/STJ. CIRCULAÇÃO. MERCADORIA. VIOLAÇÃO. LEI ESTADUAL. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 280/STF. - I - Inobstante terem sido excluídas, expressamente, as seguradoras da figura de sujeito passivo do ICMS na legislação fazendária paulista, esta Corte possui entendimento sumular no sentido de que incide o aludido imposto sobre as vendas de bens salvados de sinistro, por parte da seguradora, eis que tais atividades são habituais, assemelhando-se à circulação de mercadorias. - II - Não cabe a este Tribunal apreciar ofensa a lei local, porquanto está afeito à interpretação da legislação federal. Súmula nº 280/STF. - III - Recurso especial provido. (STJ, 1ª T., RESP 43.952 – SP, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 24-05-04)

ICMS – BENS SALVADOS SUB-ROGATÓRIOS DE SINISTRO – NÃO INCIDÊNCIA

TRIBUTÁRIO. SEGURADORAS. VENDA DE BENS SALVADOS DE SINISTROS. OPERAÇÃO DE SEGURO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. – 1. As seguradoras, ao venderem bens salvados de sinistros a elas sub-rogados em razão de contrato de seguro e por determinação da Susep, objetivam o ressarcimento de despesas com indenizações a que são obrigadas a honrar contratualmente. – 2. Por terem de receber os bens sub-rogados, é razoável que as seguradoras os vendam e contabilizem as receitas auferidas no cálculo atuarial, abatendo-as dos valores dos prêmios a serem pagos aos segurados. – 3. A venda dos bens sub-rogados, com a respectiva transferência das receitas aos segurados via abatimento do prêmio, constitui uma das fases do contrato de seguro, não estando, conseqüentemente, sujeita à tributação de ICMS. – 4. Recurso especial conhecido quanto à alínea “b” e provido. (STJ, 1ª SEÇÃO, RESP Nº 72.204 – RJ (1995/0040999-2), REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 18-10-04)

ICMS – CESTA BÁSICA – ESTORNO PROPORCIONAL – ILEGALIDADE

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTO INTEGRANTE DA CESTA BÁSICA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CREDITAMENTO PELA ALÍQUOTA MAIOR. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ESTORNO PROPORCIONAL. ILEGALIDADE. - 1. A não-cumulatividade do ICMS é norma inserta no Texto Constitucional, art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar 87/96, que também, a despeito de se tratar de norma regulamentadora, dispõe sobre a forma de compensação do tributo, disciplinando-a. - 2. Análise bifronte do aresto recorrido que fundou-se em razões constitucionais e infraconstitucionais. A regra da não-cumulatividade comporta, pelo Texto Constitucional, duas exceções, sendo vedado ao legislador infraconstitucional ampliar o alcance das mesmas. São elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, casos em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto objeto de creditamento. Em conseqüência, a redução da base de cálculo não se confunde com a isenção. Precedentes do STJ. - 3. Assim, decidiu com acerto o Eg. Tribunal *a quo* no sentido de que “O fato de ter-se redução da base de cálculo, nas operações subseqüentes não autoriza a anulação proporcional do crédito fiscal das operações anteriores.” - 4. Partindo-se dessa premissa, o estorno proporcional do imposto creditado não se aplica à hipótese de redução da base de cálculo. Isto porque, conforme já acentuado, as exceções à possibilidade de utilização dos créditos tributários previstas na Constituição da República e na Lei Complementar n. 87/96, como sói acontecer em matéria tributária, somente comportam interpretação restritiva.

Conseqüentemente, “É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subseqüente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto.” (RESP 343.800-MG). Necessidade de uniformização do entendimento no afã de evitar a cognominada “guerra fiscal” entre os estados federados. - 5. Deveras, impõe-se observar que a Lei Complementar 87/96 é posterior ao Convênio 66/88 e que é legislação complementar de hierarquia superior, cuja matéria foi regulada por lei posterior; nesta parte, derogante. Os convênios, como fontes secundárias do Direito Tributário, não podem regular contra *tehorem legis*, devendo-se adstringir aos termos da lei. - 6. Recurso Especial desprovido. (STJ, 1ª T., RESP 615.365 – RS (2003/0231333-3), REL. MIN. LUIZ FUX, DJ 02-08-04)

ICMS – COMÉRCIO ATACADISTA DE DERIVADOS DO PETRÓLEO – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS NO PRÓPRIO MÊS EM QUE A MERCADORIA DÁ ENTRADA NO ESTABELECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. - 1. Não incorre em omissão, contradição ou obscuridade, o acórdão que, mesmo sem ter se pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa e concisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litígio. - 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (STJ, AG Nº 493.556, REL.ª MIN.ª DENISE ARRUDA, DJ 04-10-04)

ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – CONSTRUÇÃO CIVIL – CONVÊNIO ICMS 71/89 – LEGALIDADE

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, em face de acórdão que decidiu pela improcedência de ação anulatória de débito fiscal proposta por empresa de construção civil. No voto condutor do acórdão recorrido restou assentado: “1.2. Não é ilegal e muito menos inconstitucional o Convênio ICMS 71/89 se o mesmo fora convencionado pelos Estados signatários por autorização expressa da própria CF no § 8º do art. 34 do ADCT, pena de considerar inconstitucional o próprio texto da Constituição, interpretação que

não é jurídica e tampouco curial. 1.3. Ora se a Autora adquire mercadorias necessárias a sua atividade comercial de construção civil para vendê-las incorporadas ao produto final a terceiros, a toda evidência é contribuinte do ICMS, razão porque inexistente qualquer violação do § 1º do art. 8º do Decreto-Lei no 406/68 que define as empresas de construção civil como contribuintes do ICMS. 1.4. De nenhuma pecha de inconstitucionalidade padece o Decreto Estadual no 32.535/91 que definiu a Autora como contribuinte do ICMS na ausência de lei complementar, eis que o referido Diploma Legal tem Arrimo no próprio Convênio ICMS 71/89 se o mesmo fora convencionado pelos Estados signatários que a seu turno tem lastro no § 8º do art. 34 do ADCT.” Alega-se violação ao art. 155, § 2º, VII “a” e VIII, da Carta Magna. A controvérsia foi decidida com base na legislação infraconstitucional. Portanto, a ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário, v.g., o AgRAI 498.352, 2ª T. Rel. Carlos Velloso, DJ 15.10.04 e o AgRAI 479.357, 1ª T. Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 08.10.04. Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC). (STF, RE 368.470-1, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJ 14-12-04)

ICMS – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DEVIDO AO ESTADO ONDE SE LOCALIZA O DESTINATÁRIO

TRIBUTÁRIO-ICMS-EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL-COMPRAS INTERESTADUAIS-DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. É devido ao Estado onde se localiza o destinatário o diferencial da alíquota interna/interestadual do ICMS, decorrente de operações de compra, em Estado diverso, de mercadorias destinadas à aplicação em obras contratadas por empresas da construção civil. (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.159590-3/001, REL. DES. WANDER MAROTTA, DJMG 02-02-05)

ICMS – DIFERIMENTO – MENÇÃO EQUIVOCADA NA NOTA FISCAL – EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO

TRIBUTÁRIO - DIFERIMENTO - ICMS - MENÇÃO EQUIVOCADA DO DIREITO A ESSE BENEFÍCIO NA NOTA FISCAL - IRRELEVÂNCIA NA SUJEIÇÃO DO DEVEDOR AO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. Se a administração fazendária anota por equívoco, na nota fiscal emitida, a ocorrência de diferimento, não tem, no entanto, a equivocada menção, o condão de isentar o devedor da sujeição à exigibilidade do tributo (ICMS). (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0446.04.910507-0/001, REL. DES. HYPARCO IMMESI, DJMG 10-12-04)

ICMS – DIFERIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DEFINIDOS EM LEI OU NO RICMS

ICMS - DIFERIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO IMPOSTA NO RICMS - PERDA DO PRIVILÉGIO. 1. A manutenção do privilégio do diferimento da obrigação tributária exige que o contribuinte cumpra os requisitos definidos na lei ou no regulamento do tributo, que é expressão do poder regulamentar do Estado. (...) (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0520.03.002684-0/001, REL. DES. NEPOMUCENO SILVA, DJMG 17-12-04)

ICMS – DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL – VENDA INDIRETA A CONSUMIDOR FINAL – INCIDÊNCIA

TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES DE ÓLEO DIESEL. DESCONHECIMENTO PRÉVIO DO DESTINO. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. TABELAMENTO DE PREÇOS. LEGALIDADE. Tocando à Distribuidora de combustíveis o recolhimento do complemento do imposto quando desconhecido previamente o destino da mercadoria, cujos valores iniciais daquele são antecipados pela Refinaria, nenhuma ilegalidade há na exigência fiscal consubstanciada na falta de cumprimento da obrigação tributária, dela não se podendo eximir por se ter promovido as operações tributadas a consumidor direto, sem a participação de postos de gasolina, desde que exigido o tributo e fixada a base de cálculo de acordo com o preço tabelado para as vendas a consumidor no Estado. (TJMG, 6ª CÂM., AP/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0433.01.039462-8/001, REL. DES. MANUEL SARAMAGO, DJMG 23-12-04)

ICMS – EMPRESA DE TELEFONIA – TRANSFERÊNCIA DO RISCO DA ATIVIDADE ECONÔMICA AO ESTADO – IMPOSSIBILIDADE

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEFONIA MÓVEL. INADIMPLÊNCIA DOS USUÁRIOS, CLONAGEM E FURTO DE LINHA. A empresa de telefonia não se isenta do recolhimento do ICMS sobre

serviços de telefonia móvel em caso de inadimplência dos usuários, clonagem e furto de linha, pois tais situações estão inseridas no risco da atividade econômica, que não pode ser transferido para o Estado. Tais situações não descaracterizam a onerosidade do serviço. Por não se vislumbrar ilegalidade, abuso de poder ou violação a direito líquido e certo do impetrante, mantém-se a decisão de 1º grau que denegou a segurança impetrada. (TJMG, 3ª CÂM., AP Nº 1.0702.02.011358-6/001, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, DJMG 01-10-04)

ICMS – EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS DE TELEFONIA OU DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRINCÍPIO DA IMUNIDADE RECÍPROCA – NÃO CABIMENTO

Ação declaratória. ICMS. Município. Prestação de serviço de telefonia e energia elétrica. Imunidade. O princípio da imunidade tributária entre pessoas jurídicas de direito público consagrado na Carta Magna não alcança o ICMS exigido do município por empresas concessionárias de serviços de telefonia ou de fornecimento de energia elétrica. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.700966-1/001, REL. DES. MANUEL SARAMAGO, DJMG 19-10-04)

ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – LIMITE TEMPORAL (LC 87/96)

ICMS - Aproveitamento de crédito sobre energia elétrica - Possibilidade a partir vigência LC 87/96 - Limite temporal imposto pela LC 102/00 que não implica em vulneração do princípio da não-cumulatividade - Matéria reservada à lei complementar - Inconstitucionalidade afastada - Aplicação da regra da LC 102/00 a partir de janeiro/2001, por decisão liminar do STF, em sede de ADIN - Correção monetária de créditos escriturais - Impossibilidade - Reforma da sentença para denegar a segurança no tocante ao pedido principal de aproveitamento imediato dos créditos e concedê-la quanto ao pedido sucessivo de que o adiamento imposto pela LC 102/00 prevaleça somente para os créditos adquiridos a partir de janeiro/2001. (TJMG, 3ª CÂM., AP Nº 1.0000.00.239850-1/000, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, DJMG 26-11-04)

ICMS – FERROLIGA – PRODUTOS SEMI-ELABORADOS

TRIBUTÁRIO - ICMS - PRODUTOS SEMI-ELABORADOS - ART. 1º E INCISOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 65/91 - NÃO-INCIDÊNCIA DO ICMS. - 1. Para ser considerado semi-elaborado, o produto deve preencher cumulativamente, no mínimo, dois dos requisitos dos incisos I, II e III, do art. 1º da Lei Complementar n. 65/91. - 2. Não se conhece de recurso especial quando a decisão atacada trata de matéria de cunho eminentemente constitucional. - 3. Recurso especial não conhecido. (STJ, 2ª T., RESP 147.960 – MG (1997/0064434-0), REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 01-02-05)

ICMS – IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS POR EMPRESA SITUADA EM OUTRO ESTADO – SIMULAÇÃO CONFIGURADA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. – Operação simulada ou importação indireta – Empresa localizada em outro estado usada como estampa na importação – Mercadoria desembaraçada no Porto de Santos e encaminhada diretamente para empresa paulista, objetivando a diminuição do custo operacional – Tributo devido ao Estado Bandeirante. – Informação de pagamento do tributo – Extinção do processo recusada pela Fazenda ante a falta de recolhimento aos cofres do estado – Tema a ser discutido na execução – Dá-se provimento ao recurso e à remessa oficial. — (...) Trata-se de importação de mercadoria feita por empresa situada em outro estado, a qual foi usada apenas para o fornecimento de seus dados cadastrais, vez que o produto foi desembaraçado no Porto de Santos e encaminhado, diretamente, à empresa localizada em São Paulo, circulando, portanto, durante todo o tempo dentre deste estado, caracterizando, desta forma, operação simulada. – A importação indireta ou operação simulada, é posta às claras pela transferência de propriedade por aquela que, em tese, estaria importando o produto a fim de revendê-lo àquela que o recebeu diretamente, ficando, pois, restrita a circulação ao Estado de São Paulo, incidindo em infração lesa fisco. (...) (TJSP, 5ª CÂM., AP Nº 194.789-5/0-00 – SP, REL. DES. RICARDO ANAFE, JULG 18-11-04)

ICMS – INCIDÊNCIA – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIA DESTINADA À EXPORTAÇÃO

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que determinou a não incidência do ICMS sobre o transporte interestadual de produtos destinados à exportação. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a, violação ao art. 155, § 2º, incisos IV e X, a, da Constituição Federal. 2. Consistente o recurso. Examinando a mesma

questão jurídica, a Primeira Turma, no julgamento do RE N° 340.855-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU de 04.10.2002, sintetizou a posição aturada da Corte a respeito: “É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, “a” da Constituição Federal, excludente da incidência do ICMS às operações que destinem ao exterior produtos industrializados, não é aplicável às prestações de serviço de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação”. É essa, deveras, a velha jurisprudência da Corte (cf.: 1ª Turma, RE n° 196.527, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j.06.04.99, DJU 13.08.99; 2ª Turma, RE n° 212.637, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 25.05.99, DJU 17.09.99, in RTJ 172/294). 3. Isto posto, valendo-me do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n° 9.756/98 e pela Lei 8.950/94, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se INT. Brasília, 09 de setembro de 2004. Min. CEZAR PELUZO. Relator. (STF, 1ª T., RE 208.092-6 – MG, REL. MIN. CEZAR PELUSO, DJ 09-09-04)

ICMS – PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO – IMPOSSIBILIDADE

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar a questão suscitada na presente causa, firmou entendimento no sentido de não reconhecer, ao contribuinte, o direito de creditar-se do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou a integração no ativo fixo do seu próprio estabelecimento. Cabe enfatizar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial que afasta a alegação de ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade tem sido observada em sucessivos julgamentos proferidos, por esta Corte, sobre a matéria ora em exame (AI 381.634-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - AI 402.173-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM RE 361.622/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.): TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento. ‘Não implicara crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou a integração no ativo fixo do estabelecimento’ (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso não conhecido. (RE 200.168 / RJ, REL. MIN. ILMAR GALVÃO - grifei) O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora questionado ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, pelas razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário. (STF, RE N° 418.757-4 – MG, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ 24-05-04)

ICMS – SEMI-ELABORADOS – DEFINIÇÃO EM LEI COMPLEMENTAR DEVE PREVALECER SOB OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELO PERITO

Direito Tributário. ICMS. Produtos semi-elaborados. Exportação. Imunidade tributária. Art. 155, II, §2º, X, ‘a’, da Constituição Federal. Lei Complementar 65/91. Definição abstrata. Previsão na Listagem do Convênio ICMS. Durante a vigência da Lei Complementar 65/91, a norma imunitória alcançava as operações que destinavam ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar, e, conseqüentemente, relacionados, de maneira específica, em Convênios, por força de delegação expressa. A existência de um regramento especial, trazendo uma definição jurídica de produtos semi-elaborados, deve prevalecer sobre os critérios utilizados pelo perito, por questão de segurança jurídica, sem desmerecer seu digno trabalho. Vale dizer, para fins tributários, há um conceito jurídico de produtos semi-elaborados, sujeitos à incidência do ICMS. Apelo não provido. (TJMG, 6ª CÂM., AP N° 1.0024.01.052906-3/001, REL. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI, DJMG 03-12-04)

ICMS SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO PRESTADOS POR PROGRAMADORAS DE TV

ICMS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO - PROGRAMADORA DE TV A CABO - INCIDÊNCIA. As programadoras de TV a cabo exercem atividade passível de incidência do ICMS, pois tal atividade pode ser conceituada como prestação de serviço de comunicação. (TJMG, 7ª CÂM., EINFN N° 1.0024.02.724174-4/002 (NA AP N° 1.0024.02.724174-4/001), REL. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, DJMG 03-03-05)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – RESSARCIMENTO – IMPOSSIBILIDADE

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. ARTIGO 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E REAL. DIFERENÇA APURADA. RESSARCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A cláusula

constitucional de ressarcimento imediato e preferencial - artigo 150, § 7º, da Constituição Federal - somente diz respeito à não ocorrência do fato jurígeno presumido e não à existência de diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo realizada na operação de circulação de mercadorias tributada, no caso de ICMS. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. LITÍGIO. SIMPLICIDADE. ARTIGO 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nas ações de grande valor da causa, considerando-se ainda a simplicidade da lide, o montante arbitrado pelo magistrado não está vinculado aos limites determinados pelo § 3º, do artigo 20, do Código de Processo Civil, quais sejam, percentual mínimo de 10% e máximo de 20% sobre o valor da causa. O Código de Processo Civil, em seu artigo 20, § 4º, estabelece as hipóteses em que os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do magistrado, observados o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; e a natureza e importância da causa. (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0702.01.021047-5/001, REL.ª. DES.ª. MARIA ELZA, DJMG 08-10-04)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS – TAXA SELIC – LEGALIDADE

EMBARGOS À EXECUÇÃO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - LEGALIDADE DA COBRANÇA. JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC - LEGALIDADE. - Verifica-se pela CDA, ter utilizado a embargada o valor da diferença entre o menor preço máximo de venda ao consumidor neste Estado e o preço de venda ao consumidor no município de destino, sendo o apelante responsável pelo recolhimento desta diferença, em conformidade com a legislação estadual. - Em relação à utilização da taxa SELIC para aplicação dos juros de mora, é legal e constitucional a sua incidência, visto que encontra amparo legal na Resolução 2.816, de 25.09.96, alterada pela Resolução 2.825, de 01.11.96, expedidas com fulcro na Lei Federal nº 9.065, de 30.06.95, em conformidade com a Lei Estadual 6.763, em seu artigo 226. (TJMG, 1ª CÂM., AP Nº 1.0027.01.010052-0/001, REL.ª. DES.ª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, DJMG 19-10-04)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA – LEI COMPLEMENTAR 87/96 – RESTITUIÇÃO

Embargos Infringentes. Tributário. ICMS. Substituição tributária progressiva. Lei Complementar nº 87/96. Preço de venda menor que aquele que serviu de base de cálculo para a incidência do ICMS. Entendimento pessoal de que seria possível reaver a diferença, admitindo ao substituído, assim, a faculdade de pleitear a devolução do ICMS pago por força da substituição tributária, se o fato gerador não se concretizasse, ainda que parcialmente. Reformulação da orientação face ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, declarando constitucional a cláusula primeira do Convênio ICMS 13/97, pela qual “Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.” Acolhimento dos embargos. (TJMG, 7ª CÂM., EINFN Nº 1.0000.00.340828-3/002 (NA AP Nº 1.0000.00.340828-3/000), REL. DES. PINHEIRO LAGO, DJMG 15-12-04)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO COMO DEFINITIVO – IMPOSSIBILIDADE

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. DEFINITIVIDADE. Prevalece, como definitivo, o valor do imposto pago em regime de substituição tributária para frente ou progressiva, não havendo que se falar em restituição, ainda que o valor real da operação seja diverso do valor presumido. Nega-se provimento à apelação. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0027.03.008119-7/001, REL. DES. ALMEIDA MELO, DJMG 07-12-04)

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – VENDA PRESUMIDA – RESTITUIÇÃO OU COMPLEMENTAÇÃO DO IMPOSTO PAGO – IMPOSSIBILIDADE

(...) Aplicável, pois, à hipótese o enunciado da Súmula n. 126 do STJ, assim expressa: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. (...) – (...) Ainda que superados esses óbices, é oportuno acentuar, quanto ao tema meritório, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN n. 1.851-AL, entendeu não ser restituível a diferença entre o imposto pago sobre a base de cálculo presumida e aquele que seria devido na hipótese de realização da venda por preço inferior. Definindo o fato gerador presumido como definitivo, e não provisório, o STF considerou que somente é possível a restituição ou complementação do imposto pago nos casos de não-realização da venda presumida. (...) (STJ, AI Nº 437.991 – MG (2002/0012141-4), REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 08-09-04)

ICMS – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PRODUTOS DESTINADOS À EXPORTAÇÃO – INCIDÊNCIA

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão que determinou a não incidência do ICMS sobre o transporte interestadual de produtos destinados à exportação. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a, violação ao art. 155, § 2º, incisos IV e X, a, da Constituição Federal. 2. Consistente o recurso. Examinando a mesma questão jurídica, a Primeira Turma, no julgamento do RE Nº 340.855-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU de 04.10.2002, sintetizou a posição aturada da Corte a respeito: “É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a imunidade tributária prevista no artigo 155, § 2º, X, ”a” da Constituição Federal, excludente da incidência do ICMS às operações que destinem ao exterior produtos industrializados, não é aplicável às prestações de serviço de transporte interestadual de produtos industrializados destinados à exportação”. É essa, deveras, a velha jurisprudência da Corte (cf.: 1ª Turma, RE nº 196.527, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j.06.04.99, DJU 13.08.99; 2ª Turma, RE nº 212.637, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 25.05.99, DJU 17.09.99, in RTJ 172/294). 3. Isto posto, valendo-me do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98 e pela Lei 8.950/94, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido, invertidos os ônus da sucumbência. **(STF, RE Nº 207996, REL. MIN. CEZAR PELUSO, DJ 08-10-04)**

ICMS – TRANSPORTE DE MERCADORIAS DESTINADAS À EXPORTAÇÃO – INCIDÊNCIA

ICMS. OPERAÇÃO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DESTINADAS À EXPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE A OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ISENÇÃO SÓ EXISTENTE NA SEGUNDA FASE DESSA OPERAÇÃO CONSISTE NA CIRCULAÇÃO ENTRE O PORTO DE EMBARQUE E O PAÍS DE DESTINO. EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO IMPROVIDA. Sobre a prestação de serviço interestadual de transporte de mercadorias destinadas à exportação incide o ICMS, só ocorrendo a não-incidência prevista no art. 155, inciso II, da Constituição Federal, sobre a operação de circulação do produto exportado entre o porto de embarque e o país de destino, razão pela qual se impõe o improvimento da apelação interposta da sentença pela qual foram julgados improcedentes os embargos de deverdor opostos pela empresa contribuinte à execução fiscal que tem por objeto a cobrança da Dívida Ativa resultante da tributação da primeira parte dessa operação que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais. **(TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0518.01.001108-9/001, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO, DJMG 04-02-05)**

ICMS – VALOR ARBITRADO – LEGALIDADE

DIREITO TRIBUTÁRIO. INIDONEIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO CONTRIBUINTE. ARBITRAMENTO DO VALOR DO TRIBUTO. LEGALIDADE. Segundo lições de MISABEL ABREU MACHADO DERZI, “o arbitramento é remédio sancionante que viabiliza o lançamento, em face da imprestabilidade dos documentos e dados fornecidos pelo próprio contribuinte ou por terceiro legalmente obrigado a informar.” (“in” Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord.: Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 390/391). **(TJMG, 2ª CÂM., REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.01.025625-3/001 (CONEXÃO: 1.0024.01.552753-4/001), REL. DES. BRANDÃO TEIXEIRA, DJMG 20-08-04)**

IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA – PESSOA JURÍDICA EM CONCORDATA PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE PROVAS – INDEFERIMENTO

PROCESSUAL CIVIL - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - EMBARGOS À EXECUÇÃO - JUSTIÇA GRATUITA - PEDIDO FORMULADO POR PESSOA JURÍDICA - AUSÊNCIA DE PROVAS DA HIPOSSUFICIÊNCIA ALEGADA - INDEFERIMENTO MANTIDO. De acordo com o pacífico entendimento da jurisprudência, o valor da ação de embargos à execução deve corresponder ao valor dado à ação executiva, sobretudo quando o crédito perseguido é impugnado integralmente. Se o pedido de Justiça Gratuita formulado pela pessoa jurídica faz-se desacompanhado de provas da alegada hipossuficiência, impõe-se a manutenção do indeferimento da prerrogativa, não se mostrando bastante a mera afirmativa de que a sua empresa-controladora encontra-se no cumprimento de concordata preventiva. Recurso a que se nega provimento. **(TJMG, 7ª CÂM., AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.04.312023-7/001, REL. DES. PINHEIRO LAGO, DJMG 16-02-05)**

INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER – DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

AGRAVO REGIMENTAL – INDEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA – PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ. Inexistindo ilegalidade ou abuso de poder deve ser mantida a decisão monocrática que indeferiu a antecipação da pretensão recursal, em virtude da discricionariedade do Julgador. (TJMG, 6ª CÂM., AGRG Nº 1.0223.04.139106-9/002 EM AG 1.0223.04.139106-9/001, REL. DES. MANUEL SARAMAGO, DJMG 26-11-04)

IPVA – ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS: CARÁTER NÃO PROGRESSIVO – CONSTITUCIONALIDADE

Tributário. Estado de São Paulo. IPVA. Lei Estadual nº 6.606/89 com as alterações das Leis nºs 7.002/90 e 7.644/91. Constitucionalidade. Caráter não progressivo. Orientação do STF. Regimental não provido. (STF, 2ª T., AGRG NO RE Nº 413.239-7 – SP, REL. MIN. NELSON JOBIM, DJ 20-04-04)

LC Nº 87/96, MODIFICADA PELA LC 102/2000 – LIMITAÇÃO TEMPORAL – CONSTITUCIONALIDADE

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, em apelação cível, manteve a sentença que julgou improcedente mandado de segurança sustentando não haver nenhuma inconstitucionalidade no texto da LC nº 87/96, modificada pela LC nº 102/2000, que prevê condição intertemporal para a utilização dos créditos decorrentes da entrada, no estabelecimento, de bens móveis destinados a uso, consumo ou ativo fixo, bem como de energia elétrica e de serviços de comunicação necessários à atividade da empresa. Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos. Daí o recurso extraordinário, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, com alegação de ofensa aos arts. 150, I e III, b; e 155, § 2º, I e XII, c, da mesma Carta, que foi inadmitido. A decisão é de ser mantida. A uma, porque, como bem assentado na decisão agravada, _o Colegiado, ao dirimir a controvérsia, não o fez sob o enfoque que ora busca lhe imprimir a recorrente, limitando-se o voto condutor do acórdão, a analisar a verificação da constitucionalidade da limitação temporal estabelecida pela LC nº 87/96, para aproveitamento dos créditos oriundos da aquisição de bens destinados ao uso ou consumo e ao ativo fixo do estabelecimento _ (fl. 179). É dizer, a ofensa à Lei Maior, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário, conforme reiteradas decisões da Suprema Corte: RE 144.840/SP, AI 208.774-AgR/DF, AI 208.864-AgR/SP, AI 146.952-AgR/PA, inter plures. Ainda que superado tal óbice, o agravo não prosperaria, porquanto a questão do aproveitamento de créditos de ICMS sobre luz e telefone já foi dirimida na Corte. Menciono o RE 200.168/RJ, Relator o Min. Ilmar Galvão, cuja ementa a seguir transcrevo: EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento. 'Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento' (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso não conhecido. ("DJ" de 22.11.96) Nego seguimento ao agravo. (STF, AI Nº 468.966, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, DJ 29-06-04)

LIMITAÇÕES ESTABELECIDAS PELA LC Nº 102/2000 – NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE

TRIBUTÁRIO - ICMS - COMPENSAÇÃO - LEI COMPLEMENTAR Nº 102/00. O regramento constitucional da não-cumulatividade do ICMS não tem a ilimitada conotação que se lhe quer dar. Se, de um lado, a CF previu a não-cumulatividade, de outro, possibilitou que a lei complementar disciplinasse o regime de compensação do imposto, em clara demonstração de que a sistemática deve ter regras. Assim, não ferem o princípio da não-cumulatividade as limitações estabelecidas pela Lei Complementar nº 102/2000. (TJMG, 8ª CÂM., AP/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0024.02.801101-3/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 02-03-05)

MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR PARTIDO POLÍTICO PARA IMPUGNAR MAJORAÇÃO DE TRIBUTO – IMPOSSIBILIDADE

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está,

pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, SESSÃO PLENÁRIA, RE 196.184-8 - AM, REL.^a. MIN.^a. ELLEN GRACIE, DJ 18-02-05)

MANDADO DE SEGURANÇA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – PROVIMENTO NEGADO

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE REFORMA DE SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM, PARA QUE SE RECONHEÇA IMPROCEDÊNCIA DE MULTA C/C COBRANÇA DIFERENÇAS ICMS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NEGAR PROVIMENTO. Ausência de prova de qualquer ilegalidade ou irregularidade na atuação fiscalizatória Estatal. Constatação necessidade dilação probatória. Impossibilidade nesta via processual. Sentença que, justificadamente, deu escorrido deslinde ao feito. Recurso desprovido. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0245.03.032669-9/001, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 10-12-04)

MANDADO DE SEGURANÇA – PRAZO DECADENCIAL (120 DIAS) – CONTAGEM A PARTIR DA NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO

DIREITO TRIBUTÁRIO - ICMS - IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES - IMPORTADOR NÃO COMERCIANTE - DECADÊNCIA. É cabível a impetração da segurança contra crédito tributário ilegitimamente constituído, tal como se verifica da leitura do artigo 5º, inciso LXIX, da CF/88 e do art. 1º da Lei 1.533/51, mas a impetração tem de observar o prazo decadencial prescrito pela lei que trata do mandado de segurança, qual seja, o de cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (artigo 18 da Lei nº 1.533/51). No caso, não se impugna a exigibilidade genérica da exação, mas sim ato específico de cobrança, consubstanciado no lançamento do tributo, ato único e concreto da autoridade coatora, do qual o impetrante teve ciência em data anterior aos 120 dias mencionados. A notificação de lançamento do tributo que o fisco considera devido se afigura como o elemento caracterizador da lesividade, a ensejar a impetração da segurança, uma vez que o lançamento constitui ato de efeito concreto, e a partir de sua notificação já tem o contribuinte legitimidade para impugná-lo judicialmente (princípio da *actio nata*). (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0433.03.090092-5/001, REL. DES. WANDER MAROTTA, DJMG 15-12-04)

MASSA FALIDA – A EXCLUSÃO DOS JUROS POSTERIORES À DECRETAÇÃO DE QUEBRA É CONDICIONADA À INSUFICIÊNCIA DO ATIVO PARA PAGAMENTO

Configura-se a multa moratória pena administrativa, sendo vedada a sua cobrança da massa falida. Quanto aos juros de mora, sua incidência está condicionada à suficiência do ativo para o pagamento do principal. (TJMG, 4ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0693.02.014491-3/001, REL. DES. CARREIRA MACHADO, DJMG 14-10-04)

NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO BASEADO EM LIMINAR CASSADA – IRREGULARIDADE

Não recolhimento do tributo por substituição tributária fundado em liminar cassada, concedendo classificação à empresa destinatária do produto. Irregularidade. - Além da cassação da liminar que dava classificação à empresa que a isentava de determinadas obrigações fiscais, a mesma não beneficiava o terceiro como substituto tributário, já que tal situação não foi levantada, nem poderia, no mandado interposto. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0520.03.002512-3/001, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 23-12-04)

NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO – ONUS PROBANDI DO CONTRIBUINTE

TRIBUTÁRIO - CRÉDITO DE ICMS - NOTAS FISCAIS CONSIDERADAS INIDÔNEAS PELO FISCO - DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DA OPERAÇÃO COMERCIAL *ONUS PROBANDI* DO CONTRIBUINTE. - 1. A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo. Precedentes. - 2. Necessidade de o Tribunal, soberano na análise da prova, rejulgar o feito nos limites traçados neste julgamento porque não certificado no acórdão recorrido que a empresa embargante comprovou as efetivas transações. - 3. Recurso especial provido em parte. (STJ, 2ª T., RESP Nº 470.633 – MG, REL.^a. MIN.^a. ELIANA CALMON, DJ 11-10-04)

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DEVIDA E INADIMPLIDA – CORRETA A APLICAÇÃO DE MULTA

Apelação Cível. Embargos do devedor. Obrigação tributária principal confessada. Obrigação acessória devida e inadimplida. Sanção prevalente. Recurso não provido. - 1. Havendo confissão quanto à obrigação tributária principal, conclui-se que é exigível a obrigação acessória a ela conexa. - 2. Inadimplida a obrigação tributária acessória, revela-se correta sanção aplicada em forma de multa. - 3. Apelação Cível conhecida e não provida. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0439.02.002418-8/001, REL. DES. CAETANO LEVI LOPES, DJMG 03-12-04)

PENHORA – BENS DE PESSOA JURÍDICA

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BENS DE PESSOA JURÍDICA. BENS INDISPENSÁVEIS À SOBREVIVÊNCIA DA EMPRESA. ART. 649, INC. IV, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. - I - Os bens da pessoa jurídica são penhoráveis, admitindo-se, em hipóteses excepcionais, a aplicação do inciso IV do artigo 649 do CPC, quando se tratar de pessoa jurídica de pequeno porte ou micro-empresa ou, ainda, firma individual, e os bens penhorados forem indispensáveis e imprescindíveis à sobrevivência da empresa. - II - A exceção à penhora de bens de pessoa jurídica deve ser aplicada com cautela, a fim de se evitar que as empresas fiquem imunes à constrição de seus bens e, conseqüentemente, não tenham como ser coagidas ao pagamento de seus débitos. - III - Tendo o Tribunal *a quo* considerado que os bens penhorados (carteiras escolares, cadeiras escolares, mesas, armários, máquina de escrever e arquivos) são indispensáveis à atividade da escola executada, é defeso a este STJ, em sede de recurso especial, reapreciar a questão, vez que ensejaria o reexame do substrato fático dos autos (Súmula 7 dos STJ). - IV - Recurso especial improvido. (STJ, 1ª T., RESP 512.555 – SC (2003/004066-3), REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 24-05-04)

PENHORA DE MERCADORIAS ENCONTRADAS NO ESTOQUE – POSSIBILIDADE

Agravo de Instrumento. Execução fiscal. Decisão que autorizou a penhora de mercadorias encontradas no estoque da Agravante. Possibilidade. Desde que não haja bens disponíveis, ou passíveis de garantir ao Estado o recebimento de seus créditos de ICMS, não quitados pela empresa devedora, torna-se possível a penhora de mercadorias constantes do estoque da Agravante, conforme entendimento do art. 11, § 1º, c/c art. 15, II, da Lei nº 6.830/80. (TJMG, AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.03.135937-5/001, REL. DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 26-11-04)

PENHORA – NOMEAÇÃO DE BENS – MODELO DE CONTRATO DE SEGURO – GARANTIA – REJEIÇÃO

EXECUÇÃO FISCAL - NOMEAÇÃO DE BENS - REJEIÇÃO - CONFIRMAÇÃO. Se o devedor nomeia à penhora bens de frágil segurança para o credor, este pode rejeitar a nomeação, a fim de que a constrição recaia sobre bens hábeis à garantia do juízo, eis que a execução é feita em seu proveito. Modelo de contrato de seguro-garantia não se presta à garantia do juízo, sendo correta a r. decisão que o rejeitou. (TJMG, 7ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0027.01.008845-1/001, REL. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, DJMG 22-12-04)

PENHORA – RECUSA PELO CREDOR QUANDO ESTE INDICAR OUTROS BENS MAIS VANTAJOSOS À GARANTIA OU QUANDO SE TRATAR DE BENS IMPENHORÁVEIS

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – ORDEM DO ART. 11 DA LEI – RECUSA PELO CREDOR. – 1. A ordem estabelecida no art. 11 da Lei de Execução Fiscal para indicação dos bens à penhora não é absoluta, podendo ser quebrada de acordo com as circunstâncias fáticas. – 2. Pode o credor recusar a indicação dos bens ofertados pelo devedor em duas hipóteses: quando os bens não podem ser penhorados ou, quando desobedecida a ordem na oferta, vem o credor indicar outros bens mais vantajosos para a garantia. – 3. Recurso especial provido. (STJ, 2ª T., RESP Nº 437.672 – SP (2002/0066525-3), REL.ª. MIN.ª. ELIANA CALMON, DJ 17-08-04)

PENHORA SOBRE SALDO EM CONTA BANCÁRIA – POSSIBILIDADE

EXECUÇÃO FISCAL - BLOQUEIO DE CONTA BANCÁRIA NO LIMITE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO - ADMISSIBILIDADE. Frustradas as diligências no sentido de localizar bens penhoráveis, de propriedade da devedora, que somente os nomeia após o prazo assinado, com apresentação de mercadorias facilmente deterioráveis, admite-se recaia a garantia sobre saldo em conta-corrente bancária no limite do débito tributário. (TJMG, 7ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0040.03.015670-3/001, REL. DES. WANDER MAROTTA, DJMG 07-12-04)

PENHORA SOBRE VEÍCULO COM “PLACA CORTADA” – POSSIBILIDADE

PENHORA. VEÍCULOS. PLACA CORTADA. PRESUNÇÃO DE PERECIMENTO. INOCORRÊNCIA. A existência da expressão “placa cortada” no prontuário do veículo sobre o qual se pretende recaia a penhora em execução fiscal não gera a presunção de que o bem tenha perecido materialmente. (TJMG, 8ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.97.115281-4/001, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO, DJMG 16-03-05)

PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA SEM A NECESSÁRIA LIQUIDEZ – IMPOSSIBILIDADE

Penhora – Títulos da dívida pública – Iliquidez. (TJMG, 6ª CÂM., AG Nº 1.0056.04.073395-0/002, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 03-12-04)

PRAZO DECADENCIAL – TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – ART. 150 § 4º CTN

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TERMO *A QUO*. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ICMS. - I - Conforme já decidiu a egrégia Primeira Seção desta Corte, o prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, será de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador. - II - Embargos de divergência acolhidos para declarar extinto o crédito tributário pela decadência. (STJ, 1ª SEÇÃO, EDIV EM RESP Nº 184.262 – SP (1999/0074605-8), REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 27-09-04)

PRESCRIÇÃO – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE.- A teor do disposto no artigo 166 do Código Civil de 1916, no artigo 194 do atual Código Civil, e no artigo 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil, não pode o juiz, de ofício, reconhecer a prescrição em execução fiscal; feito que envolve direitos patrimoniais. - V.V. - EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. Transcorrido o prazo de cinco anos contados da constituição do crédito tributário, sem que haja corrido nenhuma das hipóteses do parágrafo único do art. 174, prescrita está eventual ação de cobrança. É possível o conhecimento, de ofício, da prescrição de créditos tributários, pois, nesta seara, não vigora a disponibilidade dos interesses da Fazenda Pública ou dos contribuintes, que têm feição absolutamente diversa daqueles de natureza patrimonial. Em matéria de prescrição do crédito tributário, por força do disposto no art. 146, inc. III, b da CF/88, em caso de conflito entre as regras do CTN e da Lei de Execuções Fiscais, aquelas prevalecem sobre estas. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0672.99.001048-6/001, REL. DES. AUDEBERT DELAGE, REL. P/O ACÓRDÃO DES. MOREIRA DINIZ, DJMG 14-10-04)

PRESCRIÇÃO – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DECRETAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE- REQUERIMENTO FORMULADO POR CURADOR ESPECIAL REGULARMENTE INDICADO - POSSIBILIDADE. 1 - A prescrição não pode ser decretada de ofício pelo magistrado. Todavia, se na resposta a recurso ofertado pelo Fisco, curador especial, regularmente indicado, invoca a prescrição, a questão deve ser examinada pelo Tribunal. 2 - Situação em que, examinada a questão, afasta-se a ocorrência da prescrição por não ter a execução fiscal ficado paralisada por prazo igual ou superior a cinco anos. (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0027.96.007917-9/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 16-12-04)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE

EXECUÇÃO FISCAL – FEITO PARALISADO POR MAIS DE 05 ANOS – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – DECRETAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO – PROSSEGUIMENTO DO EXECUTIVO FISCAL QUE SE IMPÕE. É pacífico o entendimento do STJ de que a prescrição intercorrente em execução fiscal não pode ser decretada de ofício pelo Juiz da causa, ainda que o feito esteja paralisado por longos anos. Recurso provido, sentença cassada. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0027.92.006414-7/001, REL. DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES, DJMG 03-12-04)

PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE. - O Juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz. - Dado provimento para cassar a sentença. (TJMG, 3ª CÂM., AP Nº 1.0672.98.007109-2/001, REL. DES. LAMBERTO SANT'ANNA, DJMG 04-02-05)

PRESCRIÇÃO – “SISTEMÁTICA DOS CINCO MAIS CINCO” – TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. DISSÍDIO SUPERADO. - 1. Na assentada de 24.03.04, a Primeira Seção, apreciando os Embargos de Divergência n.º 435.835/SC, pacificou o entendimento de que a “sistemática dos cinco mais cinco” também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF. - 2. Orientação jurisprudencial ratificada, em 09.06.2004, por ocasião do julgamento do EAG n.º 536.039/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 23.08.2004. - 3. Como o novo entendimento aproveita à embargante, merecem provimento os embargos, apesar de a tese apresentada no recurso, e consagrada no aresto paradigma, não ser mais dominante. - 4. Por força da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88, a embargante postulou a repetição de indébito da contribuição ao PIS relativa aos dez anos anteriores à propositura da ação (realizada em 05 de junho de 2000), nos moldes em que esta Corte entende devida. - 5. Embargos de divergência providos. (STJ, 1ª SEÇÃO, EDIV EM RESP Nº 476.076 – RS (2004/0094741-6), REL. MIN. CASTRO MEIRA, DJ 28-02-05)

PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO

TRIBUTÁRIO. ICMS. SISTEMA DE CREDITAMENTO E DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU QUE DIRIMIU A CONTROVÉRSIA SOB A ÓTICA DE PRECEITO CONSTITUCIONAL (ART. 155, § 2º, I). PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. - 1. O acórdão recorrido revela nítido conteúdo constitucional a alicerçar a conclusão adotada, eis que emitiu pronunciamento na linha de que o sistema instituído pela Constituição Federal de compensação entre créditos e débitos deve ser respeitado pelo legislador infraconstitucional, pois visa assegurar a eficácia plena do Princípio da Não-cumulatividade. Confrontadas as normas infraconstitucionais (convênios, decretos e leis estaduais) com o parâmetro constitucional da não-cumulatividade do ICMS, concluiu-se que se trata de matéria constitucional indisponível, mesmo que o contribuinte tenha feito a opção pela base de cálculo reduzida, o que é ineficaz, por se tratar de garantia. - 2. Verificando-se que a tese esposada pelos ilustres julgadores da Corte ordinária importou no exame da legislação existente em face de princípio maior resguardado pela Constituição do País, inviável torna-se o seguimento do recurso especial porque este não possui estrutura adequada para modificar entendimento de tal envergadura. A missão deste apelo nobre é, unicamente, defender a aplicação e interpretação da legislação infraconstitucional, reservada ao recurso extraordinário a defesa dos preceitos insculpidos na Lei Maior de nosso ordenamento jurídico. - 3. Recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul não conhecido. (STJ, 1ª T., RESP 590.968 / RS (2003/0166425-4), REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 10-05-04)

PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE RECURSAL – AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA EFEITO SUSPENSIVO A AI – NÃO CABIMENTO

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL - DESCABIMENTO POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL - PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO. - 1. A lei processual não prevê qualquer recurso contra decisão do relator que indefere pedido de tutela antecipada negada no juízo de origem. Na espécie, houve o expresso recebimento do agravo de instrumento interposto; apenas não lhe sendo deferida a antecipação dos efeitos da tutela. - 2. Diante do princípio da taxatividade recursal, possibilitar a reforma de uma decisão pelo próprio órgão julgador, quando não houver previsão expressa em lei, é o mesmo que criar um recurso não previsto no ordenamento jurídico, o que é terminantemente contrário ao direito. Por conseguinte, não estabelecendo a lei qualquer recurso contra a decisão que dispõe sobre os efeitos da decisão recorrida, não se pode utilizar, como sucedâneo recursal, o agravo regimental. - 3. Recurso não conhecido. (TJMG, 2ª CÂM., AG (C.CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0000.00.353106-8/000, REL. DES. BRANDÃO TEIXEIRA, JULG 19-10-04)

PROVA PERICIAL CONSIDERADA DESNECESSÁRIA – LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. PODER DE LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. Incensurável o despacho judicial que indefere prova pericial por considerá-la desnecessária, e o recorrente não consegue demonstrar o contrário. (TJMG, 8ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0000.00.312364-3/000, REL. SR. DES. FERNANDO BRÁULIO, DJMG 23-02-05)

PROVA PERICIAL – MATÉRIA PRECIPUAMENTE DE DIREITO – INDEFERIMENTO

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS - PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO - DECISÃO CONFIRMADA. É de se confirmar a decisão singular que houve por bem indeferir desnecessária prova pericial contábil, requerida em embargos à execução fiscal, eis que a matéria discutida na mencionada ação incidental é precipuamente de direito ou demanda apenas prova documental. (TJMG, 7ª CÂM., AG Nº 1.0672.02.094734-3/001, REL. DES. EDIVALDO GEORGE DOS SANTOS, DJMG 24-02-05)

RECURSO ESPECIAL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – SÚMULA 83

Agravo de instrumento - Recurso especial interposto com fulcro na alínea “c” do artigo 105 da Carta Magna - Divergência jurisprudencial não-demonstrada - Incidência da Súmula 83 deste Sodalício - Agravo não conhecido. (STJ, AINº 438.252 – MG (2002/0018849-0), REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, DJ 16-11-04)

RECURSO ESPECIAL – EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. - 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. - 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). - 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. - 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Tratam de correção monetária do FGTS, quando a demanda diz respeito a contrato de financiamento habitacional. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. - 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental. (STJ, 1ª T., RESP Nº 552.582 – SE (2003/0114166-9), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, JULG 22-11-04)

RECURSO ESPECIAL – REEXAME NECESSÁRIO DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO A *QUO*. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 07/STJ. - 1. Agravo de instrumento no intuito de reformar decisão que inadmitiu recurso especial. - 2. Fundamentos nos quais se suporta a decisão *a quo* que se apresentam claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao magistrado cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância extraordinária, se não houve omissão do acórdão a ser suprida. Não há necessidade de se abordar, como suporte da decisão, dispositivos legais e/ou constitucionais. Inexiste ofensa ao art.

535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto *a quo*. - 3. Ausência do necessário questionamento dos demais dispositivos legais indicados como afrontados, visto que os mesmos não foram abordados, em nenhum momento, no âmbito da decisão recorrida, mesmo não sendo necessárias a sua menção nem a sua análise. - 4. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. Na via Especial não há campo para se revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula nº 07/STJ). - 5. Recurso não provido. (...) (STJ, AINº 611.902 – MG (2004/0079736-8), REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 21-09-04)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – OFENSA A LEI LOCAL – DESCABIMENTO

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. LEI LOCAL. SÚMULAS 211/STJ E 280/STF. - 1. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*” (Súmula 211/STJ). - 2. “Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário” (Súmula 280/STF) - 3. Agravo improvido. DECISÃO: Vistos. - Cuida-se de agravo de instrumento que visa ao destrancamento de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado: “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. BENEFÍCIOS FISCAIS. LEI ESTADUAL N. 14062/01. PARCELAMENTO DE DÉBITO FISCAL REFERENTE A ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO. PAGAMENTO À VISTA DE MULTA ISOLADA, COM 98% DE DESCONTO. O DESCUMPRIMENTO DO PRAZO LEGAL PARA O PAGAMENTO DAS PARCELAS MENSAS DESAUTORIZA O DEFERIMENTO DE NOVO PARCELAMENTO. AINDA QUE O CONTRIBUINTE TENHA QUITADO A MULTA ISOLADA, ESTA NÃO SERÁ DEDUZIDA EM SUA TOTALIDADE NO RESTANTE DO DÉBITO FISCAL, PORQUE A HOMOLOGAÇÃO DOS BENEFÍCIOS LEGAIS FICA CONDICIONADA AO PAGAMENTO DAS PARCELAS MENSAS, O QUE NÃO ACONTECEU NA HIPÓTESE VERSADA NOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO, POR FORÇA DO ARTIGO 7º, PARÁGRAFO 8º, DA LEI ESTADUAL N. 14062/01” - Sustenta-se violação ao artigo 113, 175 e 181 do Código Tributário Nacional. - Inadmitido o apelo, a parte interessada agravou de instrumento. - É o relatório. Decido. - Da simples leitura do acórdão recorrido, dessume-se que não houve debate acerca dos dispositivos tidos por violados, não sendo viável analisá-los em recurso especial, conforme o disposto no enunciado da Súmula 211/STJ, a saber: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. - Ademais, observa-se a necessidade de confrontar-se o aresto recorrido em face do que dispõe a Lei Estadual nº 14062/01, o que é vedado pela Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário”. - Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. (STJ, AI Nº 641.984 – MG (2004/0164043-9), REL. MIN CASTRO MEIRA, DJ 06-12-04)

REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL CONTRA CO-DEVEDOR INDICADO NO TÍTULO EXECUTIVO – POSSIBILIDADE

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA SÓCIO-GERENTE QUE FIGURA NA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO CO-RESPONSÁVEL. - POSSIBILIDADE. DISTINÇÃO ENTRE A RELAÇÃO DE DIREITO PROCESSUAL (PRESSUPOSTO PARA AJUIZAR A EXECUÇÃO) E A RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL (PRESSUPOSTO PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA). - 1. Não se pode confundir a relação processual com a relação de direito material objeto da ação executiva. Os requisitos para instalar a relação processual executiva são os previstos na lei processual, a saber, o inadimplemento e o título executivo (CPC, artigos 580 e 583). Os pressupostos para configuração da responsabilidade tributária são os estabelecidos pelo direito material, nomeadamente pelo art. 135 do CTN. - 2. A indicação, na Certidão de Dívida Ativa, do nome do responsável ou do co-responsável (Lei 6.830/80, art. 2º, § 5º, I; CTN, art. 202, I), confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva (CPC, art. 568, I), mas não confirma, a não ser por presunção relativa (CTN, art. 204), a existência da responsabilidade tributária, matéria que, se for o caso, será decidida pelas vias cognitivas próprias, especialmente a dos embargos à execução. - 3. É diferente a situação quando o nome do responsável tributário não figura na certidão de dívida ativa. Nesses casos, embora configurada a legitimidade passiva (CPC, art. 586, VI), caberá à Fazenda exequente, ao promover a ação ou ao requerer o seu redirecionamento, indicar a causa do pedido, que há de ser uma das situações, previstas no direito material, como configuradoras da responsabilidade subsidiária. - 4. No caso, havendo indicação do co-devedor no título executivo (Certidão de Dívida Ativa), é viável, contra ele, o pedido de redirecionamento da execução. Precedentes (REsp 272.236-SC, 1ª Turma, Min. Gomes de Barros; REsp 278.741, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto). - 5. Recurso especial provido. (STJ, 1ª T., RESP Nº 545.080 – MG (2003/0093443-4), REL. MIN. TEORIALBINO ZAVASCKI, DJ 06-09-04)

REQUISITOS ENSEJADORES DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – FALTA DE DEMONSTRAÇÃO

TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS - “FUMUS BONI IURIS” - “PERICULUM IN MORA” - FALTA DE DEMONSTRAÇÃO. 1 - O juiz está legalmente autorizado a suspender a exigibilidade do crédito tributário, a teor do art. 151, inc. V, do CTN, o que não implica que o contribuinte esteja desonerado de demonstrar a presença dos requisitos ensejadores, ou da liminar, ou da tutela antecipada. 2 - Preliminar rejeitada e recurso não provido. (TJMG, 8ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0145.03.106081-0/001, REL. DES. EDGARD PENNA AMORIM, DJMG 02-03-05)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE BENS DA EMPRESA

EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO - NOME CONSTANTE DA CDA - ADMISSIBILIDADE. - Admite-se a inclusão de sócios de sociedade comercial no pólo passivo da Execução Fiscal, nos termos do Art. 135, III do CTN, tanto por figurarem os mesmos na CDA, como pelo fato da empresa não oferecer bens suficientes para garantir a execução. - Agravo a que se dá provimento. (TJMG, 2ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0024.04.257513-4/001, REL. DES. FRANCISCO FIGUEIREDO, DJMG 23-12-04)

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE SÓCIO-COTISTA QUE PRÁTICA ATOS DE GESTÃO

Execução Fiscal. Responsabilidade de sócio-cotista. Prática de atos de gestão. Exercício de fato dos poderes de gerência. Responsabilidade solidária firmada. Agravo provido. (TJMG, 5ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0011.03.001203-0/001, REL. DES. JOSÉ FRANCISCO BUENO, DJMG 28-09-04)

SEGURO – FIANÇA COMO GARANTIA – INEXISTÊNCIA E PREVISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - GARANTIA - SEGURO FIANÇA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO - NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DO NEGÓCIO. 1 - Em sede de Execução Fiscal, além de não haver previsão para a utilização de Seguro-Fiança como garantia, não se deve olvidar que, se, por hipótese, for admitida tal espécie, deve a mesma ser efetivamente juntada aos autos, demonstrando a sua existência, não servindo mero modelo de contrato. 2 - Embora não se olvide que a Execução deve ser o menos gravosa possível ao executado, não se deve esquecer, de igual forma, que a mesma é realizada em prol dos interesses do credor (artigos 612 e 646 do Código de Processo Civil), devendo-se assegurar, nos termos dos ditames legais, a maior eficiência possível ao processo executivo. (TJMG, 8ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0027.02.007297-4/001, REL. DES. SILAS VIEIRA, DJMG 16-12-04)

SENTENÇAS PROFERIDAS EM EMBARGOS À EXECUÇÃO – INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NULIDADE

Processual Civil - Sentença - Nulidade - A fundamentação da decisão judicial é imperiosa, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 458, II, do Código de Processo Civil e artigo 93, IX, da Constituição Federal. (TJMG, 4ª CÂM., APNº 1.0459.02.012620-5/001, REL. DES. CARREIRA MACHADO, DJMG 02-03-05)

SISTEMA VÍRTUA DE ACESSO À INTERNET – RECOLHIMENTO DO ICMS CALCULADO SOBRE BASE REDUZIDA – IMPOSSIBILIDADE

TRIBUTÁRIO - ICMS - ACESSO À INTERNET - SISTEMA VÍRTUA – BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DEVIDO ÀS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA - RICMS/96 DE MINAS GERAIS - NÃO INCIDÊNCIA. - 1. O Sistema denominado VÍRTUA, fornecido pela empresa NET de Belo Horizonte aos seus assinantes como meio físico de comunicação, que proporciona o acesso aos provedores da Internet “banda larga”, representa serviço distinto do serviço de TV a cabo prestado na forma da Lei 8.977/95 e da Resolução/ANATEL 190/99. - 2. Serviço que também não se confunde com o de “prestação de serviço de provedor” de acesso à Internet, serviço de valor adicionado (art.61 da Lei 9.472/97) isento da tributação do ICMS, conforme precedente da Segunda Turma do STJ, de minha relatoria (REsp 456.650/PR). - 3. Tratando-se de serviço novo, não goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo previsto no Anexo IV, item 36, do RICMS/96, do Estado de Minas Gerais para os serviços de TV a cabo. - 4. Recurso a que se nega provimento. (STJ, 2ª T., RO EM MS Nº 16.767 – MG (2003/0134238-0), RELª. MINª. ELIANA CALMON, DJ 17-12-04)

SÓCIO-COTISTA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SÓCIO-COTISTA. DÉBITOS DA SEGURIDADE SOCIAL CONTRAÍDOS PELA SOCIEDADE. LEI 8.620/93, ART. 13. - 1. Em se tratando de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991. - 2. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação, pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora. - 3. Agravo regimental parcialmente provido. (STJ, 1ª T., AGRG NO RESP 410.080 – PR (2002/0014196-2), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 10-05-04)

SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA A PEDIDO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – POSSIBILIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - NOMEAÇÃO DE MAQUINÁRIO DE UTILIZAÇÃO ESPECÍFICA ÀS ATIVIDADES DA EMPRESA EXECUTADA - RECUSA PELA CREDORA - POSSIBILIDADE - SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA A PEDIDO DA FAZENDA PÚBLICA - CABIMENTO. 1 - É lícito ao credor recusar a nomeação de bens à penhora feita pela empresa devedora, incidente sobre maquinário de utilização específica às atividades da empresa executada, do ramo farmacêutico, tendo em vista a sua notória dificuldade de comercialização que, inexoravelmente, ocasiona a insatisfação do crédito executado. 2 - A Lei 6.830/80 em seu art.15, II, possibilita a Fazenda Pública requerer a substituição dos bens penhorados, independentemente da ordem enumerada no art. 11 da mesma lei. 3 - Recurso improvido. (TJMG, 6ª CÂM., AG Nº 1.0024.03.130261-5/001, REL. DES. BATISTA FRANCO, DJMG 25-02-05)

SUCESSÃO DA EMPRESA CONTRIBUINTE – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA – MULTAS DEVIDAS – TAXA SELIC – LEGALIDADE

Apelação cível. Embargos do devedor. Conflito de interesses patentado. Legitimidade passiva *ad causam* presente. Coisa Julgada. Inexistência. ICMS. Sucessão da empresa contribuinte. Configuração. Responsabilidade tributária integral. Multas. Pagamento devido. Taxa SELIC. Aplicabilidade diante de previsão legal específica. Recurso não provido. - 1. O legitimado para a causa é o envolvido no conflito de interesses. - 2. A afirmação da credora tributária de inexistência de obrigação subsidiária, circunstância negada pela apontada devedora, patenteia o conflito de interesses a justificar a legitimação passiva *ad causam*. - 3. O instituto da coisa julgada material pressupõe sentença de mérito, contra a qual não mais cabe recurso, e que torna imutável entre as mesmas partes a relação jurídica decidida. - 4. Ausente a identidade da *causae petendi*, inexistiu a suposta *res iudicata*. - 5. A sucessão de pessoas jurídicas no mesmo empreendimento econômico pode ser aferida por circunstâncias convincentes, tais como a continuidade das mesmas atividades empresárias, no mesmo local e entre empresas do mesmo grupo familiar do contribuinte originário ou sucedido. - 6. A ausência de prova no sentido de que a sucedida continua em atividade gera responsabilidade tributária integral da sucessora. - 7. A multa tem caráter sancionatório, sendo devida pela sucessora a título integral. - 8. Admite-se a utilização da taxa SELIC para cálculo de juros moratórios nas obrigações tributárias, porque existe previsão legal específica para tanto. - 9. Apelação cível conhecida e não provida, rejeitadas duas preliminares. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.886051-6/001, REL. DES. CAETANO LEVILOPES, DJMG 17-12-04)

TAXA DE EXPEDIENTE PARA FISCALIZAÇÃO DE BINGO PERMANENTE – CONSTITUCIONALIDADE

Ação Declaratória - Taxa de Fiscalização de Bingo Permanente. Art. 92, § 2º da Lei 6763/75, Introduzido pela Lei 11.985/95 - Constitucionalidade. (TJMG, 3ª CÂM., AP Nº 1.0000.00.309807-6/000, REL. DES. SCHALCHER VENTURA, DJMG 26-11-04)

TAXA FLORESTAL – LEGITIMIDADE

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, contra acórdão do TJMG assim ementado (f. 34): “TRIBUTÁRIO - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO - CERTEZA - LIQUIDEZ - TAXA FLORESTAL - EXIGÊNCIA - LEGITIMIDADE - EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA - MATERIALIZAÇÃO. A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção ‘*juris tantum*’ de certeza e liquidez, só podendo ser infirmada mediante robusta e inequívoca

prova em contrário, a qual está a cargo do contribuinte. Mostra-se legítima a exigência da Taxa Florestal, que tem por fato gerador o efetivo exercício do poder de polícia a cargo do Estado, cujo objetivo precípuo é garantir a preservação da fauna e da flora”. Alega-se violação dos artigos 5º, XIII; 37; 145, II, § 2º e 150, I, da Constituição Federal. O acórdão recorrido está em conformidade com a orientação de ambas as Turmas desta Corte: RREE 239397, 1ª T, ILMAR GALVÃO, DJ 28.4.00, 228332, 2ª T, Carlos Velloso, DJ 26.10.01, este último assim ementado: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA FLORESTAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. C.F., arts. 145, § 2º; 145, II; 146, III, a; e 150, I e IV. I. - Inocorrência de ofensa ao princípio da legalidade tributária: C.F., art. 150, I. A taxa florestal foi instituída por lei. II. - C.F., art. 146, III, a: inocorrência de prequestionamento. III. - Base de cálculo da taxa florestal distinta da base de cálculo do ICMS: aquela, é o custo estimado da atividade estatal, esta é o valor decorrente da operação de circulação de mercadorias. AG 196.465- (AgRg)-MG, Velloso, 2ª Turma. IV. - Alegação no sentido de que a taxa florestal tem caráter confiscatório: necessidade de reexame da questão de fato, o que não é possível em sede extraordinária. AG 196.465- (AgRg)-MG. V. - R.E. não conhecido”. Nego provimento ao agravo. (STF, AI Nº 407.549, REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 13-12-04)

TAXAS DE ILUMINAÇÃO E DE LIMPEZA PÚBLICAS –INCONSTITUCIONALIDADE

Apelação. Execução Fiscal do Município contra o Estado. Certidão de Dívida Ativa ambígua, sem que se possa apurar se a causa é o IPTU ou as Taxas de Iluminação Pública e Limpeza Pública. Sentença que acolheu os embargos, por falta de notificação, para constituição da dívida. IPTU que incide na imunidade recíproca, do art. 150, VI, “c”, da CF. Taxas declaradas iterativamente inconstitucionais pelo STF. Sentença confirmada por sua conclusão. - V.V. Embargos de devedor. Certidão de dívida ativa inscrita. Validade formal. 1 - A inscrição da dívida imprime-lhe força executiva que prescinde de auto de infração e de prévio processo administrativo. 2 - Recurso provido. (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.678403-3/001, REL. P/O ACÓRDÃO DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 10-12-04)

NO MESMO SENTIDO: (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.710259-9/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, MG 25-11-04), (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0024.582037-6/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, MG 25-11-04), (TJMG, 7ª CÂM., AP Nº 1.0024.00.010177-4/001, REL. DES. BELIZÁRIO LACERDA, DJMG 22-12-04)

Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pelo MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim ementado, verbis: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO PROPOSTA PELO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE CONTRA O ESTADO DE MINAS GERAIS - COBRANÇA DE IPTU, TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA E TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS TAXAS E DA IMUNIDADE RECÍPROCA REFERENTE AO IPTU APENAS NO MEMORIAL DOS EMBARGOS - SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE REJEITOU AS ALEGAÇÕES E JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS - REFORMA NO REEXAME NECESSÁRIO - ALEGAÇÕES QUE VERSAM SOBRE MATÉRIA INDISPONÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DE DESCONHECER AS ALEGAÇÕES. (...) (STJ, RESP Nº 658.148 – MG (2004/0065924-4), REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 29-11-04)

TRIBUTÁRIO. TAXAS DE LIMPEZA E ILUMINAÇÃO PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE. Os serviços de limpeza e iluminação pública não possuem o caráter de especificidade e divisibilidade imprescindível à instituição válida de taxa a eles correspondente. Taxas que apresentam base de cálculo própria de impostos, reveladora da capacidade econômica dos contribuintes, violam o disposto no art 145, § 2º da CF/88. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.944310-6/001), REL. DES. AUDEBERT DELAGE, DJMG 02-09-04)

TAXAS DE LIMPEZA E DE ILUMINAÇÃO PÚBLICAS. BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DE IMPOSTO. INCONSTITUCIONALIDADE. São inconstitucionais as Taxas de Iluminação e de Limpeza Públicas que têm base de cálculo própria do Imposto Predial e Territorial Urbano, consistentes na área do imóvel sobre o qual incide esse tributo. – V.V.P. – TRIBUTÁRIO - TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. 1 - A base de cálculo da Taxa de Limpeza Pública, mesmo se valendo da área de imóvel, não pode ser considerada idêntica à do IPTU, já que o valor venal do imóvel, mesmo tendo a área como um de seus componentes, nela não se baseia exclusivamente. 2 - O artigo 30 da Lei 5.641/89 do Município de Belo Horizonte, ao indicar isoladamente como um dos fatos geradores da Taxa de Limpeza Pública a coleta e remoção de lixo domiciliar, possibilita a cobrança da taxa unicamente pela prestação desse serviço, mesmo não tendo os demais serviços previstos na lei as características da especificidade e divisibilidade, inerentes apenas à coleta e remoção de lixo. 3 - Afigura-se ilegal e inconstitucional a

cobrança da Taxa de Iluminação Pública, por ausência de especificidade e divisibilidade na prestação do serviço que a originou. (TJMG, 8ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.629672-3/001, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 16-12-04)

TAXA DE INCÊNDIO – CONSTITUCIONALIDADE

Taxa de Segurança Pública, na modalidade “Taxa de Incêndio” - Artigos 113, inciso IV, §§ 2º, 3º e 4º, I e II; Artigo 14, inciso 10 §§ 1º, 2º e 3º e Artigo 115 da Lei Estadual nº 6.763, de 26/12/1975 com a redação determinada pelo Artigo 1º da Lei nº 14.938/03, ambas estaduais. Imóveis residenciais e de fins comerciais. Suspensão, pelo Estado, da cobrança das taxas referentes àqueles, com posterior remessa de projeto de lei à Assembléia, visando à sua revogação. Serviço específico, não genérico. Incidência circunscrita aos municípios servidos pelo Corpo de Bombeiros. Precedentes do STF. Improcedência da representação. Constitucionalidade reconhecida. (TJMG, CORTE SUPERIOR, ADIN Nº 1.0000.04.404860-1/000, REL. DES. RONEY OLIVEIRA, DJMG 30-12-04)

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA – ILEGALIDADE

Embargos Infringentes. Taxa de Limpeza Pública. Falta de divisibilidade e especificidade. Ilegalidade. Acolhimento dos embargos. (TJMG, 7ª CÂM., EINFR Nº 1.0024.02.728190-6/002 (NA AP Nº 1.0024.02.728190-6/001), REL. DES. PINHEIRO LAGO, DJMG 03-03-05)

TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE

Embargos à execução fiscal - IPTU - Taxa de Limpeza Pública - Taxa de Fiscalização de Aparelho de Transporte - Município de Belo Horizonte - Débito da extinta Minascaixa - Imunidade recíproca - Cobrança indevida da TLP - Cobrança devida da TFAT. Impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista no artigo 150, VI, “a” da Constituição Federal, quanto ao IPTU. Considera-se inconstitucional a cobrança da Taxa de Limpeza Pública, diante da inexistência de especificidade e indivisibilidade nos serviços por ela previstos. Possível a cobrança da Taxa de Fiscalização de Aparelho de Transporte (TFAT). (TJMG, 2ª CÂM., AP Nº 1.0024.01.552939-9/001, REL. DES. JARBAS LADEIRA, DJMG 25-02-05)

TAXA SELIC – LEGALIDADE

TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. LEGALIDADE. - 1. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. - 2. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1º-A). (...) (STJ, RESP Nº 661.985 – MG (2004/0069187-9), REL. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 16-09-04)

TAXA DE SERVIÇOS URBANOS E DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – ILEGALIDADE

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - “TAXA DE SERVIÇOS URBANOS” E DE “ILUMINAÇÃO PÚBLICA” - DIVISIBILIDADE E ESPECIFICIDADE - ILEGALIDADE - PRECEDENTES - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INTELIGÊNCIA DO ART. 145, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 77, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. A cobrança das “Taxas de Iluminação” e de “Serviços Urbanos” afigura-se inconstitucional, faltantes os requisitos da divisibilidade e especificidade dos serviços públicos prestados, segundo precedentes das Cortes de Justiça. (TJMG, 5ª CÂM., AP Nº 1.0024.02.802756-3/001, REL. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA, DJMG 01-10-04)

TERMO DE AUTODENÚNCIA – INSTAURAÇÃO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – IMPOSSIBILIDADE

Mandado de Segurança - Termo de autodenúncia - Requerimento de parcelamento - Procedimento não contencioso - Ausência de direito líquido e certo de ver instaurado Procedimento administrativo tributário. (TJMG, 4ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.073470-1/002, REL. DES. AUDEBERT DELAGE, DJMG 23-11-04)

NO MESMO SENTIDO: (TJMG, 6ª CÂM., AG Nº 1.0223.04.135105-5/001, REL. DES. ERNANE FIDÉLIS, DJMG 19-11-04)

TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA – AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ – SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. ORDEM DE BENS. ARTIGO 11, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE TÍTULOS. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. A ordem de graduação prevista na Lei de Execução Fiscal tem como escopo garantir a execução fiscal com bens que tenham liquidez no mercado. Por isso, o artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, em seu inciso I, indica, primordialmente, o oferecimento de dinheiro como garantia à execução fiscal e, em seu inciso II, indica a possibilidade de se admitir títulos de crédito, desde que esses tenham cotação em bolsa. (TJMG, 5ª CÂM., AG (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0056.03.054753-5/001, REL.^a DES.^a MARIA ELZA, DJMG 29-10-04)

TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA – GARANTIA DO JUÍZO – RECUSA PELA FAZENDA PÚBLICA

Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto por SUPERQUENTE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão que não admitiu a penhora de títulos da dívida pública como garantia do juízo em processo de execução fiscal. Sustenta a recorrente que, ao recusar as apólices da dívida pública como garantia do juízo, o acórdão recorrido violou dispositivos infraconstitucionais, bem como divergiu de julgados de outros Tribunais Relatados. Decido. Tenho que a presente postulação não merece guarida. O título da dívida pública somente poderá ser considerado de fácil liquidez se puder ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito. Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do artigo 11, da Lei de Execuções Fiscais, mas sim no inciso VIII do mesmo artigo (direitos e ações). Destarte, ante a duvidosa garantia oferecida, figura-me legítima a recusa de tais títulos, uma vez que a execução é feita no interesse do exequente e não do executado. Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais, verbis: “AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA - PENHORA - PRECEDENTES. - 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte, quanto à não aceitação dos títulos da dívida pública à penhora. - 2. Agravo regimental improvido” (AGREsp n.º 476.560/RS, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 02/06/2003, p. 00287). “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. PENHORA. NOMEAÇÃO PELO DEVEDOR. RECUSA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COTAÇÃO EM BOLSA. Nega-se provimento ao agravo regimental, em face das razões que sustentam a decisão recorrida, sendo certo que a orientação desta colenda Corte é no sentido de inadmitir a nomeação e penhora de Apólices da Dívida Pública. Agravo regimental improvido” (AGA n.º 350.469/SP, Relator Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 07/04/2003, p. 00260). “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA. ORDEM PREVISTA NO ART. 11, DA LEI Nº 6.830/80. PRECEDENTES. - 1. Agravo Regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo de instrumento para dar parcial provimento ao recurso especial intentado pela empresa agravante. - 2. O Acórdão *a quo*, em ação executiva fiscal, indeferiu a nomeação à penhora de Título da Dívida Pública. - 3. Não tendo a devedora obedecido a ordem prevista no art. 11, da Lei n.º 6.830/80, visto que em primeiro lugar está o dinheiro e não os Títulos da Dívida Pública, é lícito ao credor e ao julgador a não aceitação da nomeação à penhora desses títulos, pois a execução é feita no interesse do exequente e não do executado. Precedentes. - 4. Agravo regimental não provido” (AGA n.º 475.220/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 10/03/2003, p. 00135). Tais as razões expendidas, com arrimo no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o artigo 34, XVIII, do RISTJ e o artigo 38 da Lei n.º 8.038/90, NEGOU SEGUIMENTO ao presente recurso especial. (STJ, RESP Nº 621.160 – MG (2004/0008079-8), REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJ 20-04-04)

TRANSFERÊNCIA DE BEM CONSTRITO – FRAUDE À EXECUÇÃO

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA QUE RECAIU SOBRE BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO DO PATRIMÔNIO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DO PROCESSO EXECUTIVO. FRAUDE À EXECUÇÃO EVIDENCIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 185, DO CTN. EMBARGOS DE TERCEIRO IMPROVIDOS. SUBSISTÊNCIA DA EXECUÇÃO FISCAL COM A VALIDADE DA PENHORA. É de se confirmar a decisão que reconheceu a fraude à execução, quando devidamente comprovada a insolvência da alienante, bem como a transferência do bem constrito, após a sua regular citação no feito executivo. Recurso desprovido. (TJMG, 6ª CÂM., AP Nº 1.0024.03.042620-9/001, REL. DES. JOSÉ DOMINGUES FERREIRA ESTEVES, DJMG 26-11-04)

VALOR DA CAUSA – PROVEITO ECONÔMICO

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ANULATÓRIA - CRÉDITO TRIBUTÁRIO

- QUESTIONAMENTO PARCIAL - VALOR DA CAUSA - PROVEITO ECONÔMICO. Se na ação anulatória de débito fiscal, postula-se a desconstituição parcial do lançamento ao argumento de cobrança ilegal de juros, multa e taxas, o valor dado à causa deve ter como parâmetro o proveito econômico perseguido na referida ação e não o valor total do lançamento fiscal. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJMG, 3ª CÂM., AG Nº 1.0024.04.305176-2/001, REL. DES. KILDARE CARVALHO, DJMG 03-12-04)

VIOLAÇÕES LEGAIS OCORRIDAS NO ACÓRDÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CABIMENTO

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento manifestado contra despacho que inadmitiu recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. - De início, não merece acolhimento a irresignação, ante a ausência do indispensável prequestionamento do dispositivo legal invocado pela Agravante como malferido — art. 2º, I, do Decreto-Lei n. 406/68. - De mais a mais, na instância ordinária não foram opostos embargos de declaração com a finalidade de fazer com que o mencionado ponto fosse objeto de discussão. - A propósito, o entendimento desta Corte é no sentido de que as violações legais ocorridas no próprio acórdão devem ser argüidas por intermédio dos embargos de declaração. Neste diapasão, os seguintes precedentes: EREsp n. 103.746/CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 18.10.1999; AGA n. 385.905/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 09.12.2002. - Aplicáveis à espécie os verbetes das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal. - Como se isso não bastasse, para verificar a liquidez e certeza da certidão de dívida ativa que instruiu a execução fiscal, constato que seria necessário reexaminar a matéria de fato presente nos autos, consoante depreende-se dos seguintes trechos do acórdão recorrido: - “Aliás, a prova pericial pretendida teria finalidade evidente procrastinatória, pois a vasta prova documental existente nos autos, das fls. 36 a 481-TJ, ilustrada inclusive com o quadro demonstrativo de fls. 35-TJ, coloca em plena evidência que as mercadorias, objeto do auto de infração, foram adquiridas por um preço e vendidas por preço menor, bastando, pois, os fatos assim constatados para colocar a apelante na obrigação de recolher o ICMS pela diferença efetuada, que é justamente o que ocorreu no presente caso” (fl. 26). - Destarte, o conhecimento do recurso encontra óbice nesta Corte Superior, porquanto ensejaria a análise dos elementos fático-probatórios, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 07 do STJ). Diante do exposto, nego provimento ao agravo. (STJ, AG 335.687 – MG (2000/0102369-1), REL. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 08-10-03)

SÚMULA ADMINISTRATIVA

Súmula Administrativa nº 8, de 10 de dezembro de 2004. (publicação 15.12.2004)

O ADOGADO-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.8º da Lei Complementar nº 75, de 29 de dezembro de 2003, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial do Estado de Minas Gerais, a ser publicada, no órgão oficial de imprensa do Estado, por três vezes sucessivas:

“Não se recorrerá da decisão judicial que reconhecer inconstitucional a cobrança de contribuição previdenciária de servidor público civil inativo e de pensionistas dos três Poderes do Estado de Minas Gerais, em período posterior à promulgação da Emenda à Constituição Federal nº 20, de 16 de dezembro de 1998 e anterior à promulgação da Emenda à Constituição Federal nº 41, de 19 de dezembro de 2003.”

LEGISLAÇÃO: Emendas à Constituição Federal de 1988, nº 20, de 16 de dezembro de 1998 e nº 41, de 19 de dezembro de 2003; Constituição Federal de 1988, art. 40, SS 12 c/c art. 195, inciso II; Lei Estadual nº 12.278, de 29 de julho de 1996; Lei Estadual nº 12.328, de 31 de outubro de 1996; Lei Estadual nº 12.329, de 31 de outubro de 1996; Lei Estadual nº 13.441, de 5 de janeiro de 2000; Lei Estadual nº 13.455, de 12 de janeiro de 2000 e Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002.

JURISPRUDÊNCIA: Supremo Tribunal Federal: Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n/s 1.441/DF (Plenário); 2.010-1/DF (Plenário); 2.049-8/RJ (Plenário); 2.087/AM (Plenário); 2.196-6/RJ (Plenário); 2.197-4/RJ (Plenário) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105/DF (Plenário).

Fica revogada a Súmula Administrativa nº 02, de 16 de junho de 2003, do Advogado-Geral do Estado.

**ÍNDICE DE
JURISPRUDÊNCIA
TRIBUTÁRIA**

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA

• A configuração dos requisitos formais para propositura da execução não caracteriza a certeza da existência dos elementos do direito material (STJ)	458
• Ação de consignação em pagamento – Suspensão da execução fiscal (TJMG)	458
• Ação rescisória – Coisa julgada por capítulos – Descabimento (STJ)	458
• Agravo de instrumento – Ausência de certidão – Não conhecimento (STJ)	459
• Agravo de instrumento – Ausência de preparo – Não provimento (TJMG)	459
• Agravo de instrumento contra acórdão proferido por tribunal “a quo” – Erro grosseiro – Não aplicação do princípio da fungibilidade (TJMG)	459
• Agravo regimental contra decisão do 1º Vice-Presidente do TJMG – Não cabimento (TJMG)	459
• Agravo regimental contra decisão do relator de agravo de instrumento que indefere liminar – Descabimento (TJMG)	459
• Autarquia municipal – Remuneração através de tarifa – Inexistência de imunidade recíproca (TJMG)..	459
• Autodenúncia – Exigibilidade do crédito tributário independentemente de notificação do contribuinte – Taxa Selic – Legalidade (TJMG)	460
• Autorização para impressão de documentos fiscais negada para compelir o contribuinte ao pagamento – Desvio de poder (STJ)	460
• Base de cálculo presumida – Restituição de valores – Impossibilidade (STJ)	460
• Bens destinados ao uso e consumo – Creditamento – Impossibilidade (STF)	461
• Cabe ao Juiz verificar a necessidade das provas requeridas (TJMG)	461
• Cancelamento de Inscrição no Cadastro de Contribuintes – Desnecessária a comprovação de fraude (TJMG)	461
• Certidão de Dívida Ativa – Divergência quanto à origem do débito – Ausência de título líquido e certo (TJMG)	462
• Certidão de Dívida Ativa – Exclusão de parcela – Liquidez não prejudicada (STJ)	462
• Certidão de Dívida Ativa – Não discriminação do valor de cada tributo cobrado – Nulidade (TJMG)...	462
• Certidão de Dívida Ativa – Presunção de certeza e liquidez (TJMG)	462
• Certidão de Dívida Ativa – Presunção legal de certeza e liquidez – Cabe à embargante a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito (TJMG)	462
• Certidão Negativa de Débito – Débito declarado pelo contribuinte – Expedição indevida (STJ)	463
• Compensação de crédito tributário com débito estadual decorrente de precatório judicial pendente – Possibilidade (STF)	463
• Compensação – Tributos diferentes (STJ)	463
• Construção de veículo alienado fiduciariamente – Controle de ofício pelo magistrado – Impossibilidade (TJMG)	463
• Cooperativas – Anistia de multa e juros moratórios condicionada ao parcelamento (TJMG)	464
• Crédito tributário não contencioso – Impossibilidade de recursos – Inexistência de cerceamento de defesa (TJMG)	464
• Créditos escriturais excedentes – Correção monetária – Impossibilidade (STF)	464
• Custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo – Princípio da causalidade (TJMG)	464
• Declinação da competência para órgão jurisdicional diverso – Devolução das custas processuais – Impossibilidade (TJMG)	465
• Denúncia espontânea não seguida do pagamento integral do tributo devido – Incidência de multa moratória (TJMG)	465
• Denúncia espontânea – Parcelamento – Multa moratória devida (STJ)	465
• Denúncia espontânea sem o depósito da eventual quantia devida – Impossibilidade (TJMG)	466
• Desconsideração de contrato privado (“Leasing”) – Hipótese (STJ)	466
• Desistência da ação após o julgamento – Impossibilidade (STJ)	466

• Despacho do juiz que concede ou nega liminar em mandado de segurança–Irrecorribilidade (TJMG)....	467
• Dissolução irregular da sociedade – Responsabilidade ilimitada dos sócios responsáveis pelo débito tributário (TJMG)	467
• Dissolução irregular da sociedade – Redirecionamento para o sócio-gerente – Possibilidade (STJ) ...	467
• Dissolução irregular de empresa – Responsabilidade dos sócios (TJMG)	467
• Embargos de declaração com efeito modificativo do julgado – Concessão de liminar além da postulação – Acolhimento parcial (TJMG)	467
• Embargos de declaração – Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade – Improvidos (TJMG) ...	468
• Embargos de declaração – Revisão da sucumbência (TJMG)	468
• Embargos de devedor – Vários executados – Prazo autônomo e individual contado da intimação da penhora (TJMG)	468
• Embargos do devedor – O prazo para opor embargos começa a contar da primeira penhora (TJMG)	468
• Embargos à execução – Prazo de 30 dias do depósito da juntada da prova da fiança bancária ou intimação da penhora (TJMG)	468
• Embargos à execução fiscal – Intempestividade (TJMG)	468
• Embargos infringentes contra sentença de mérito confirmada por maioria – Descabimento (TJMG)	469
• Embargos infringentes – Sentença não modificada – Inadmissibilidade (TJMG)	469
• Embargos de terceiro opostos por sócio cotista executado – Descabimento (TJMG)	469
• Exceção à executividade – Discussão que envolve o mérito da constituição do crédito tributário – Descabimento (TJMG)	469
• Exceção à executividade – Discussão sobre a inclusão de sócios no pólo passivo da execução – Não cabimento (TJMG)	469
• Exceção de incompetência rejeitada – Mudança do local da sede da empresa não comprovada (TJMG) ..	469
• Exceção de incompetência – O conhecimento da exceção de incompetência não está condicionado à prévia segurança de juízo da execução (STJ)	470
• Exceção de pré-executividade (STJ)	470
• Exceção de pré-executividade – Arguição de prescrição não comprovada de plano – Impossibilidade (TJMG)	470
• Exceção de pré-executividade como sucedâneo dos embargos à execução – Impossibilidade (TJMG)	470
• Exceção de pré-executividade – Incidente processual – Rejeição – Extinção do processo sem julgamento do mérito (TJMG)	470
• Exceção de pré-executividade – Necessidade de dilação probatória – Descabimento (TJMG)	471
• Exceção de pré-executividade – Necessidade de instrução probatória – Descabimento (TJMG)	471
• Exceção de pré-executividade para discutir ilegitimidade passiva – Não cabimento (TJMG)	471
• Exceção de pré-executividade – Questão não relacionada a defeito do título – Multa fiscal exigida da massa falida – Descabimento (TJMG)	471
• Execução fiscal – Conexão com ação anulatória (STJ)	471
• Execução fiscal extinta pelo pagamento espontâneo – Prosseguimento da execução para cobrança de honorários – Impossibilidade (STJ)	472
• Execução fiscal – Massa falida – Aplicação da taxa Selic – Legalidade (TJMG)	472
• Execução fiscal – Massa falida – Crédito tributário não sujeito a concurso de credores ou habilitação em falência (TJMG)	472
• Execução fiscal – Massa falida – Não sujeição a concurso de credores ou habilitação em falência (TJMG) .	472
• Execução fiscal – Não pagamento de ICMS – Responsabilidade dos sócios (TJMG)	473
• Execução fiscal – Paralisação das atividades da empresa sem comunicar ao fisco – Presunção de dissolução irregular – Responsabilidade do sócio-gerente (TJMG)	473
• Execução fiscal – Recurso especial – Prescrição decretada de ofício – Impossibilidade (STJ)	473
• Execução fiscal – Recusa de bem nomeado à penhora – Possibilidade (STJ)	473
• Execução fiscal redirecionada ao sócio-gerente – Descabimento e embargos de terceiros interpostos pelo sócio-gerente (STJ)	473

• Execução fiscal – Substituição tributária – Combustível – Obrigação do recolhimento antecipado (TJMG) ...	474
• Fraude à execução – Alienação de bem após a citação – Configuração (TJMG)	474
• Fraude à execução – Bem de família – Penhora – Possibilidade (TJMG)	474
• Honorários – Responsabilidade de sócio (TJMG)	474
• Honorários sobre o valor da causa – Correção monetária a partir da data do ajuizamento (STJ)	474
• Honorários advocatícios – Fazenda Pública (STJ)	475
• Honorários advocatícios – Valor irrisório – Reforma do acórdão recorrido em sede de recurso especial (STJ)	475
• ICMS – A isenção autônômica somente autoriza a cada ente federativo a concessão de isenções de tributos de sua competência (STJ)	475
• ICMS – Aproveitamento de crédito – Aquisição de energia elétrica, comunicação, bens do ativo fixo e de uso e consumo – Impossibilidade (STF)	475
• ICMS – Aproveitamento de créditos no próprio mês de entrada da mercadoria no estabelecimento – Impossibilidade (STJ)	476
• ICMS – Aproveitamento de crédito – Redução de base de cálculo – Proporcionalidade – Convênio (TJRJ)	477
• ICMS – Bacalhau importado de país signatário do GATT – Isenção revogada (TJMG)	477
• ICMS – Bens destinados ao ativo fixo, energia elétrica e prestação de serviços de telefonia – Aproveitamento de crédito – Impossibilidade (TJMG)	477
• ICMS – Bens salvados de sinistro – Incidência (STJ)	477
• ICMS – Bens salvados sub-rogatórios de sinistro – Não incidência (STJ)	477
• ICMS – Cesta básica – Estorno proporcional – Ilegalidade (STJ)	478
• ICMS – Comércio atacadista de derivados do petróleo – Aproveitamento de créditos no próprio mês em que a mercadoria dá entrada no estabelecimento – Impossibilidade (STJ)	478
• ICMS – Diferencial de alíquota – Construção civil – Convênio ICMS 71/89 – Legalidade (STF)	478
• ICMS – Diferencial de alíquota interestadual devido ao Estado onde se localiza o destinatário (TJMG)	479
• ICMS – Diferimento – Menção equivocada na nota fiscal – Exigibilidade do tributo (TJMG)	479
• ICMS – Diferimento da obrigação tributária – Exigência de cumprimento dos requisitos definidos em lei ou no RICMS (TJMG)	479
• ICMS – Distribuidora de combustível – Venda indireta a consumidor final – Incidência (TJMG)	479
• ICMS – Empresa de telefonia – Transferência do risco da atividade econômica ao Estado – Impossibilidade (TJMG)	479
• ICMS – Empresas concessionárias de serviços de telefonia ou de fornecimento de energia elétrica – Princípio da imunidade recíproca – Não cabimento (TJMG)	480
• ICMS – Energia elétrica – Aproveitamento de crédito – Limite temporal (LC 87/96) (TJMG)	480
• ICMS – Ferroliga – Produtos semi-elaborados (STJ)	480
• ICMS – Importação de mercadorias por empresa situada em outro Estado – Simulação configurada (TJSP)	480
• ICMS – Incidência – Transporte interestadual de mercadoria destinada à exportação (STF)	480
• ICMS – Pretendido crédito relativo a energia elétrica, serviços de comunicação e bens destinados ao ativo fixo – Impossibilidade (STF)	481
• ICMS – Semi-elaborados – Definição em lei complementar deve prevalecer sob os critérios utilizados pelo perito (TJMG)	481
• ICMS sobre serviços de comunicação prestados por programadoras de TV (TJMG)	481
• ICMS – Substituição tributária – Base de cálculo presumida – Ressarcimento – Impossibilidade (TJMG)	481
• ICMS – Substituição tributária – Não recolhimento de ICMS – Taxa Selic – Legalidade (TJMG)	482
• ICMS – Substituição tributária progressiva – Lei Complementar 87/96 – Restituição (TJMG)	482
• ICMS – Substituição tributária – Restituição do valor pago como definitivo – Impossibilidade (TJMG) .	482

• ICMS – Substituição tributária – Venda presumida – Restituição ou complementação do imposto pago – Impossibilidade (STJ)	482
• ICMS – Transporte interestadual de produtos destinados à exportação – Incidência (STF)	483
• ICMS – Transporte de mercadorias destinadas à exportação – Incidência (TJMG)	483
• ICMS – Valor arbitrado – Legalidade (TJMG)	483
• Impugnação ao valor da causa – Pessoa jurídica em concordata preventiva – Ausência de provas – Indeferimento (TJMG)	483
• Indeferimento de efeito suspensivo ativo ao agravo de instrumento – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder – Discricionariedade do juiz (TJMG)	484
• IPVA – Alíquotas diferenciadas: caráter não progressivo – Constitucionalidade (STF)	484
• LC n.º 87/96, modificada pela LC 102/2000 – Limitação temporal – Constitucionalidade (STF)	484
• Limitações estabelecidas pela LC n.º 102/2000 – Não ofensa ao princípio da não-cumulatividade (TJMG)	484
• Mandado de segurança impetrado por partido político para impugnar majoração de tributo – Impossibilidade (STF)	484
• Mandado de segurança – Necessidade de dilação probatória – Provimento negado (TJMG)	485
• Mandado de segurança – Prazo decadencial (120 dias) – Contagem a partir da notificação do lançamento (TJMG)	485
• Massa falida – A exclusão dos juros posteriores à decretação de quebra é condicionada à insuficiência do ativo para pagamento (TJMG)	485
• Não recolhimento do tributo baseado em liminar cassada – Irregularidade (TJMG)	485
• Notas fiscais consideradas inidôneas pelo fisco – <i>Onus probandi</i> do contribuinte (STJ)	485
• Obrigação acessória devida e inadimplida – Correta a aplicação de multa (TJMG)	486
• Penhora – Bens de pessoa jurídica (STJ)	486
• Penhora de mercadorias encontradas no estoque – Possibilidade (TJMG)	486
• Penhora – Nomeação de bens – Modelo de contrato de seguro – Garantia – Rejeição (TJMG)	486
• Penhora – Recusa pelo credor quando este indicar outros bens mais vantajosos à garantia ou quando se tratar de bens impenhoráveis (STJ)	486
• Penhora sobre saldo em conta bancária – Possibilidade (TJMG)	486
• Penhora de Títulos da Dívida Pública sem a necessária liquidez – Impossibilidade (TJMG)	487
• Penhora sobre veículo com “placa cortada” – Possibilidade (TJMG)	487
• Prazo decadencial – Tributos sujeitos a lançamento por homologação – Art. 150 § 4º CTN (STJ)	487
• Prescrição – Decretação de ofício – Impossibilidade (TJMG)	487
• Prescrição intercorrente – Decretação de ofício – Impossibilidade (TJMG)	487
• Prescrição reconhecida de ofício – Impossibilidade (TJMG)	487
• Prescrição – “Sistemática dos cinco mais cinco” – Tributo declarado inconstitucional pelo STF (STJ) ..	488
• Princípio da não-cumulatividade – Impossibilidade de apreciação (STJ)	488
• Princípio da taxatividade recursal – Agravo regimental contra decisão do relator que nega efeito suspensivo a AI – Não cabimento (TJMG)	488
• Prova pericial considerada desnecessária – Livre convencimento do juiz (TJMG)	488
• Prova pericial – Matéria precipuamente de direito – Indeferimento (TJMG)	489
• Recurso especial – Divergência jurisprudencial – Súmula 83 (STJ)	489
• Recurso especial – Efeito devolutivo restrito (STJ)	489
• Recurso especial – Reexame necessário de prova – Impossibilidade (STJ)	489
• Recurso extraordinário – Ofensa a lei local – Descabimento (STJ)	490
• Redirecionamento de execução fiscal contra co-devedor indicado no título executivo – Possibilidade (STJ) ...	490
• Requisitos ensejadores da antecipação de tutela – Falta de demonstração (TJMG)	490
• Responsabilidade tributária – Inclusão de sócio no pólo passivo – Possibilidade – Ausência de bens da empresa (TJMG)	491
• Responsabilidade tributária de sócio-cotista que pratica atos de gestão (TJMG)	491

• Seguro – Fiança como garantia – Inexistência e previsão (TJMG)	491
• Sentenças proferidas em embargos à execução – Inexistência de fundamentação – Nulidade (TJMG) .	491
• Sistema Virtual de acesso à Internet – Recolhimento do ICMS calculado sobre base reduzida	
Impossibilidade (STJ)	491
• Sócio-cotista – Responsabilidade solidária (STJ)	491
• Substituição de penhora a pedido da Fazenda Pública Estadual – Possibilidade (TJMG)	492
• Sucessão da empresa contribuinte – Responsabilidade tributária subsidiária – Multas devidas	
– Taxa Selic – Legalidade (TJMG)	492
• Taxa de expediente para fiscalização de bingo permanente – Constitucionalidade (TJMG)	492
• Taxa Florestal – Legitimidade (STF)	492
• Taxas de Iluminação e de Limpeza Públicas – Inconstitucionalidade (TJMG)	493
• Taxa de Incêndio – Constitucionalidade (TJMG)	494
• Taxa de Limpeza Pública – Ilegalidade (TJMG)	494
• Taxa de Limpeza Pública – Inconstitucionalidade (TJMG)	494
• Taxa Selic – Legalidade (STJ)	494
• Taxa de Serviços Urbanos e de Iluminação Pública – Ilegalidade (TJMG)	494
• Termo de autodenúncia – Instauração de Contencioso Administrativo – Impossibilidade (TJMG)	494
• Títulos da Dívida Pública – Ausência de liquidez – Substituição da penhora (TJMG)	494
• Títulos da Dívida Pública – Garantia do juízo – Recusa pela Fazenda Pública (STJ)	495
• Transferência de bem constrito – Fraude à execução (TJMG)	495
• Valor da causa – Proveito econômico (TJMG)	495
• Violações legais ocorridas no acórdão – Embargos de declaração – Cabimento (STJ)	496

Advogado-Geral do Estado
José Bonifácio Borges de Andrada

Advogado-Geral Adjunto
Humberto Rodrigues Gomes

Advogado-Geral Adjunto
Alberto Guimarães Andrade

Procuradores de Estado

Aderbal Rêgo	Carlos Vicente Magalhães Viola
Adilson Albino dos Santos	Carlos Victor Muzzi Filho
Adriana Gonçalves Myhrra	Cármem Lúcia Antunes Rocha
Adriana Mandim Theodoro de Mello	Cássio Roberto dos Santos Andrade
Adriano Antônio Gomes Dutra	Catarina Barreto Linhares
Adrienne Lage de Resende	Catharina Piedade Moreira
Alana Lúcio de Oliveira	Celeste de Oliveira Teixeira
Alberto Guimarães Andrade	Célia Cunha Mello
Alda de Almeida e Silva	Célio Lopes Kalume
Alessandro Fernandes Braga	Celso de Oliveira Ferreira
Alessandro Henrique Soares C. Branco	César Raimundo da Cunha
Alex Matoso Silva	Clara Silva Costa de Oliveira
Alexandre Diniz Guimarães	Claudia Lopes Passos
Aline Guimarães Furlan	Cláudio Roberto Ribeiro
Almir Geraldo Guimarães	Cléber Maria Melo e Silva
Aloísio Vilaça Constantino	Cléber Reis Grego
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca	Cornélia Tavares de Lanna
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart	Cristiane de Oliveira Elian
Ana Maria de Barcelos Martins	Cristiano César Pimenta Dayrell da Cunha
Ana Maria Richa Simon	Cristina Andrade Melo
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz	Cristina Lopes Cançado Fonseca
Ana Paula Muggler Rodarte	Dalva de Oliveira Penido Rosa
Anamélia de Matos Alves	Daniel Bueno Cateb
André Luis de Oliveira Silva	Daniel César Boaventura
Andréa Maura Campedelli Machado Piedade	Daniel Santos Costa
Angela Regina Soares Leite	Daniela Victor de Souza Melo
Antônio Carlos Diniz Murta	Danilo Antônio de Souza Castro
Antônio Fernando Armentano	Dario de Castro Brant Moraes
Antônio Olímpio Nogueira	Denise Maria Soares
Aparecida Imaculada Amarante	Diógenes Baleeiro Neto
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho	Dirce Euzébia de Andrade
Atabalipa José Pereira Filho	Éder Sousa
Aurélio Passos Silva	Edílson Vitorelli Diniz Lima
Barney Oliveira Bichara	Edrise Campos
Benedicto Felipe da Silva Filho	Eduardo de Mattos Paixão
Benigna Lúcia Dayrel de Alvarenga	Eduardo Goulart Pimenta
Bianca Duarte Teixeira	Eduardo Muniz Machado Cavalcanti
Breno Rabelo Lopes	Eduardo Rodrigues Dias
Bruno Rodrigues de Faria	Elaine Coura
Bruno Resende Rabello	Élcio Reis
Caio de Carvalho Pereira	Elmo Toledo de Castro
Carlos Alberto Rohrmann	Érico Andrade
Carlos Augusto Góes Vieira	Érika Gualberto Pereira de Castro
Carlos Eduardo Tarquíneo	Ester Virgínia Santos
Carlos Frederico Bittencourt R. Pereira	Evandro Coelho Taglialegna
Carlos José da Rocha	Evânia Beatriz de Souza Cabral

Fabiana Kroger Magalhães
Fábio Diniz Lopes
Fábio Murilo Nazar
Fabiola Pinheiro Ludwig
Fabiola Lage Fazito Rezende
Fernanda Barata Diniz
Fernanda Saraiva Gomes
Fernando Antônio Chaves Santos
Fernando Antônio Rolla de Vasconcelos
Fernando Márcio Amarante Ribeiro
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Frederico Esteves Duarte Gonçalves
Geralda do Carmo Silva
Geraldo Ildebrando de Andrade
Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
Gianmarco Loures Ferreira
Gleide Lara Meirelles Santana
Gleuso de Almeida Franca
Glória Maria de Oliveira Gários
Grazielle Valeriano de Paula Alves
Gustavo Albuquerque Magalhães
Gustavo Chaves Carreira Machado
Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Gustavo Tinoco de Almeida
Haroldo Pimenta
Hebert Alves Coelho
Heloíza Saraiva de Abreu
Humberto Rodrigues Gomes
Ilma Maria Corrêa da Silva
Irene Ribeiro de Lima
Jaime Napoles Villela
Jalmir Leão Santos
Jamerson Jadson de Lima
Jane Maria Gomes Marotta
Janine Barros Lopes
Jaques Daniel Rezende Soares
Jason Soares de Albergaria Neto
Jayme Zattar Filho
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni
João Calcagno Bandeira de Melo
João Lúcio Martins Pinto
João Viana da Costa
Joel Cruz Filho
José Alfredo Borges
José Antônio Santos Rodrigues
José Benedito Miranda
José de Sales Pereira
José dos Passos Teixeira de Andrade
José Helvécio Ferreira da Silva
José Hermelindo Dias Vieira Costa
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior
José Marcos Rodrigues Vieira
José Maria Couto Moreira
José Mauro Catta Preta Leal
José Roberto de Castro
José Roberto Dias Balbi
José Sad Júnior
Josélia de Oliveira Pedrosa
Juliana Campos Horta de Andrade
Juliana Schmidt Fagundes
Júlio César Peixoto
Júlio José de Moura
Karen Cristina Barbosa Vieira
Lais D'angela Gomes da Rocha Azevedo
Larissa Maia França
Leandro Almeida Oliveira
Leandro Raphael Alves do Nascimento
Leonardo Augusto Leão Lara
Leonardo Bruno Marinho Vidigal
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maurício de Carvalho
Leonardo Oliveira Soares
Liana Portilho Mattos
Lina Maia Rodrigues de Andrade
Lincoln Pezzini
Lincoln D'aquino Filocre
Lincoln Guimarães Hissa
Lucas Leonardo Fonseca e Silva
Lucas Ribeiro Carvalho
Luciana Ananias de Assis Pires
Luciana Trindade Fogaça
Luciana Guimarães Leal Sad
Luciano Neves de Souza
Luciano Teodoro de Souza
Ludmila Junqueira Duarte Oliveira
Luiz Gustavo Lemos Linhares
Luiz Eduardo Coimbra Ubaldo
Luiz Francisco de Oliveira
Luiz Gustavo Combat Vieira
Luiz Henrique e Novaes Zacarias
Luiz Paulo Bhering Nogueira
Luíza Cristina Pinto e Netto
Lyssandro Norton Siqueira
Magaly de Carvalho
Manuela Teixeira de Assis Coelho
Marcelino Cristelli de Oliveira
Marcelo Aguiar Machado
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Marcelo Cássio Amorim Rebouças
Marcelo de Castro Moreira
Marcelo José Ferreira
Marcelo Pádua Cavalcanti
Márcio dos Santos Silva
Marco Antônio Gonçalves Torres
Marco Antônio Lara Rezende
Marco Antônio Paulinelli de Carvalho
Marco Antônio Rebelo Romanelli
Marco Antônio Silva
Marco Aurélio Abrantes Rodrigues

Marco Túlio Caldeira Gomes	Priscila Vieira Penna
Marco Túlio de Carvalho Rocha	Rafael Augusto Baptista Juliano
Marco Túlio Fonseca Furtado	Rafael Cascardo Lopes
Marconi Bastos Saldanha	Raimundo do Serro Moreno
Margarida Maria Pedersoli	Ranieri Martins da Silva
Maria Antônia de Oliveira Cândido	Raquel Correa da Silveira Gomes
Maria Aparecida dos Santos	Raquel Melo Urbano de Carvalho
Maria Cecília de Almeida Castro	Raquel Oliveira Amaral
Maria da Consolação Lanna	Regina Lúcia da Silva
Maria Helena Pereira Saporetto	Renata Couto Silva
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa	Renata Viana de Lima Netto
Maria Teresa Lima Lana	Renato Antônio Rodrigues Rego
Mariane Ribeiro Bueno Freire	Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Mário Fernando Junqueira Fonseca	Ricardo Magalhães Soares
Marismar Cirino Motta	Ricardo Milton de Barros
Marta Duarte Machado	Ricardo Sérgio Righi
Maurício Bhering Andrade	Ricardo Uberto Rodrigues
Maurício Barbosa Gontijo	Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Maurício Leopoldino da Fonseca	Roberto Gomes de Souza
Max Galdino Pawlowski	Robson Lucas da Silva
Melissa de Oliveira Duarte	Rochelle Costa Cardoso
Michel João Abrão	Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Milena Franchini Branquinho Lima	Rodrigo Peres de Lima Netto
Moacyr Lobato de Campos Filho	Rogério Guimarães Salomé
Moises Paulo de Sousa Leão	Romeu Rossi
Mônica Stella Silva Fernandes	Ronaldo Maurílio Cheib
Nabil El Bizri	Ronaldo Souza Borges
Nadja Arantes Grecco	Roney de Oliveira Júnior
Naldo Gomes Júnior	Roney Luiz Torres Alves da Silva
Nardele Débora C. Esquerdo	Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Nilber Andrade	Rubens de Oliveira e Silva
Nilce Madureira Leão	Saulo de Freitas Lopes
Nilma Rogéria Cândido	Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Nilza Aparecida Ramos	Sérgio Pessoa de Paula Castro
Núbio Neto Jardim	Sérgio Timo Alves
Onofre Alves Batista Júnior	Sheila Glória Simões Murta
Orlando Ferreira Barbosa	Shirley Daniel de Carvalho
Oswaldo Nunes França	Shirley Terezinha Tassini
Patrícia Campos de Castro	Silvana Coelho
Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino	Simone Ferreira Machado
Patrícia Mota Vilan	Soraia Brito de Queiroz
Patrícia Pinheiro Martins	Stela Maria Lírio Reis e G. Vieira
Paula Abranches de Lima	Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Paula Maria Rezende Vieira	Théo Assuar Gragnano
Paula Souza Carmo	Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Paulo da Gama Torres	Tuska do Val Fernandes
Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto	Valéria Duarte Costa
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho	Valmir Peixoto Costa
Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira	Vanessa Canedo Pinto
Paulo Gabriel de Lima	Vanessa Lopes Borba
Paulo Ricardo de Souza Cruz	Vanessa Saraiva de Abreu
Paulo Roberto Lopes Fonseca	Vinicius Rodrigues Pimenta
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete	Wallace Alves dos Santos
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho	Walter Henrique dos Santos
	Walter Santos da Costa

