

Revista

da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

Número 12 • Dezembro de 2004



**Revista da
Procuradoria-Geral do Estado
de Mato Grosso do Sul**

**Nº 12
DEZEMBRO 2004**

Publicação da Procuradoria-Geral do Estado de
Mato Grosso do Sul

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP

Parque dos Poderes, bloco IV, 79032-901 - Campo Grande-MS

Comissão editorial

Senise Freire Chacha - Diretora da ESAP

Lúcio Henrique Melke Bittar

Waleska Assis de Souza

Revista:

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul é publicada com frequência anual no mês de dezembro. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Pede-se permuta.

Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

Tiragem: 600 exemplares.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.
Campo Grande, MS, Brasil, 2004.
(Anual)

1979-1987 (1-9)

2002 (10)

CDU - 34 (05)

Capa: Flávio M. Lott

Foto: Ernesto Franco

Revisão de texto: Maria Helena Silva Cruz

Normalização Bibliográfica: Vilma Rosa Raitembach

Editoração Eletrônica: Sebastião Flores da Silva

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

JOSÉ ORCÍRIO MIRANDA DOS SANTOS

Governador do Estado

EGON KRAKHECKE

Vice-Governador e

Secretário de Estado de Planejamento e de
Ciência e Tecnologia

JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES

Procurador-Geral do Estado

ADALBERTO NEVES MIRANDA

Procurador-Geral Adjunto

NELSON MENDES FONTOURA JUNIOR

Corregedor-Geral - Procurador do Estado

SENISE FREIRE CHACHA

Procuradora do Estado

Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública

Relação dos Procuradores do Estado

Adalberto Neves Miranda	Leandro Pedro de Melo
Alberto Swards Lucchesi	Lúcia Helena da Silva
Antônio de Souza Ramos Filho	Luciano dos Santos Mendes
Arlenthe Maria de Souza	Lúcio Henrique Melke Bittar
Bernadete de Fátima F. de Souza Alves	Luis Paulo dos Reis
Carina Souza Cardoso	Marcos Costa Vianna Moog
Carla Souza Cardoso Pimentel	Maria Madalena Santos
Carlos Fabrício Griesbach	Maria Sueni de Oliveira
Carlos Roberto Marques Júnior	Mario Akatsuka Junior
Christiana Puga de Barcelos	Nélson Mendes F. Junior
Claudia Elaine Assumpção Novaes	Nilton Kiyoshi Kurachi
Cristiane da Costa Carvalho	Norton Riffel Camatte
Cristiane Müller Dantas	Paulo César Branquinho
Daniela Corrêa Basmage	Rafael Coldibelli Francisco
Dênis Cleiber Miyashiro Castilho	Regina Lúcia de Almeida e Souza
Eduardo Eugênio Siravegna Júnior	Renata Corona Zuconelli
Eimar Souza Schröder Rosa	Rômulo Augustus Sigihara Miranda
Eurildo Vieira Benjamim	Sandra Calligaris
Felipe Marcelo Gimenez	Sarah Filgueiras M. A. de A. e Silva
Fernando César Curim Zanele	Senise Freire Chacha
Itaneide Cabral Ramos	Sérgio Wilian Annibal
Izidoro de Oliveira Paniago	Sônia Tomás de O. e Silva
Jaime Caldeira Jhunyor	Suleimar Sousa Schröder Rosa
Jerônimo Olinto de Almeida	Thaís Gaspar
João Cláudio dos Santos	Ulisses Schwarz Viana
José Aparecido Barcellos de Lima	Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras
José Luis Aquino Amorim	Vera Luisa de Q. R. da Cunha
Jucelino Oliveira da Rocha	Waleska Assis de Souza
Judith Amaral Lageano	

Relação dos Procuradores aposentados e falecidos

Elide Rigon
Francisco de Paula e Silva
João Olegario Figueiredo
Manuel Ferreira da C. Moreira
Maria Celeste Costa e Silva
Nei Juáres Ribas
Neusa Miranda e Silva
Olímpio dos Santos Nascimento
Ricardo Nascimento Araújo

Acir Pires Maia *“in memorian”*
Candemar Cecílio F. Victório *“in memorian”*
Francisco Antônio dos Santos e Silva *“in memorian”*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
PRÊMIO PGE	15
AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL	17
<i>Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves</i>	
DESTINAÇÃO DE BENS ADJUDICADOS EM AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDAS PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL	49
<i>Marcos Costa Vianna Moog</i>	
DOCTRINA	85
A CONSTITUCIONALIDADE DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO	87
<i>Fabício Griesbach</i>	
O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA PELO PROCURADOR DO ESTADO: UM ESFORÇO DE DELIMITAÇÃO	97
<i>Marcos Costa Vianna Moog</i>	
A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL	121
<i>Senise Freire Chacha</i> <i>Lúcia Helena da Silva</i>	
PARECERES	149
PARECER PGE/Nº 048/2003	151
Assunto: Vigência do Tratado de Roboré (1958) Celebrado entre Brasil e Bolívia e sua repercussão no âmbito Educativo do Estado de Mato Grosso do Sul	
<i>Jerônimo Olinto de Almeida - Procurador do Estado</i>	

PARECER PGE/Nº 057/2003	165
Assunto: Liquidação da Agrosul - Apuração de Ativos e Passivo - Débitos - Execuções - Possibilidade de Licitação sob a forma de Concorrência para Venda de Armazéns	
<i>Marcos Costa Vianna Moog</i> - Chefe da Procuradoria Especializada de Assuntos Administrativos	
PARECER PGE/Nº 062/2003	178
Assunto: Inclusão de menor sob guarda como dependente	
<i>Suleimar Sousa Schröder Rosa</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 063/2003	191
Assunto: Análise dos artigos 13, 84, 118 e 152, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil)	
<i>Renata Corona Zuconelli</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 065/2003	207
Assunto: Passagem para Reserva Remunerada "ex-officio"	
<i>Suleimar Sousa Schröder Rosa</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 002/2004	219
Assunto: Planejamento da Ação Estadual Antidrogas - SETASS - SEJUSP	
<i>Renata Corona Zuconelli</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/MS Nº 003/2004	231
Assunto: Consulta sobre a possibilidade de manter o pagamento de proventos aos Policiais Militares Reformados ou da Reserva Remunerada Excluídos da Corporação Militar do Estado de Mato Grosso do Sul em decorrência da decisão judicial ou administrativa	
<i>Sandra Calligaris</i> - Procuradora do Estado	
PARECER PGE/Nº 010/2004	252
Assunto: Requerimento formulado pelo Presidente do SINPOL-MS no Ofício Circular n.12/02/04, de 16.02.2004, relativamente a decisão judicial proferida no Mandado de Segurança n.2003.008086-4/0000-00	
<i>Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras</i> - Procuradora do Estado - Chefe da Procuradoria Fiscal	

PARECER PGE/Nº 013/2004	267
Assunto: Possibilidade de subdelegação das atividades referidas no inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro a terceiros	
<i>Luciano dos Santos Mendes</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 016/2004	275
Assunto: Viabilidade jurídica de serem os custos dos serviços públicos prestados pelo IMAP fixados por meio de resolução	
<i>Luciano dos Santos Mendes</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 019/2004	287
Assunto: Aplicação do artigo 216, § 6º da Constituição Federal à Lei Estadual n.2.645/03, que reorganizou o Fundo de Investimentos Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul	
<i>Rômulo Augustus Sugihara Miranda</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 024/2004	299
Assunto: Lei Municipal que dispõe sobre serviço de abastecimento de água	
<i>Marcos Costa Vianna Moog</i> - Chefe da Procuradoria Especializada de Assuntos Administrativos	
PARECER PGE/Nº 029/2004	306
Assunto: Prestação de informações em Mandados de Segurança por autoridades estaduais. Aplicação do Decreto Estadual n.1.303, de 21 de julho de 2003	
<i>Eduardo Siravegna Jr.</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 031/2004	316
Assunto: Leilão de bens desnecessários, inservíveis ou imprestáveis para o serviço público. Possibilidade de realização por servidor e não leiloeiro oficial	
<i>Thais Gaspar</i> - Procuradora do Estado	

PARECER PGE/N° 032/2004	326
Assunto: Imposto Territorial Rural de imóvel de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul <i>Eurildo Vieira Benjamin</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/N° 034/2004	332
Assunto: Procedimentos legais para proporcionar a realização do abortamento nos hospitais da rede pública de saúde quando permitidos pela legislação penal <i>Carlos Roberto Marques Júnior</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/N° 040/2004	359
Assunto: Adjudicação de imóvel com ônus de IPTU <i>Christiana Puga de Barcelos</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÕES	373
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/N° 026/2004	375
Assunto: Anulação do ato de transferência para a reserva remunerada PM <i>Judith Amaral Lageano</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/N° 043/2004	384
Assunto: Averbação de Temo de Serviço - Prescrição <i>Suleimar Sousa Schröder Rosa</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PAT/N° 056/2004	393
Assunto: Viabilidade jurídica de serem os custos dos serviços públicos prestados pelo IMAP fixados por meio de resolução <i>Waleska Assis de Souza</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/N° 059/2004	399
Assunto: Alteração da Lei Complementar Estadual 53/90 acerca da utilização dos militares inativos para atuarem novamente a serviço da corporação <i>Izidoro Oliveira Paniago</i> - Procurador do Estado	

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAT/Nº 072/2004	407
Assunto: Possibilidade de revisão dos atos já aprovados pelo Conselho Estadual de Cultura <i>Rômulo Augustus Sugihara Miranda</i> - Procurador do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 116/04	423
Assunto: Retroatividade de Promoção <i>Arlenthe Maria de Souza</i> - Procuradora do Estado	
ATOS DO PROCURADOR-GERAL	429
MANIFESTAÇÃO PGE/PIMA/Nº 041/2003	431
Assunto: Pedido de reconsideração de decisão proferida quando da análise da Manifestação PGE/PIMA nº 032/2003 - Recepção de legislação estadual que guarda compatibilidade vertical com as constituições do Estado e da República - Aquisição de imóveis para o patrimônio estadual - Autorização exclusiva do Governador do Estado - Constitucionalidade <i>José Wanderley Bezerra Alves</i> - Procurador-Geral do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PRCor Nº 005/2004	449
Assunto: Pedido de autorização para desistir de penhora - Indeferimento - Enfiteuse - Domínio útil - Possibilidade de penhora - Determinação de arrematação <i>José Wanderley Bezerra Alves</i> - Procurador-Geral do Estado	
PARECER PGE/Nº 036/2004	457
Assunto: Análise de processo administrativo - Aplicação de multa ambiental à Associação das Famílias para Unificação e Paz Mundial <i>José Wanderley Bezerra Alves</i> - Procurador-Geral do Estado	

APRESENTAÇÃO

Vivemos um momento ímpar na Procuradoria-Geral do Estado. Diversas conquistas, institucionais e da carreira de Procurador do Estado, foram obtidas no ano de 2004.

A posse de quinze novos Procuradores do Estado, o aumento no quadro de servidores administrativos e de auxiliares daqueles, permitiram suportar a assunção de atribuições e a elevação do serviço de responsabilidade do órgão, ocorrida em razão de novas demandas indenizatórias e de obrigações de dar, aforadas em face do Estado, bem assim, porque o número de decisões interlocutórias e de sentenças teve incremento considerável desde a adoção do sistema de plantão no âmbito do Poder Judiciário.

Não se pode olvidar que algumas medidas administrativas adotadas nos dois últimos anos também contribuíram para que as atribuições institucionais da Procuradoria-Geral do Estado fossem cumpridas a contento: a edição de despachos genéricos, de resoluções e de súmulas administrativas autorizadoras da não-interposição de recursos. Em decorrência dessa atitude, atualmente, em mais de três dezenas de situações, há autorização - e mesmo vedação, como ocorre com as súmulas administrativas - para que não se interponha recurso em face de decisões judiciais, o que reduz o asoberbamento do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, permite a satisfação mais célere do direito que se pleiteia. Essa conduta traduz, por certo, a adoção de uma nova postura administrativa, de respeito ao cidadão e ao Poder Judiciário.

Paralelamente, outras conquistas foram sedimentadas, destacando-se:

a) em relação ao Centro de Estudos, instalado no final de 2002, nota-se que o trabalho desenvolvido permitiu, no corrente ano, que, em média, cada Procurador do Estado tivesse acesso a três cursos de atualização;

b) a transformação do Centro de Estudos em Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado, em agosto último, abriu a possibilidade de todas as carreiras jurídicas do Estado terem acesso aos eventos realizados ou patrocinados por esta;

c) viabilizou-se a participação de um terço dos Procuradores do Estado no Curso de Especialização em Direito Administrativo, realizado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e, com isso, novos conhecimentos foram incorporados;

d) o novo Auditório *Pantanal* e a edificação do Centro de Múltiplo Uso *Arara Azul* abrem novas perspectivas nos aspectos cultural e administrativo; e

e) ademais, com o objetivo de aperfeiçoar, atualizar e difundir cultura, nos últimos dois anos, acrescida a quantidade que se está adquirindo no corrente mês, mais de dois mil livros - quase o quádruplo do acervo anteriormente existente - estão sendo incorporados à Biblioteca da PGE-MS.

Para o próximo ano os esforços de todos deverão estar voltados para novos desafios: completar o quadro de Procuradores do Estado, razão da abertura do VIII Concurso Público; implantar o Sistema de Automação Judicial (SAJ-PJ), com trabalhos já iniciados em novembro último e com previsão de conclusão até meados de 2006, quando a Procuradoria-Geral do Estado deverá estar totalmente informatizada, com sistemas de biblioteca, banco de teses, precatórios, dívida ativa, gerenciamento de gabinetes e outros; implantar coordenadorias jurídicas, comandadas por Procuradores do Estado, nas Secretarias de Estado que apresentem maior demanda; e quem sabe, iniciar a construção de um espaço físico próprio para a Procuradoria-Geral do Estado...

Nas realizações havidas, o apoio do Governador do Estado José Orcírio Miranda dos Santos, de colegas Secretários de Estado, de Procuradores do Estado e dos servidores da Procuradoria-Geral do Estado, foi absolutamente imprescindível. A todos a minha gratidão e a esperança de que este órgão público continue a merecer suas atenções.

Registro, por derradeiro, a minha satisfação com a publicação do volume 12, da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, que, com o *Ementário da PGE-MS* e o *Boletim Informativo da PGE-MS*, tem servido à difusão de conhecimentos, à comunicação com os demais órgãos do Estado, assim como, à divulgação do pensamento da Procuradoria-Geral do Estado por meio dos trabalhos elaborados pelos Procuradores do Estado na defesa dos interesses deste ente federado, razão precípua da existência deste órgão jurídico estadual.

Campo Grande (MS), dezembro de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PRÊMIO PGE

Parte I

AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves*

*Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul
Vencedora do Prêmio PGE 2004
Categoria - Melhor Peça Judicial

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, com sede no Parque dos Poderes, Bloco IV, térreo, em Campo Grande-MS, representado por seu Procurador infra-assinado, dispensado legalmente da apresentação de instrumento de mandato, nos termos do art. 12, I, do CPC, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, nos autos de **Ação Anulatória de Débito Fiscal**, apresentar sua CONTESTAÇÃO, nos termos do art. 297 c.c o art. 188, ambos do Código de Processo Civil, e que para tanto expõe, para ao final requerer, conforme se segue:

DOS FATOS

Através da presente ação, pretende a Autora ver anulado o débito fiscal, objeto do Auto de Infração n.00000-A, série “A” de 19.12.2001, amparando sua pretensão, em síntese, nos seguintes argumentos:

1. decadência do direito de lançar, posto que, tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial é o estipulado no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, ou seja, cinco anos a contar da datada da ocorrência do fato gerador;

2. a hipótese “prestar serviço de comunicação” contemplada no art. 155, inciso II, da Constituição Federal alcança todo e qualquer serviço, realizado em caráter negocial, com o fito de possibilitar a transmissão de uma mensagem, desde que a prestação seja transmunicipal e os meios colocados à disposição sejam suficientes para que efetivamente se estabeleça a comunicação;

3. no texto constitucional, há uma limitação de ordem espacial quanto à tributação por meio do ICMS. A autorização constitucional para tributar por meio do ICMS, contemplada no art. 155, II, é somente para as prestações de serviços interestaduais e intermunicipais. As prestações de serviços internacionais não estão sujeitas à tributação por meio de ICMS;

4. a Constituição Federal somente autoriza a tributação de serviços que se iniciam no exterior e terminam no Brasil. Não há

previsão para a situação inversa, ou seja, quando o serviço começa no Brasil e termina no exterior; logo o legislador estadual está impedido de criar hipóteses normativa contemplando essa situação como sujeita à tributação por meio de ICMS;

5. o serviço colocado à disposição no Brasil para que a comunicação internacional se estabeleça não pode ser tributado por meio do ICMS, pois por si só não é suficiente para que a comunicação se estabeleça, depende da prestação de serviço local, constituindo-se, assim, em mera *atividade-meio*;

6. por força do princípio da territorialidade, como só há caracterização de serviço de comunicação internacional quando houver a efetiva recepção da mensagem pelo destinatário, a qual é viabilizada por uma prestadora de serviço agregado, que está situada no exterior, a prestação de serviço de comunicação internacional não pode ser alcançada por leis brasileiras, salvo se houver pacto de extraterritorialidade, pois os serviços se consumam no exterior;

7. violação ao princípio da legalidade, pois inexistente lei estadual que tenha instituído a tributação de ICMS sobre ligações telefônicas internacionais, havendo impossibilidade da exigência desse tributo;

8. o Decreto-lei n.66/79, não tipifica as prestações de serviços de comunicação internacional, na modalidade ligações telefônicas internacionais, como hipóteses de incidência do ICMS. Logo, sob pena de violação ao princípio da estrita legalidade, não pode pretender o Estado de Mato Grosso do Sul exigir o ICMS sobre referidas prestações;

9. é manifestamente incabível a autuação levada a cabo, pois as prestações de serviço de comunicação internacional, por força da isenção concedida pela Lei Complementar n.87/96, não estão sujeitas, a partir de sua publicação, ocorrida em 13.09.1996, à tributação do ICMS;

10. a aplicação de sanção que alcança 125% (cento e vinte e cinco por cento) do crédito tributário constitui-se em flagrante violação à diretriz constitucional que veda qualquer exigência que tenha efeito confiscatório. É verdadeira afronta ao direito de propriedade, encartado nos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente

(artigo 5º, XXII, da CF), o que pede que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade, para exonerar a Autora da multa ou reduzi-la a patamares condizentes com a nova realidade econômica do país.

Data vênia, a pretensão da Requerente não pode prevalecer ante os argumentos insubsistentes que a embasam, conforme se demonstrará.

1 A TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO

Dispõe o art. 297, caput, c.c. art. 241, inciso II do Código de Processo Civil, que o prazo para contestar são de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado cumprido. Por sua vez, o artigo 188 do mesmo Código determina que o prazo para Fazenda Pública contestar conta-se em quádruplo. Logo, no presente caso, o prazo para contestar é de 60 (sessenta) dias.

Consoante se vê do Termo de f. 218 dos autos, o Mandado de Citação foi juntado em 09.05.2003. Portanto, o termo final para a Fazenda Pública contestar é 06.08.2003, considerando-se a suspensão do prazo, decorrente das férias forenses ocorridas no período de 02 a 31 de julho de 2.003, encontrando-se presente o pressuposto da tempestividade.

2 MÉRITO

2.1 Da Inocorrência da Decadência e da Validade do Lançamento Efetivado

Não procede a alegação da Autora de que a Fazenda Pública Estadual teria decaído de seu direito de lançar o ICMS, através do Auto de Infração n. 00000-A, de 19.12.2001, relativo a fatos geradores ocorridos em novembro e dezembro de 1996, porque teria decorrido o prazo previsto no § 4º. do artigo 150, do Código Tributário Nacional.

Inicialmente, convém ressaltar que o dispositivo supra não trata do prazo de decadência que é estabelecido pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

[...]

Ademais, a Autora não antecipou o pagamento, como exige o artigo 150 daquele Código, o que lhe daria azo para falar em lançamento por homologação, pois foi autuada por ter registrado as operações, objeto daquele Auto de Infração, como “**isentas**”, deixando, por consequência, de recolher o ICMS devido.

Se a Autora faltou com o seu dever instrumental de realizar a apuração da dívida e antecipar o pagamento do valor apurado, nada há a ser homologado, cabendo à Fazenda Pública Estadual o dever de constituir o crédito tributário com o lançamento de ofício, como ocorreu, razão pela qual, o prazo decadencial rege-se pelo inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, ou seja, se o fato gerador é de 1996, iniciando-se a contagem a partir do exercício seguinte, 01 de janeiro de 1997, decairia de seu direito de lançar somente em 01 de janeiro de 2002, o que comprova a não ocorrência da alegada decadência, sendo o lançamento perfeitamente válido.

Paulo de Barros Carvalho, em comentário ao art. 150, § 4º, do CTN, é claro ao enfatizar que o que se homologa é o fato do pagamento antecipado e, em não havendo este nada há a ser homologado, inexistindo, portanto, lançamento por homologação, *in verbis*:

De acordo com a mensagem transcrita, aquilo que se homologa é o factum do pagamento antecipado, certificando-se a autoridade administrativa da sua estrita conformidade com a legislação vigente. Não se trata de homologação do lançamento, justamente porque, nesta modalidade, o

lançamento vai aparecer apenas com o ato homologatório. Até o seu advento, terá curso o procedimento de extinção, que se inicia com o pagamento antecipado e se encerra com a expedição do ato homologatório, expresso ou tácito. Decorre daí que, inexistindo pagamento antecipado, ainda que o contribuinte documente bem todos os seus passos, não se poderá falar em homologação e, por via de consequência, em lançamento por homologação. Estaremos diante de um quadro em que não houve pagamento e não houve também lançamento.(CARVALHO, 1997, p.70-77)¹

Portanto é inaplicável o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, como pretende a Autora, sendo correto inferir, se razão lhe assistisse, a aplicação do dispositivo em questão, em conjunto com o inciso I do art. 173 do mesmo código, o que também não ensejaria a ocorrência da alegada decadência. Vejamos:

Os fatos geradores, objeto da autuação, são de novembro e dezembro de 1996, com vencimentos em 30.11.1996 e 31.12.1996, respectivamente. O Auto de Infração foi lavrado em 19.12.2001, com intimação feita a Autora em 20.12.2001.

Embora não haja lançamento para ser homologado, em vista de que a autora não se desincumbiu de seu dever legal de antecipar o pagamento, tendo lançado aquelas operações como “**isentas**”, se considerarmos o fato gerador como marco inicial (nov/96), o prazo de cinco anos previsto no § 4º do artigo 150 do CTN., ocorreria em novembro de 2001, quando então, iniciar-se-ia o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, a partir do primeiro dia do exercício seguinte (art.173, I, CTN), ou seja, 01 de janeiro de 2002, findando-se 5 (cinco) anos após, em 01 de janeiro de 2007, o mesmo ocorrendo em relação ao fato gerador de dezembro de 1996.

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Lançamento por homologação - decadência e pedido de restituição. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 3-97. 1ª Quinzena de fevereiro de 1997. São Paulo: IOB. Caderno 1. p. 70-77

Esta é a posição pacífica do Superior Tribunal de Justiça em inúmeros precedentes. Vejamos:

Tributário. Decadência. ICMS.

1. No caso de lançamento por homologação, inicia-se o prazo decadencial após decorridos cinco (5) anos do fato gerador, somados mais cinco (5) anos.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.(grifo nosso)²

.....

Processual Civil. Embargos de Divergência (arts. 496, VIII e 546, CPC; art. 266, RISTJ). Tributário. ICM. Constituição do Crédito. Decadência. CTN, artigos 150, § 4º e 173, I.

1. A lavratura do auto de infração é uma das bases de procedimento administrativo fiscal e não encerramento do lançamento fiscal e tributário. A constituição do crédito tributário é ato complexo.

2. A data do fato gerador, por si, não é o termo inicial da decadência. Opera-se depois de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo do Estado rever e homologar o lançamento. Interpretação conjugando as disposições dos artigos 150, § 4º e 173, I, CTN.

4. Precedentes jurisprudenciais.

5. Embargos acolhidos.(grifo nosso)³

.....

² REsp. n.174.672/SP., DJ de 11.03.2003.

³ EREsp n.169.246/SP., DJ de 04.03.2002.

TRIBUTÁRIO. (...) ICMS - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - PRAZO - (CTN art. 173)

[...]

II - O ART. 173, I DO CTN DEVE SER INTERPRETADO EM CONJUNTO COM SEU ART. 150, PARÁGRAFO 4º.,

III - O TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA PREVISTANOART. 173, I DO CTN NÃO É A DATA EM QUE OCORREU O FATO GERADOR.

IV - A DECADÊNCIA RELATIVA AO DIREITO DE CONSTITUIR CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOMENTE OCORRE DEPOIS DE CINCO ANOS, CONTADOS DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE SE EXTINGUIU O DIREITO POTESTATIVO DE O ESTADO REVER E HOMOLOGAR O LANÇAMENTO (CTN, ART 150, PARÁGRAFO 4º).

V - SE O FATO GERADOR OCORREU EM OUTUBRO DE 1974, A DECADÊNCIA OPERA-SE EM 1 DE JANEIRO DE 1985.(grifo nosso)⁴

No mesmo sentido: REsp. 198.631/SP., EREsp. 199560/SP., REsp 198631/SP., REsp 266889/SP., AGA 311360-SP., REsp 58918/RJ., REsp 19648/SP., REsp 1846-BA., dentre inúmeras outras decisões.

Portanto, de qualquer ângulo que se analise a alegação de decadência pela Autora, vê-se que não possui qualquer sustentáculo legal, contrariando a doutrina e jurisprudência pátria, não podendo prosperar a sua pretensão de ver decretada a nulidade do Auto de Infração, pois, conforme demonstrado alhures, seus argumentos são insustentáveis.

⁴ REsp. 69308/SP., DJ de 04.03.1996.

2.2 Da existência da autorização legal para a incidência do ICMS na prestação de serviços de comunicação internacional, posto que se efetiva dentro do território nacional.

A Constituição Federal, em seu inciso II do art. 155, contém a seguinte disposição em relação à instituição de impostos, *in verbis*:

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

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (grifo nosso)

Vê-se claramente, do dispositivo supra transcrito que compete aos Estados instituir impostos sobre **a prestação de serviço** de comunicação, ou seja, o imposto não incide sobre a comunicação em si, mas incide nos negócios jurídicos a sobre a prestação de serviço de comunicação, que tem por objeto uma obrigação de fazer, de realizar a comunicação ou de oferecer condições para que ela se efetive, ou seja, é exatamente sobre a prestação desses serviços que recai a exigência.

Ao contrário do que afirma a Autora, não há no dispositivo retro citado qualquer limitação de ordem espacial quanto à tributação por meio de ICMS, ou seja, não está consignado naquele texto ou em qualquer outra legislação sobre o assunto, que a autorização para tributação somente alcance as prestações de serviços interestaduais e intermunicipais, pois ali está expresso que o imposto alcança a prestação de serviços de comunicação, ou seja, a incidência de ICMS e sobre todo e qualquer serviço de comunicação.

José Eduardo Soares de Melo, bem explicitou a questão. Vejamos:

O exame da sistemática tributária implicou as considerações seguintes:

A hipótese de incidência possível deste ICMS é prestar serviços de comunicação. Não é simplesmente realizar a comunicação. Portanto, o tributo só pode nascer do fato de uma pessoa prestar a terceiro, mediante contraprestação econômica (em caráter negocial), um serviço de comunicação.

[...]

Note-se que o ICMS não incide sobre a comunicação propriamente dita, mas sobre a 'relação comunicativa', isto é, a atividade de alguém, em caráter negocial, fornecer a terceiro condições materiais para que a comunicação ocorra. Mas não apenas isso: é mister, ainda, que a mensagem seja captada pelo destinatário (fruidor do serviço).

[...]

A materialidade (fato gerador) do imposto não ocorre pelo simples ato que torna possível a comunicação (disponibilização de informações), sendo necessária a prestação de serviços de comunicação, em que os sujeitos desta relação negocial (prestador e tomador - devidamente determinados) tenham uma efetiva participação. (Melo, 2002, p. 114)⁵

Argutamente procede-se à distinção seguinte:

A prestação do serviço de comunicação prescinde do conteúdo da mensagem transmitida, tipificando-se como a simples colocação à disposição do usuário de meios e modos para a transmissão e

⁵ MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 114.

recepção das mensagens. Os partícipes da relação comunicativa 'não prestam serviço' um para o outro, nem para terceiros. Eles apenas se comunicam. Presta o serviço, isto sim, a empresa que mantém em funcionamento o sistema de comunicações consistente em terminais, centrais, linhas de transmissão, satélites, etc. (Melo, 2002, p. 114)⁶

Portanto, a previsão constitucional que autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir imposto sobre a prestação de serviço de comunicação é ampla e abrange todo e qualquer serviço de comunicação, valendo transcrever os ensinamentos do Mestre Clélio Chiesa, [...], *in verbis*:

Impende destacar que o imposto não incide sobre a comunicação em si, mas na prestação de serviço de comunicação. Por outras palavras, incide nos negócios jurídicos que têm por objeto uma obrigação de fazer, consistente em realizar a comunicação ou oferecer condições para que ela se efetive. O termo “comunicação” não pode ser dissociado da expressão “prestar serviço”, pois, senão, haveria uma distorção da hipótese prevista constitucionalmente.

Todavia, ressalvadas as restrições apontadas, os legisladores dos Estados-membros e do Distrito Federal podem, dentro da hipótese de prestação de serviço delineada pela Constituição, tributar qualquer negócio jurídico atinente à comunicação. Assim, podem tributar não só o fato de alguém ser contratado para, mediante pagamento, emitir uma mensagem, bem como sobre negócio que tenha por objeto dar condições materiais para que a comunicação se efetive, ou seja, algum serviço que esteja relacionado ao canal físico, a exemplo dos satélites, que não emitem mensagem, mas servem de suporte para que ela seja transmitida.

⁶ MELO. *op. cit.* p. 114

Não se pode dizer que nesse caso não se trata de comunicação, pois o serviço está relacionado ao canal físico que possibilita a transmissão da mensagem. Como visto, comunicação em sentido amplo não se refere apenas à emissão da mensagem, mas a todos os elementos que integram a relação comunicativa.

Portanto, qualquer atividade de prestar serviço em caráter negocial que estiver relacionada aos elementos necessários para que a comunicação se realize, pode, em princípio, ser eleita pelo legislador infraconstitucional para integrar a hipótese de incidência do ICMS atinente à prestação de serviço de comunicação.

A hipótese de incidência delineada constitucionalmente, insiste-se, não faz nenhuma restrição às significações do vocábulo “comunicação”. Como conseqüência, não cabe ao exegeta proceder nenhuma limitação que não seja decorrente do contexto normativo em que a norma está inserida. De sorte que não se pode estabelecer nenhuma distinção entre difusão, divulgação, radiodifusão, pois todas são espécies do gênero comunicação. Não há na Constituição norma que autorize restrição de tal ordem, para efeito de tributação por meio do ICMS.

O vocábulo deve ser acolhido em sentido amplo, conforme estabeleceu o constituinte, que não lhe quis impor nenhuma restrição que não adviesse do próprio sistema. Em nosso entender, a hipótese de serviço de comunicação abrange todo e qualquer serviço, realizado em caráter negocial, com o fito de possibilitar a transmissão de uma mensagem, seja qual for a modalidade de comunicação. (grifo nosso) (Chiesa, 1997, p.97-102).⁷

⁷ CHIESA, Clélio. *ICMS sistema constitucional tributário: algumas inconstitucionalidades da LC 87/96*. São Paulo: LTr, 1997. p. 97-102.

Ex positis, demonstrado está que a Constituição Federal, autoriza a incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação de forma ampla, abrangendo todos e quaisquer serviços, não havendo qualquer limitação de ordem espacial, como quer fazer crer a Autora.

En passant, a própria Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, estabelece a incidência do ICMS nas prestações de serviços de comunicação, conforme pode ser verificado em seu art. 1º e inciso III do art. 2º, *in verbis*:

Art. 1º. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

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; (grifo nosso).

A mesma Lei Complementar estabelece o local da prestação e o momento da ocorrência do fato gerador. Vejamos seus artigos 11, inciso III, alínea “d” e artigo 12, inciso VII, *in verbis*:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

[...]

III - tratando-se de prestação onerosa de serviço de comunicação:

[...]

d) onde seja cobrado o serviço, nos demais casos; (grifo nosso)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza; (grifo nosso)

No âmbito Estadual, a incidência do ICMS sobre os fatos, objeto do Auto de Infração, estava prevista no artigo 4º e 5º, inciso X do Código Tributário Estadual - Decreto Lei n. 66/69, na redação do Anexo I à Lei n.904/88. Vejamos:

Art. 4º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Art. 5º - Ocorre o fato gerador do imposto:

[...]

X – na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior. (grifo nosso)

Vale registrar, portanto, que a regra-matriz da incidência do ICMS-comunicação está contemplada no Decreto-Lei n.66/79, na redação da Lei n.904/88. O núcleo da hipótese de incidência está prescrito no art. 5º, X; a base de cálculo no art. 14, VI; a alíquota no

art. 39, IV, “c”; o sujeito passivo, no art. 41; e o local da prestação para efeitos da cobrança do imposto, no art. 54, III, “d”, razão por que, indubitavelmente, nela está incluída a prestação de serviço de comunicação na modalidade de ligações internacionais.

Não é demais acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.467-6-DF, com ementa publicada no DJ de 14.03.1997, ao declarar a inconstitucionalidade de concessão da imunidade concedida pela Lei Orgânica do Distrito Federal, em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, assim decidiu:

[...]

3. Assim, ainda que indiretamente, concedeu imunidade, quanto ao ICMS, aos prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, sem que essa imunidade estivesse prevista na Constituição Federal (art. 155, II), que, ademais, não admite que os Estados e o Distrito Federal concedam, com relação ao ICMS, nem mesmo simples isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão com observância da Lei Complementar à que aludem o art. 155, § 2º, inciso XII, letra “g”.

4. Lei Complementar, a de n.24, de 07.01.1975, já existia com essa finalidade, antes, portanto, da Constituição de 05.10.1988.

5. E, a esta altura, já está em vigor a Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, cujo art. 1º reitera a incidência do ICMS sobre todo e qualquer serviço de comunicação, regulando também a forma pela qual os Estados e o Distrito Federal concederão isenções, incentivos e benefícios fiscais.

[...] (grifo nosso) ⁸

⁸ ADIn n.1.467-6-DF, DJ de 14.03.1997

O constituinte, tanto quanto os legisladores infraconstitucionais, fizeram incidir o ICMS sobre o serviço de comunicação, gênero do qual faz parte a espécie das telecomunicações e a modalidade das comunicações telefônicas internacionais, conforme ratifica o art. 5º, inciso X, do então vigente Código Tributário Estadual.

A alegação da Autora de que não há autorização legal para cobrança de ICMS sobre as ligações internacionais não subsiste diante da legislação retro citada e diante do fato de que a operação tributada de prestações de serviços, referente a ligações telefônicas internacionais, realizou-se **dentro do território nacional**, visto que, tanto a prestadora dos serviços, quando o tomador, que efetiva o pagamento do serviço contratado, estão aqui situados, sendo o destinatário no exterior, receptor da mensagem, mero fruidor.

Ademais, também não procede a assertiva da Autora de que a Constituição Federal somente autoriza a tributação de serviços que se iniciam no exterior e terminam no Brasil e não o inverso, mesmo porque, como já dito alhures, o fato de se tratar de tributação de ligações internacionais não significa que o serviço tenha sido prestado no exterior, pois a prestação de serviço é nacional, prestado por empresa e contratante aqui estabelecidos.

Se o serviço prestado possibilita que o tomador do serviço se comunique com pessoa localizada em outro país, é questão que não interessa para a cobrança do imposto, pois a prestação do serviço dá-se internamente, não havendo participação do destinatário, a quem não é prestado nenhum serviço, na relação jurídica, formada entre a prestadora de serviço e o tomador/contratante.

Elucida bem a questão o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PARECER PFGN/CAT/Nº 381/99, que contém minucioso estudo da incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação, na modalidade longa distância internacional (ligações telefônicas internacionais). Vejamos:

Prestação de serviço de comunicação. Ligações telefônicas internacionais. Incidência do imposto

sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS.

No caso de que se cuida, não podemos dizer que há uma prestação de serviço destinado ao exterior. A ligação telefônica é que tem como destinatário alguém fora do território nacional, mas essa prestação de serviço dá-se internamente. O tomador do serviço (quem está utilizando a linha telefônica) paga, no Brasil, mais especificamente na unidade federada de onde a ligação é originária, o valor correspondente a toda prestação...

O destinatário da ligação não participa desta relação jurídica, então formada entre o tomador e prestador do serviço de comunicação, nem lhe é prestado qualquer serviço. A referência feita ao ponto situado no exterior vale apenas para caracterizar o serviço como de longa distância internacional, pois somente quando houver a interligação entre os dois pontos situados, um no Brasil e outro no exterior, a comunicação se realiza.

A título de argumentação, poder-se-ia dizer até que, no caso em referência, há uma importação de serviços e não uma exportação, considerando que como afirmado pela ANATEL, o “usuário chamador paga pela chamada originada no território nacional e a Prestadora do Serviço de Longa Distância Internacional, no Brasil, remunera as Prestadoras de serviço nos outros países”. Em assim sendo, o que ocorre aqui é uma verdadeira saída de divisas e não a entrada que a LC n.87 de 1996, quer incentivar.

Diante de todo o exposto, é de concluir que a prestação de serviço consubstanciado em ligação telefônica internacional constitui-se em prestação interna, vez que tanto o tomador do serviço quanto a empresa que o efetiva estão localizados no

território nacional, não sendo tal serviço albergado pela norma isentiva prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87, de 1996.⁹

Assim sendo, demonstrada está a insubsistência da argumentação da Autora de que deva haver pacto de extraterritorialidade, uma vez que se trata de prestação interna tributável, sendo certo que o prestador (a companhia telefônica) e o tomador (aquele que originou a chamada) se encontram no país.

2.3 A atividade da Autora não é mero serviço auxiliar (atividade-meio), mas sim o próprio serviço principal, não havendo necessidade de pacto extraterritorial, dada a característica interna da prestação de serviços.

Não prospera a alegação da Autora de que apenas realizou serviços auxiliares, colocando à disposição dos usuários o aparato para que a prestação de serviço de telecomunicação internacional ocorresse, o que não poderia ser tributado pelo ICMS, por tratar-se de atividade-meio.

Na verdade, os serviços por ela prestados não são serviços intermediários, posto que coloca à disposição do contratante (tomador do serviço) todos os meios necessários à realização do serviço de telecomunicação, para efetuar as chamadas internacionais fazendo uso da rede compartilhada cedida pela Embratel e por outras operadoras internacionais, ficando, nos termos do Convênio ICM n.04/89, mantido pelo Convênio ICMS 126/98, ratificado tacitamente pela Lei Complementar n.24/75, com a responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Vejamos as Cláusulas Segunda e terceira do Convênio ICM n.04, de 21.02.1989:

⁹ PFGN/CAT/Parecer n.381/99.

Cláusula Segunda - **Na cessão onerosa** de meios das redes públicas de telecomunicações a outras Operadoras de serviços públicos de telecomunicações, nos casos em que a cessionária não se constitua em usuária final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços públicos de telecomunicações a seus próprios usuários, o Imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

Cláusula terceira - O ICMS sobre serviços internacionais, tarifados e cobrados no Brasil e cuja receita pertença à Operadora, será recolhido para a unidade da Federação onde se situar o equipamento terminal brasileiro. (grifamos)

Além disso, vê-se no Auto de Infração, juntado às f. 32, que foi aplicada a redução prevista no Convênio ICMS n.27/94, ratificado pelo Decreto n.7730/94, que assim estabelece em sua Cláusula primeira, *in verbis*:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução da base de cálculo do ICMS na prestação de serviços públicos de telecomunicações internacionais, de forma a que corresponda a uma carga tributária efetiva de 13% (treze por cento).

Nesse ponto, vale trazer à colação o entendimento manifestado em documento da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE e referendado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no Parecer PGNF/CAT n.381/99, *in verbis*:

Em assim sendo, vê-se, claramente, que estão reunidos todos os elementos caracterizadores da incidência e cobrança do tributo. Há, indubitavelmente, a prestação do serviço de comunicação ligando um ponto situado no território nacional com outro ponto no exterior, o local da prestação define-se pela cobrança do serviço e a expressão quantitativa dá-se pelo valor desta operação. Com efeito, ainda conforme o Parecer

da ANATEL, o usuário chamador (tomador do serviço) paga pela chamada originada no território nacional e a prestadora do serviço de longa distância internacional, no Brasil, remunera as prestadoras de serviços nos outros países. No caso do serviço telefônico fixo comutado, a EMBRATEL é a concessionária do serviço de longa distância nacional e longa distância internacional, atuando em todas as áreas geográficas de prestação do serviço que abrange todo o território nacional.

O fluxo de pagamentos pela prestação dos serviços da ligação internacional às outras empresas participantes do sistema, aperfeiçoa-se via encontro de contas, após dado período de tempo, dependendo dos termos do acordo bilateral firmado para esse fim. Dessa forma, apura-se o quantitativo de ligações originadas no exterior com destino ao Brasil e vice-versa, compensando-se os custos. Caso haja crédito de algum dos lados, efetiva-se o repasse correspondente.

Entretanto, essa particularidade da maneira como se dá o repasse relativo aos custos das ligações internacionais é mera curiosidade que não influi na caracterização da prestação de serviço aqui comentada. É que, em direito tributário, os contratos particulares não podem ser opostos à Fazenda Pública para modificar a relação jurídico-tributária que surge com a ocorrência do fato gerador, com a finalidade de modificar a sujeição passiva do imposto, a teor do que determina o art. 123 do CTN. Logo, conclui-se que a relação entre a prestadora do serviço aqui no Brasil e as outras operantes no sistema é uma relação particular, estranha à relação tributária comentada.¹⁰

Portanto, o ICMS incide sobre as prestações de serviços de telecomunicação internacionais, uma vez que a ligação realizada por assinante localizado no Brasil e que concretizada pela atuação do

¹⁰ Idem NR n.9.

prestador de serviços aqui localizado por meio de cessão de rede compartilhada, contratado para disponibilizar os meios necessários à realização deste serviço de telecomunicação, não pode ser considerado mero serviço auxiliar, mas sim o próprio serviço principal.

Por outro lado, como muito bem consignado no Parecer retro citado, *as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes*, a teor do que dispõe o artigo 123 do Código Tributário Nacional.

2.4 Inexiste a pretendida isenção de tributação de ICMS, concedida pela LC n.86/96.

Melhor sorte não está reservada ao argumento da Autora de que, após a edição da Lei Kandir - Lei Complementar n.87, de 13.09.1996, as prestações de serviços internacionais não podem ser tributadas por meio de ICMS, porque estariam isentas, em face do que dispõem os seus artigos 3º, inciso II, e 32, inciso I.

Convém, desde já, refutar tal argumento, pois os dispositivos daquela lei tratam, no art. 3º, inciso II, de prestações que destinem serviços ao exterior e, o art. 32, inciso I, sobre prestações de serviços para o exterior que, conforme demonstrado alhures, não é o caso da autora, que não destina prestação de serviço, objeto da discussão nestes autos, ao exterior.

Vale repetir: o serviço prestado pela Autora, na modalidade de ligações telefônicas internacionais deu-se internamente, posto que tanto o prestador, quanto o tomador do serviço, encontram-se localizados dentro do território nacional, mais especificamente, na unidade federada de situação do tomador (contratante), estando no exterior apenas o destinatário, mero fruidor, que não participa da relação jurídica porque não lhe é prestado qualquer serviço.

Mais uma vez, convém transcrever parte do Parecer PGNF/CAT/Nº 381/99, que também, nesse ponto, possui coerente abordagem da questão. Vejamos:

A ligação telefônica é que tem como destinatário alguém fora do território nacional, mas essa prestação de serviço dá-se internamente. O tomador do serviço (quem está utilizando a linha telefônica) paga, no Brasil, mais especificamente na unidade federada de onde a ligação é originária, o valor correspondente a toda prestação e a empresa (ou empresas - já que, dependendo da origem da ligação, ela pode ser efetivada pelas diferentes companhias telefônicas que exploram internamente os serviços de telecomunicações) operadora, que coloca à disposição do usuário todo o aparato para que a comunicação ocorra, presta um serviço ao tomador que está localizado no país. O destinatário da ligação não participa desta relação jurídica, então formada entre tomador e prestador de serviço de comunicação, nem lhe é prestado qualquer serviço. A referência feita quanto ao ponto situado no exterior vale apenas para caracterizar o serviço como de longa distância internacional, pois somente quando houver a interligação entre os dois pontos situados, um no Brasil e outro no exterior, a comunicação de realiza.

A título de argumentação, poder-se-ia dizer até, no caso em referência, há uma importação de serviços e não uma exportação, considerando como afirmado pela ANATEL, o “usuário chamador paga pela chamada originada no território nacional e a Prestadora do Serviço de Longa Distância Internacional, no Brasil, remunera as Prestadoras de serviço nos outros países” (grifo nosso). Em assim sendo, o que ocorre aqui é uma verdadeira saída de divisas e não a entrada que a LC 87, de 1996, quer incentivar.¹¹

¹¹ Idem NR n.9.

Não é demais acrescentar, ainda que a isenção estabelecida na Lei Complementar n.87/96 não diga respeito à prestação de serviços da Autora, posto que interna, o ensinamento do já citado Mestre Clélio Chiesa, que entende ser inconstitucional a isenção instituída pelo inciso II do artigo 3º da LC n.87/96, *in verbis*:

De sorte que o inciso II, do artigo 3º, da Lei Complementar n.87/96, é inconstitucional porque instituiu uma isenção ampla e irrestrita de todas as operações que tenham por objeto produtos e serviços destinados ao exterior, usurpando competência dos Estados-membros. (Chiesa, 1997, p.175)¹²

Assim, estando caracterizada que a Autora presta serviços, caracterizados como internos, não pode prosperar a sua tese de que estaria amparada pela isenção contida na Lei Complementar retro citada.

2.5 A multa aplicada é constitucional, não possuindo caráter confiscatório

Por outro lado, não prospera a tese da Autora de que a multa aplicada, seria confiscatória à luz da Constituição Federal. Vejamos.

Consoante se verifica do inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, há vedação para a utilização de tributo com efeito de confisco que, conforme preceitua o Código Tributário Nacional (art. 3º) trata-se de “*prestação pecuniária compulsória, ... que não constitua sanção de ato ilícito,...*” não servindo para embasar a pretensão da Autora.

A respeito, vejamos o entendimento e decisões do Superior Tribunal de Justiça:

¹² CHIESA, *op cit.* p. 175.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACORDÃO RECORRIDO. MULTA POR INFRAÇÃO E MUTA DE MORA. INSTITUTOS DISTINTOS. CUMULAÇÃO. CONFISCO.

[...]

2. O Acórdão a *quo* decidiu que multa por infração e multa de mora são institutos distintos, pelo que podem ser cumuláveis.

[...]

7. A jurisprudência é pacífica no sentido de que multa não é tributo, podendo ela ter efeito confiscatório.

[...] (grifo nosso).¹³

TRIBUTÁRIO. FRAUDE. NOTAS FISCAIS PARALELAS. PARCELAMENTO DE DÉBITO. REDUÇÃO DE MULTA. LEI Nº 8.218/91. APLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE CONFISCO. TAXA SELIC. LEI Nº 9.065/95. INCIDÊNCIA.

1. Recurso Especial contra v. Acórdão que considerou legal a cobrança da multa fixada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) e determinou a incidência da Taxa SELIC sobre os débitos do parcelamento.

2. A aplicação da Taxa SELIC sobre débitos tributários objeto de parcelamento está prevista no art. 13, da Lei n.9.065, de 20.07.1995.

3. É legal a cobrança de multa, reduzida do percentual de 300% (trezentos por cento) para 150% (cento e cinquenta por cento), ante a

¹³ AgRg nº 436.173-BA., DJ de 05.08.2002.

existência de fraude por meio de uso de notas fiscais paralelas, comprovada por documentos juntados aos autos. Inexiste na multa efeito de confisco, visto haver previsão legal (art. 4º, II, da Lei n.8.218/91)

4. Não se aplica o art. 920, do Código Civil, ao caso, porquanto a multa possui natureza própria, não lhe sendo aplicável as restrições impostas no âmbito do direito privado,

5. A exclusão da multa ou a sua redução somente ocorrem com suporte na legislação tributária.

6. Recurso não provido. (grifo nosso).¹⁴

Além do mais, não é verdade que a multa aplicada seja confiscatória mesmo porque, conforme muito bem colocado na irretocável decisão do MM. Juízo da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual, em sentença proferida nos autos de Embargos à Execução n.1997.0013053-3:

A utilização de tributo com efeito de confisco se configura quando o valor do tributo a ser recolhido é maior ou equivalente ao valor do bem que se pretende tributar. Ou, por exemplo, quando a penalidade aplicada seja superior ou igual ao valor da operação ou prestação, cuja sonegação foi penalizada.

Além do mais, a cominação da multa fiscal à Autora, conforme estipulado na autuação, obedece ao princípio da estrita legalidade pois, há expressa previsão legal, em consonância com a exigência do art. 97 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 97 - Somente a lei pode estabelecer:

(...)

¹⁴ REsp. nº 419.156-RS., DJ de 10.06.2002.

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Assim é que a penalidade aplicada é a prevista no artigo 100, inciso I, alínea “c”, do Decreto-lei n. 66/79-CTE-MS., na redação da Lei n.1225/91, *in verbis*:

Art. 100 - O descumprimento de obrigação principal e acessórias, instituídas pela legislação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, sujeita o infrator às seguintes multas punitivas:

I - INFRAÇÕES RELACIONADAS COM O PAGAMENTO DO IMPOSTO:

[...]

c) falta de pagamento do imposto pelas saídas de mercadorias, pelas entradas ou recebimentos de mercadorias e bens importados e pelas prestações de serviços, todos tributados mas havidos pelo contribuinte ou escriturados como imunes, isentos ou não tributados - MULTA equivalente a 125% do valor do imposto devido;

Ademais, não é confiscatória a multa aplicada, cujo percentual de 125% (cento e vinte cinco por cento) sobre o valor tributo visa coibir a prática de sonegação fiscal, tal como constatado pelo Fisco Estadual, porém, não é desproporcional e nem onerosa a ponto de afetar a propriedade do autuado, caracterizando o alegado confisco.

O Professor Hugo de Brito Machado, Juiz aposentado e Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários, em matéria doutrinária cujos trechos a seguir transcrevemos, ao discorrer sobre as multas tributárias, demonstra com muita clareza que a elas não se aplica o princípio do não confisco, *in verbis*:

A questão de saber se o princípio do não confisco aplica-se às multas fiscais nossa resposta é negativa. O próprio Denari (Zelmo Denari) aponta a distinção essencial entre o tributo e a multa, ao dizer que as 'multas fiscais' são ontologicamente inconfundíveis com os tributos. Enquanto estes derivam de hipótese material de incidência tributária, aquelas decorrem do descumprimento dos deveres administrativos afetos aos contribuintes, vale dizer, da inobservância de condutas administrativas legalmente previstas.

Por outro lado, Denari também afirma não ser aplicável às multas o princípio da anterioridade, porque ao enunciá-lo, no art. 50, inciso III, da Constituição Federal, somente fez menção aos tributos.

A prevalecer o argumento fundado no elemento literal, tem-se de concluir que o princípio do não confisco não se aplica também às multas, porque o art. 150 da Constituição Federal, também no inciso IV, ao enunciar esse princípio, somente faz menção aos tributos. Entretanto, não é apenas o argumento literal que leva a não aplicação do princípio do não confisco às multas fiscais. A tese que sustentamos, não obstante a decisão acima referida, do Supremo Tribunal Federal, tem amparo especialmente em argumentos construídos à base dos elementos lógico-sistêmico e teleológico, como se vai a seguir demonstrar.

[...]

O regime jurídico do tributo não pode ser aplicado à multa, porque tributo e multa são essencialmente distintos. No plano estritamente jurídico, ou plano da Ciência do Direito, em sentido estrito, a multa distingue-se do tributo porque em sua hipótese de incidência a ilicitude é essencial, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito. Em outras palavras, a multa é necessariamente uma sanção de ato ilícito, e o tributo, pelo contrário, não constitui sanção de ato ilícito.

[...]

Porque constitui receita ordinária, o tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar a sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança retem efetivamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória.

A multa de 300% do valor da mercadoria vendida sem nota fiscal é, sem dúvida, um excelente instrumento de combate à sonegação de tributos. Muito melhor que a ameaça de cadeia resultante da criminalização da conduta evasiva, ilícita, do contribuinte. Nenhum comerciante pode alegar que não sabe ser obrigatória a emissão de nota fiscal, e não é razoável lhes seja permitida a prática dessa infração tão evidente e tão significativa no controle da arrecadação tributária.

[...]

A multa tem como pressuposto a prática de atos ilícitos, e por isto mesmo garantir que elas não podem ser confiscatórias significa na verdade garantir o direito de praticar atos ilícitos.

Sustentar que a garantia do não confisco aplica-se às multas é defender claramente o direito de sonegar tributos. Afinal, as multas elevadas para a inobservância das leis tributárias constituem, com toda certeza, o meio mais eficaz no combate à sonegação. (Machado, 2003 apud Castro, 2003).¹⁵

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *A natureza confiscatória das multas fiscais*. In: Aldemário Araújo Castro, 2003. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/assuntosgm.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2003.

Nesse sentido, também é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em recente julgado¹⁶. Vejamos:

EMENTA - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICM - ORIGEM E NATUREZA DA DÍVIDA - REQUISITOS DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA PREENCHIDOS - MULTA - PERCENTUAL PREVISTO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL ENTÃO VIGENTE - ENCARGOS - NÃO ILIDIDA A PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DOS CÁLCULOS APRESENTADOS - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

[...]

A multa moratória imposta pela Fazenda Pública é decorrente da inadimplência e estava prevista no Decreto-Lei 66/79, sujeitando-se os infratores à legislação e às multas nos percentuais estabelecidos na Lei de Regência do ICMS.

[...]

Do Voto do Relator, Desembargador João Batista da Costa Marques, extraímos o seguinte:

[...] Ademais é cediço que a natureza confiscatória do tributo somente se configura quando seu valor é maior ou equivalente ao valor do bem tributado, o que não ocorreu no caso sub judice, visto que a multa incidu tão somente sobre o valor do imposto devido pela operação.

Portanto, não se vislumbra qualquer efeito de confisco na estipulação de multa moratória em percentual elevado sobre o valor do crédito tributário, regularmente instituído por lei na respectiva esfera de competência, que se constitui em desestímulo à sonegação. (...)

¹⁶ Proc. n.1000.066812-2, j. 18 mar. 2003 - Apel. Cível - Execução - 4ª Turma Cível.

Também descaracteriza a alegação de confisco pela Autora, a decisão em que o Tribunal Administrativo Tributário, no Recurso Voluntário interposto pela Autora, onde, à unanimidade foi improvido o recurso, no qual o Voto da Conselheira-Relatora Lygia Maria Ferreira de Brito, em relação à multa imposta, ficou assim consubstanciado:

Entretanto, apenas para que não haja qualquer dúvida, destaco que, no caso vertente, a multa a ser aplicada importa em 125% do valor do imposto exigido, porque não pago espontaneamente nem em tempo hábil pela recorrente. O imposto, no caso, é devido pela alíquota de 13% calculado com o benefício estabelecido no Convênio ICMS 27/94. Importa dizer, a multa punitiva imposta no percentual de 125% do valor do imposto resulta em 16,25% do valor da prestação, e, evidentemente, não tem efeito confiscatório, mormente quando comporta redução que varia conforme o momento processual. Observo, por oportuno, que mesmo pela carga tributária normal, de 25%, a multa representaria 31,25% do valor da prestação, também sujeito a reduções, e, da mesma forma não caracteriza o alegado confisco.

Assim sendo, não assiste razão à Autora, posto que a multa fiscal aplicada é legal e adveio de sua conduta infratora, perfeitamente tipificada na norma jurídica tributária que também traçou os parâmetros de sua incidência, definindo o *quantum* aplicável, sendo totalmente improcedente a sua pretensão de que seja exonerada do pagamento ou de que seja reduzida a patamares outros que não o estabelecido nas leis tributárias.

De todo o exposto, conclui-se que não assiste razão à insurgência da Autora, pois o indigitado Auto de Infração foi lavrado de acordo com a legislação vigente, não se ressentindo de qualquer mácula, razão por que deve ser mantido em todos os seus termos.

PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer o Estado de Mato Grosso do Sul que seja a presente ação julgada improcedente, com a condenação da Autora no pagamento de honorários advocatícios, custas processuais e demais cominações legais.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, embora entenda que a matéria probatória não exija designação de audiência, por tratar-se de matéria exclusivamente de direito, razão pela qual requer o julgamento antecipado da lide, na forma do inciso I do art. 330 do Código de Processo Civil.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Campo Grande, MS, 07 de julho de 2003.

Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves
Procuradora do Estado

**DESTINAÇÃO DE BENS ADJUDICADOS EM
AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDAS
PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

*Marcos Costa Vianna Moog**

*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul
Vencedor do Prêmio PGE 2004
Categoria - Melhor Parecer

PARECER/PGE/Nº 052/2003

PARECER PAA/Nº 030/2003

Processo n.13/030467/2003

Interessado: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Assunto: Destinação de bens adjudicados em ações de execução fiscal promovidas pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Ementa: BENS PERMANENTES E DE CONSUMO ADJUDICADOS AO ESTADO. REPASSE PARA ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA. SOLICITAÇÃO DE AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES, ASSOCIAÇÕES, SINDICATOS, PREFEITURAS, ENTIDADES RELIGIOSAS E OUTRAS. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO NÃO PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DOS DIVERSOS CASOS, TENDO EM VISTA A DIFERENCIAÇÃO LEGAL IMPOSTA.

A possibilidade de doação de bens permanentes ou de consumo para entidades que não pertençam à Administração Direta, enseja análise de cada caso concreto, conforme determinados parâmetros fixados na Constituição Federal, na Lei n.8.666/93 e legislação estadual pertinente.

Assim, a doação de bens disponíveis “in casu” é possível, desde que satisfeitos todos os requisitos da legislação federal e estadual supramencionada, sempre em atendimento ao interesse público e à conveniência e oportunidade para a Administração.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Senhor Secretário de Estado de Gestão Pública questiona mediante ofício n. 0746/GAB/SEGES sobre: a legalidade da destinação

de bens permanentes e de consumo (adjudicados ao Estado nas ações de Execução Fiscal) para entidades que não fazem parte da Administração Pública; a quem competiria autorizar; e quais os documentos e pré-requisitos necessários às essas entidades, para que possam receber tais bens.

Afirma a Coordenadoria de Gestão Patrimonial e de Transportes/SEGES que recebe solicitações desses bens para atender necessidades de Autarquias, Fundações, bem como de outras entidades que não fazem parte da Administração, tais como associações, sindicatos, prefeituras, entidades religiosas, etc.

Em Manifestação, a Assessoria Jurídica da SEGES discorreu sobre as formas de aquisição de bens pelo Estado e, entendendo ser complexa a matéria à respeito, achou por bem encaminhar questionamento à Procuradoria Geral do Estado para Parecer.

Instruem estes autos:

- Ofício do Coordenador de Gestão Patrimonial e de Transportes (fls. 02);
- Manifestação da Assessoria Jurídica da SEGES (fls. 03/04);
- Ofício do Secretário de Estado de Gestão Pública (fls. 05);

Esse o breve relatório, passamos à análise do caso.

I DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Inicialmente é de se observar que os bens adjudicados ao Estado em execução fiscal, móveis ou imóveis, permanentes ou de consumo, podem ser repassados aos diversos órgãos da Administração Pública Direta do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nesse sentido, obviamente que tais bens deverão ser repassados logo que adjudicados, pois, uma vez que sejam afetados a determinado órgão ou função, não mais poderão ser repassados livremente.

Importa ressaltar que, tão logo adjudicados, faz-se necessário o seu registro no cadastro do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado.

Assim, sempre que transferidos de um órgão para outro da Administração Direta, fundamental que se proceda à devida alteração no cadastro de modo que se tenha sempre disponível qualquer informação quanto ao período em que determinado órgão foi responsável pela manutenção do bem.

De outro lado, igualmente cabível o controle de bens de consumo, tendo-se em vista a maior eficiência e economia do aparelhamento do Estado, entendendo-se tais repasses como forma de custeio.

II DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

No que tange aos órgãos da Administração Indireta, ou seja, Autarquias e Fundações Públicas, há que se ter um entendimento diferenciado.

Nesse caso, em se tratando de entes estatais com personalidade jurídica própria, os bens não poderão ser meramente repassados com anotação no cadastro já referido.

Impõe-se, assim, a adoção de uma figura jurídica própria, que possibilite a passagem do domínio ou da posse de um bem do Estado para o ente estatal, Autarquia ou Fundação.

Temos que as figuras mais adequadas para os bens móveis são a doação ou o comodato, enquanto que, para os bens imóveis, aplicam-se as figuras previstas na Lei n.273, de 19.10.1981.

Se doação de bem móvel, de consumo ou permanente, faz-se necessária a anotação de baixa no cadastro do Estado, com arquivamento da solicitação do ente estatal favorecido e deferimento motivado da autoridade competente, que será o Secretário de Estado sob cuja responsabilidade estiver o bem, com autorização final do Governador do Estado.

Tratando-se de comodato, aplica-se o mesmo procedimento, sem contudo, dar-se baixa no cadastro do Estado, devendo o bem reverter ao Estado após o término do prazo estipulado.

Finalmente, quando se tratar de bem imóvel, além das providências acima elencadas, faz-se necessária a devida escritura pública de registro de imóvel, em favor da entidade favorecida, seja autarquia, seja fundação.

Nesse caso, impõe-se aplicação da Lei n.273/81, especialmente, o art. 32, *in verbis*:

Art. 32. Os bens imóveis do patrimônio do Estado poderão ser também alienados mediante:

I - remissão de foro, na forma da legislação civil e administrativa;

II - **incorporação**, autorizada em lei, ao capital de empresa pública ou de sociedade de economia mista criadas pelo Estado, como forma de integralização do valor das ações que lhes caibam, quer na constituição de capital, quer nos seus eventuais aumentos;

III - **dotação**, autorizada em lei, para integrar o patrimônio de fundação criada ou mantida pelo Estado, sempre sob a condição de inalienabilidade e de sua reversão ao patrimônio estadual, se a fundação vier a extinguir-se ;

IV - **transferência**, autorizada em lei, para a formação de patrimônio de autarquia ou de empresa pública;

V - pagamento de seu valor, total ou parcialmente, por pessoas jurídicas de direito público interno ou por empresa pública federal, estadual ou municipal, pela entrega de quaisquer bens ou pela realização de obra previamente avaliados.

III DAS PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS

Cabe agora analisar a possibilidade de repasse de bens móveis ou imóveis a pessoas jurídicas estranhas à administração pública estadual.

Nesse sentido, aventou-se quanto à possibilidade de repasse para associações, sindicatos, prefeituras e entidades religiosas.

Quanto a essas últimas, é de se lembrar a natureza laica do Estado Brasileiro, razão pela qual, só lhes caberia doação de bens, se não constituíssem entidades com fim religioso, mas apenas social.

Analisando a questão sob o prisma mais amplo da constitucionalidade, nota-se que se impõe aplicação do art. 19, inciso I da Constituição Federal:

Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependências ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, tratar-se de uma vedação constitucional, não podendo o “Estado” como ente político criar distinções entre os brasileiros ou no tratamento de suas diversas crenças.

Tal é a interpretação da doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:¹

O discurso inicial do inc. I não permite que cultos religiosos ou igrejas sejam estabelecidos pelas quatro entidades federativas, nem subvencionados, não podendo, por outro lado,

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v.3, t.1, p.34-35.

embaraçar seu funcionamento, sobre não ser possível nem aliança, nem dependência, entre pessoas e entidades com o governo. À evidência abre-se uma ressalva para a colaboração com os poderes públicos, na forma da lei, como, por exemplo, na atuação social das instituições religiosas.

Neste sentido, a finalidade deverá ser social, cultural ou educativa, nunca religiosa ou de doutrinação religiosa.

Assim, a despeito da atividade social, ainda que paralela ou em colaboração com o poder público, não se pode subvencionar entidade religiosa a qual pretenda apenas propagar a sua doutrina.

Tal é o que se apreende da pesquisa abaixo transcrita:

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o dispositivo: “Separação entre Igreja e Estado. A separação ente igreja e Estado foi estabelecida no Brasil, pelo Governo Provisório de 1890. Todas as Constituições posteriores a mantiveram, não fugindo à regra a Lei Fundamental em vigor. Traduz a lição evangélica: A César, o que é de César, a Deus, o que é de Deus. Essa separação, que toca de perto o problema da liberdade de consciência e crença (vide, infra, art. 153, § 5º), se traduz na proibição do estabelecimento de igrejas ou cultos, na subvenção de igrejas ou cultos, assim como embaraçar-lhes os exercício (ressalvados os limites previstos no art. 153, § 5º), seja por parte da União, seja por parte dos Estados e Municípios. Igualmente fulmina qualquer aliança entre Igreja e Estado e, com maior razão, o estabelecimento de vínculo de dependência entre ambos.

Essa separação, todavia, não exclui a colaboração em prol do bem comum. Notadamente, como diz o texto, no setor educacional, no assistencial e no hospitalar, sempre na forma e nos termos da lei federal. Destarte, a União, os Estados e os Municípios podem estipendiar e amparar obras

mantidas por entidades religiosas que sirvam precipuamente ao interesse comum e na medida em que o atendem. Essa colocação, entretanto, não pode ocorrer em campo fundamentalmente religioso, como o da catequese, por mais alto que seja o valor desta pregação para a elevação moral e dos costumes do povo. De fato, aí a colaboração seria propriamente o amparo de religião e feriria profundamente a separação prescrita.)

...

Por fim, em relação ao inc. I, há de se compreender que a subvenção vedada é condicional, posto que uma obra de interesse público preparada por qualquer igreja pode ser subvencionada pelos entes federativos, como escolas, asilos, hospitais, etc.

A lei, todavia, determinará as hipóteses de auxílio, entendendo-se como colaboração de interesse público aquela em que a igreja supra atividades que estariam no âmbito do Estado praticar, agindo, pois, como sua *longa manus*.

Curiosamente, Pinto Ferreira, ao comentar a Constituição Americana, parece concordar com o não-apoio estatal às atividades educacionais e sociais, em linha posta à da Constituição brasileira, ao dizer: “Por isso mesmo se torna possível o apoio estatal da União às confissões religiosas, mesmo que orientado para a educação, sob a forma de subvenções ao ensino secundário, superior ou profissional”. A este respeito, assegura Cooley, em sua Limitações Constitucionais: “Não podem ser dadas subvenções a escolas de seitas ou ordens religiosas, ainda que se pretenda auxiliá-las na instrução puramente secular”.

Atualmente, de acordo com a nossa Constituição vigente e a orientação da sua história republicana, conquanto o Estado não seja indiferente a prestigiar e a garantir a liberdade dos cultos, não pode entretanto manter ou subvencionar oficialmente

uma igreja, tampouco estabelecer medidas extorsivas de tributação ou impor medidas policiais restritivas de sua realização. (Ferreira, 1989).²

Apenas no que diz respeito à colaboração de interesse público, é lícita a aliança ente o Estado e as Igrejas, principalmente no setor educacional, assistencial e hospitalar, na forma e nos limites constantes da lei ordinária federal. Tudo isso é obra social, não religiosa, embora a causa motriz ou eficiente seja a igreja. (Cretella Junior, 1990).³

Assim sendo, em atendimento ao art. 19, I da Constituição Federal, somos pela impossibilidade de se fazer doação, concessão, cessão ou permissão de uso, de forma gratuita e por prazo indeterminado, em casos tais, tendo em vista, concomitantemente, a obrigatoriedade do cumprimento do princípio da igualdade insculpido no art. 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, excepcionalmente, conforme enunciado na doutrina, em se tratando de atividade exclusivamente social, cultural, assistencial ou educativa, ou havendo justa remuneração ao Estado, dentro das condições legais, ou ainda, de parceria com o Estado, onde se desenvolva atividade de interesse público e não apenas da entidade religiosa, torna-se plausível a aplicação de uma das figuras de direito administrativo supramencionadas.

Do mesmo modo, aplicam-se tais argumentos quanto ao auxílio de **sindicatos ou associações profissionais**, sendo vedado ao Estado auxiliá-los quanto ao seu objeto específico, abrindo-se apenas exceção quanto à hipótese de desenvolverem atividades sociais, culturais, assistenciais ou educativas, tal qual acima demonstrado.

A vedação, igualmente, é de nível constitucional, conforme o art. 8º, inciso I da CF, *in verbis*:

² FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v.1, p.454.

³ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. v.3, p.1.179.

Art. 8º - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, **vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;**

Finalmente, há que se perquirir quanto à possibilidade do repasse dos bens em questão para outros entes da federação, em especial, os municípios localizados no Estado de Mato Grosso do Sul.

Quaisquer que sejam os bens, aplica-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, porém, em se tratando de bens imóveis, aplica-se, concomitantemente, a Lei Estadual n.273/81.

Ainda, não é demais lembrar a incidência da legislação eleitoral, o que será objeto da análise seguinte.

IV DO PERÍODO ELEITORAL

Lei n.9.504/97

A Lei Eleitoral veda a transferência de recursos entre os entes federados durante os três meses que antecedem o pleito, sendo certo que bens móveis, encontram-se abrangidos na conceituação de recursos públicos:

DAS CONDUTAS VEDADAS AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHAS ELEITORAIS. *in verbis.*

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

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da

União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

.....

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

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

Naturalmente que, havendo previsão legal ou obrigação formal preexistente, aplicada especificamente a cada caso concreto (doação/equipamento/município), estará afastada a vedação.

Nesse sentido, percuciente a análise efetuada por Joel J. Cândido:⁴

VI, a - A regra, na essência, é a mesma que constava do art. 82, caput da Lei n.9.100/95. O dispositivo é parcialmente inócuo. Inócuo porque os Estados ou a União poderão fazer essas transferências, tranquilamente, sem problema de sanção alguma, antes dos 3 meses. Nessa data, e até mesmo antes dela, já poderão saber com que nominata os partidos e coligações concorrerão, ou seja, já saberão, com os nomes indicados, se interessa, ou não patrocinar ou beneficiar alguma administração ou candidatura. Vale notar que até 30 de junho as convenções terão que estar realizadas (art. 8º).

Fora este aspecto - que, a nosso ver, é fulminante e acaba a eficácia do mecanismo - o dispositivo pode funcionar bem, sendo a IJE o instrumento

⁴ CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 10 ed. Bauru: Edipro, 2002. p.519-520.

adequado para a parte processual. A instância eleitoral competente será ditada pela autoridade que estiver como repassadora dos recursos, já que pode ser o Governo e até o Presidente da República.

O Ministério Público Eleitoral é também parte legítima (LC n.64/90, art. 22, caput) para a medida, conforme dissemos quando tratamos da IJE. Entre outros dispositivos legais, está a ampará-lo, aqui, também, como eventual autor da demanda, o art. 72 da LC n.75, de 20.05.93. Quando não for ele o autor, será, sempre, o *custos legis*.

Quanto ao apenamento à infração, pode ser determinada: a) a sustação da transferência, o que ocorrerá quando os recursos, no destino, ainda não forma aplicados, ou, b) a paralisação da obra ou serviço, o que se dará quando o recurso transferido licitamente já teve aplicação. Esse apenamento poderá vir liminarmente - e isso, provavelmente, será muito comum - forte no art. 22, I, b, da LC n.64/90. Dada a enorme relevância do interesse público aqui em risco, na dúvida, o magistrado deverá conceder a liminar. Para, posteriormente, liberar a verba, se lícita a transferência, haverá tempo de sobra. Para recuperá-la, se ilícito o repasse a ela for aplicada, será bem mais difícil, justificando-se, assim, genericamente, o deferimento da liminar nos casos duvidosos.

A procedência definitiva da IJE acarretará a inelegibilidade por 3 anos, com base no art. 1º, I, h, da LC n.64/90. Fora isso, só raras hipóteses poderão caracterizar o crime do art. 346 do Código Eleitoral, caso em que as sanções (eleitoral e penal) serão cumulativas. Há, ainda, possibilidade de as transferências tipificarem crime comum, como, entre outros, o do art. 315 do Código Penal. Não havendo, nas transferências, finalidade típica eleitoral (dolo eleitoral, pode-se dizer), a questão fugirá da órbita da Justiça Eleitoral, tanto a parte criminal como não-criminal da lei, e, daí, será caso de eventual incidência da Lei n.8.429, de 02.06.92 e de crime comum.

V DA CESSÃO DE USO

Como quedou demonstrado, a doação de bens do Estado para Município, encontra óbice na dificuldade de aplicar-se com segurança as normas existentes, suas vedações e exceções.

Neste ponto, verificamos que a doação mais segura será aquela realizada com encargo e nunca nos três meses que antecedam o pleito.

Mas, considerando os princípios da moralidade e eficiência aplicáveis à administração pública e, sabendo-se da possibilidade de se atingir a mesma finalidade pública, mediante outro instituto cuja aplicação é de segurança jurídica inatacável, ainda que em período eleitoral, passamos ao estudo do instituto da cessão de uso:

Cessão de uso⁵ é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual da Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de órgão de inspetoria do Tribunal de constas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de uma de suas dependências para órgãos da Secretaria de Saúde.

A cessão de uso, entretanto, pode efetivar-se também entre órgãos de entidades públicas diversas. Exemplo: o Estado cede grupo de salas

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.901-902.

situado em prédio de uma de suas Secretarias para a União instalar um órgão do Ministério da Fazenda. Alguns autores limitam a cessão de uso às entidades públicas. Outros a admitem para entidades da Administração Indireta. Em nosso entender, porém, o uso pode ser cedido também, em certos casos especiais, a pessoas privadas, desde que desempenhem atividade não lucrativa que vise a beneficiar, geral ou parcialmente, a coletividade. Citamos, como exemplo, a cessão de uso de sala, situada em prédio público, que o Estado faz a uma associação de servidores. Ou a entidade beneficente de assistência social. Aliás, tais casos não são raros na Administração. O que nos parece importante é que tais casos sejam restritos a esse tipo de cessionários, impedindo-se que o benefício do uso seja carreado a pessoa com intuito lucrativo.

A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedentes e cessionária, normalmente denominado de “termo de cessão” ou “termo de cessão de uso”. O prazo pode ser determinado ou indeterminado, o cedente pode a qualquer momento reaver a posse do bem cedido. Por outro lado, entendemos que esse tipo de uso só excepcionalmente depende de lei autorizadora, porque o consentimento se situa normalmente dentro do poder de gestão dos órgãos administrativos. Logicamente, é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão de dependências cedidas com prejuízo para o regular funcionamento da pessoa cedente.

O fundamento básico da cessão de uso é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público.” (grifo nosso)

Assim, a cessão de uso é a figura mais recomendável durante período eleitoral, seja porque não enseja dúvidas ou questionamentos de ordem jurídica, seja porque preserva o patrimônio do Estado.

Naturalmente que tal instituto, se aplicado, enseja o controle por parte do órgão consulente, cujo Termo especificará, em cada caso concreto, a destinação, as partes, o prazo e a prestação de contas, dentre outros itens pertinentes e usuais em casos tais.

VI DA DOAÇÃO

De acordo com Novo Código Civil, os bens públicos só perderão o caráter de inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a Lei prescrever.

A afetação de uso especial é que dá o caráter de inalienabilidade absoluta ao bem, pois atende um fim público da entidade doadora. Não sendo o bem passível de doação de uso especial, então não há destinação específica e, por conseguinte, classifica-se como bem dominical ou submetido às regras do comércio jurídico de direito privado.

Sendo esse o caso em questão, como bem dominical, ou seja, não estando afetado à finalidade pública específica, verifica-se possível sua alienação por meio de instituto jurídico de direito civil, no caso, doação.

Assim, são denominados bens dominicais ou do patrimônio disponível os que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Veja-se o entendimento da doutrina de Diógenes Gasparini⁶ a respeito:

⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p.499-500.

Nos termos do Código Civil (art. 1.165) a doação é o contrato segundo o qual uma pessoa, chamada doador, por liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o patrimônio de outra, designada donatário, que o aceita. Tanto o doador como o donatário podem ser pessoas físicas ou jurídicas, e estas, públicas ou privadas. Assim, o Município, pessoa jurídica de direito público interno (CC, art. 14, III), ou outra das pessoas políticas, não só pode doar como pode receber em doação qualquer bem, isto é, pode figurar numa ou noutra das extremidades do contrato, ocupando, assim, a posição de doador ou de donatário. Destarte, observados os limites e as vedações legais, qualquer bem pode ser doado, como qualquer pessoa pode ser doadora ou donatária.

O contrato de que estamos cuidando, para ser legítimo, há de atender às disposições civis e administrativas que lhe são impostas pelo Direito Privado e pelo Direito Público, as quais já tivemos oportunidade de examinar por ocasião do estudo do contrato de compra e venda.

O contrato pode consubstanciar uma doação simples, com encargos ou remuneratória. E simples ou pura a doação quando efetivada a favor do donatário, que desfrutará de seu objeto sem qualquer restrição. É com encargos ou condicionada a doação quando o doador impõe ao donatário uma prestação (obrigação), a ser cumprida a favor do próprio autor da liberalidade ou de terceiro. Por fim, é remuneratória a doação quando o propósito do doador é pagar um serviço prestado pelo donatário, cujo valor não foi ou não podia ser exigido na época da prestação.

Conforme Hely Lopes Meirelles,⁷ doação é o contrato pelo qual uma pessoa (doador), por

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.428-429.

liberalidade, transfere um bem do seu patrimônio para o de outra (donatário), que o aceita (CC, art. 1.165). É contrato civil, e não administrativo, fundado na liberalidade do doador, embora possa ser com encargos para o donatário. A doação só se aperfeiçoa com a aceitação do donatário, seja pura ou com encargo.

A administração, pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação. Só excepcionalmente poder-se-á promover concorrência para doações com encargos, a fim de escolher-se o donatário que proponha cumpri-los em melhores condições para a Administração ou para a comunidade. Em toda doação com encargo é necessária a cláusula de reversão para a eventualidade do seu descumprimento.

Modernamente, a doação de terrenos públicos vem sendo substituída - e com vantagens - pela concessão de direito real de uso, examinados, precedentemente, neste mesmo item.

VII LEI ESTADUAL N. 273/81

A Lei n.273, de 19.10.1981, que dispõe sobre o regime jurídico dos **bens imóveis** do Estado, cita em seus artigos a maneira como pode ser realizada a doação, permissão de uso, cessão de uso e concessão de uso:

Art. 20 - A doação de imóveis se subordina sempre à existência de interesse público devidamente justificado e será precedida de avaliação, devendo constar da escritura os encargos do donatário,

quando houver, prazo de seu cumprimento e, ainda, cláusula de reversão sob pena de nulidade do ato.

...

Art.41 - A permissão de uso, sempre mediante remuneração ou imposição de encargos, terá caráter eminentemente precário, não induzindo posse, e poderá ser revogada a qualquer tempo, por decisão do Governador, que será comunicada ao permissionário, para que desocupe o imóvel no prazo assinado, mínimo de trinta dias.

...

Art. 46 - O poder Executivo poderá ceder, mediante imposição de encargos, o uso do Estado a pessoas jurídicas de direito público interno, a entidade da administração indireta ou fundações, do Estado, dos seus Municípios e da União, pelo prazo de dez anos.

...

Art. 50 - Os terrenos de propriedade do Estado poderão ser objeto de concessão de uso, mediante remuneração ou imposição de encargos, por tempo certo ou indeterminado, com direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

De fato, exige-se satisfação de termo ou condição, prazo certo, desenvolvimento de atividade de interesse público, criação de lei específica autorizadora e licitação.

VIII DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS

A Lei Federal n.8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos) dispõe em seu art. 17, inciso II, alínea A, sobre a alienação de bens móveis mediante doação:

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

.....

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

Assim, observado o permissivo legal, temos que a disposição do art. 17 impõe, em princípio, que a alienação de bens dominicais móveis e imóveis da Administração Pública, subordina-se e à existência do interesse público devidamente justificado e à avaliação prévia.

No caso de doação de bens móveis, permite-se dispensar a licitação, embora seja imprescindível a motivação do ato administrativo, com justificativa que demonstre a finalidade exclusiva de interesse social.

De qualquer forma, a avaliação do bem, seja móvel ou imóvel, sempre será indispensável nas alienações, considerando-se que o inciso V do art. 4º da Lei n.4.717/65, Lei de Ação Popular, fulmina de nulidade o contrato que não atender a essa condição.

Por outro lado, o Decreto Estadual n.699, de 30.09.1980, que regulamenta a colocação de materiais em disponibilidade e sua destinação, no âmbito da Administração Direta e Autárquica do Estado dispõe:

Art. 7º - Os materiais considerados disponíveis pelos órgãos ou entidades autárquicas serão:

(omissis...)

II - alienados, por:

a) doação;

(omissis...)

Art. 9º - A doação de material disponível e classificado como inservível para o Serviço Público Estadual será realizada, com ou sem encargos, mediante autorização do dirigente do órgão ou entidade autárquica, à pessoa jurídica de direito público ou privado, cujo fim principal consista em atividade de relevante valor social.

Por tais razões, será legal o ato de doação, desde que haja:

1. avaliação, mesmo que por estimativa, do bem doado;
2. classificação de bem inservível à Administração Pública; e
3. motivação do ato; além do procedimento regular de reversão do tombamento no cadastro de patrimônio público.

Finalmente, conforme adiante se verá, em se tratando de entidade com finalidade social, sem fins lucrativos, dispensa-se o terceiro requisito, não se limitando a doação a bens inservíveis.

IX LEI DE LICITAÇÕES

Uma vez que reúne alguns princípios gerais sobre a alienação de bens móveis e imóveis, os quais decorrem da disciplina imposta pela Constituição Federal, é de se aplicar a Lei de Licitações no presente caso, uma vez que o Estado não pode fugir ao seu comando ou ainda, legislar em divergência a tais princípios.

Nesse sentido, a Lei n. 8.666/93 dispõe a respeito das hipóteses de alienação de bens móveis e imóveis em seu art. 17:

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

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

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;⁸
- f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgão ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.

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

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública.

⁸ As alíneas “e” e “f” do inc. I e os §§ 4º a 6º do art. 17 constam com a redação introduzida pela Lei nº 8.883, de 08/06/1994.

A esse respeito, trazemos à baila os comentários de Marçal Justen Filho⁹, visando espancar qualquer dúvida sobre matéria:

Os pressupostos de alienabilidade dos bens públicos não constam da Lei n.8.666/93. Não cabe à Lei de Licitações dispor sobre o regime jurídico dos bens públicos. Portanto e somente por exceção é que se encontram nesse diploma regras indicando os casos em que a alienação é possível e os pressupostos para tanto.

O que se exige é a evidenciação prévia pela Administração de que os requisitos contidos na legislação própria para a alienação encontram-se devidamente atendidos. Embora a ausência de regras na Lei, é óbvio que existem limites à decisão de alienar ou onerar bens públicos. Existem bens públicos por inerência, que não podem ser desafetados. Isso se passa com os "...bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis".¹⁰ Há hipóteses em que a Administração está impedida de deliberar pela alienação. Há outros casos em que a Administração tem dever jurídico de promover alienação.¹¹ Isso se passa quanto a bens que não sejam inerentemente públicos e que tenham sido integrados no patrimônio público por circunstâncias eventuais, não sendo necessários à realização das finalidades públicas. Assim, por exemplo, suponha-se caso de herança jacente, que acarrete sucessão

⁹JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002. p.177-185.

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 73. Ademais, todos os bens inerentes à soberania estatal não podem ser objeto de alienação, nem mesmo mediante lei. Assim, por exemplo, tem de reputar-se juridicamente inexistentes certas avenças que proliferaram na Administração Pública, durante certo período. Eram pactos de transferência do direito de receber receita futura como instrumento de liquidação de dívidas contraídas pela Administração. Ora, o direito de receber receita não pode ser alienado nem cedido.

¹¹ Não se incluem, aqui, comentários acerca de programas governamentais de privatização de empresas, sujeitos a regras específicas.

universal em favor do Estado e que o espólio abranja bens totalmente desvinculados do interesse público. Ou, mesmo, situação derivada de intervenção estatal no domínio econômico, desaparecendo supervenientemente os motivos autorizadores do exercício direto de atividade econômica por parte do Estado. Podem lembrar-se, ainda, situações em que haja controle ou participação do Estado em sociedades privadas, relativamente às quais não exista lei assim autorizando.¹² Em todos esses casos, não há autorização constitucional para permanência da situação. O Estado não pode desempenhar atividade econômica nem manter a situação existente. Estará obrigado a promover a alienação para cumprir os desígnios constitucionais. Excluídas essas duas situações extremas, haverá discricionariedade na decisão de alienar bens, que deverá ser cumpridamente motivada para indicar sua compatibilidade com o interesse público.

Então, a justificação prévia deverá evidenciar o cabimento da alienação em face da legislação própria e o cumprimento dos eventuais requisitos exigidos para tanto. Ademais disso, deverá determinar os atos subseqüentes, necessários à formalização propriamente dita da alienação.

Avaliação e preço mínimo

A alienação nunca poderá fazer-se simplesmente pelo “maior” preço. Há um preço mínimo, obtido através de avaliação, insuscetível de ser ignorado.¹³ Logo, se o maior preço for inferior ao mínimo, a alienação é inviável.

¹² CF, art. 37, incs. XIX e XX.

¹³ Na jurisprudência, há decisão julgando inválida licitação para venda de imóvel cujo domínio fora adquirido através de desapropriação porque somente se procedeu à avaliação administrativa para fins do ajuizamento da ação de desapropriação, mesmo quando o valor adotado na licitação tenha sido muito mais elevado RJTJESP 77/72.

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

Como condição de classificação, as propostas deverão superar o limite mínimo. As propostas com valor inferior deverão ser desclassificadas, sendo juridicamente impossível cogitar de sua apreciação. Se inexistir proposta igual ou acima do valor mínimo, deverá ser convocada nova licitação, após reavaliação do bem e redução (se for o caso) do valor da proposta mínima aceitável.

Regras específicas sobre bens imóveis

A Lei de Licitações sumariza alguns princípios gerais sobre alienação de imóveis, derivados diretamente da disciplina constitucional - e, portanto, aplicáveis às diversas órbitas federativas.

Prévia autorização legislativa

A Lei condiciona à autorização legislativa a alienação de imóvel pela Administração direta. A CF/88 determinou ser da competência do Congresso Nacional aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (arts. 49, XVII, e 188, § 1º). Seria dispensável, perante a Constituição, autorização em lei para alienação de menores dimensões? A resposta é negativa. Como acima afirmado, a autorização legislativa apenas possui valia quando se trate de bem que possa ser desafetado do patrimônio público. Os bens inerentemente públicos não podem ser alienados nem mesmo mediante prévia autorização legislativa. A autorização legislativa deverá ser

específica para a alienação, indicando o bem a ser alienado e os limites a serem observados na alienação. Quando se tratar de imóvel de titularidade de entidade da Administração indireta, não se exige a prévia autorização legislativa.

A modalidade de licitação cabível

O inc. I determina que a alienação de imóveis, como regra geral, far-se-á através de concorrência. Já o art. 18 determina que a fase de habilitação, na alienação de imóveis, limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% da avaliação.

Quando a lei determina que a alienação se fará pela via da concorrência, pretende que sejam observadas duas regras básicas. A primeira envolve as formas e os prazos de divulgação. Como se trata de concorrência, deverá ocorrer publicação do edital pela imprensa, com observância de prazo de 30 dias. A segunda refere-se à possibilidade de participação de qualquer interessado, assegurada na concorrência (em termos mais amplos do que se passa em convites e tomadas de preços).

Ocorre que a concorrência pressupõe uma fase preliminar e autônoma, destinada ao exame da habilitação do interessado. No caso da alienação, essa fase de habilitação seria um despropósito, pelos motivos acima enunciados. Como visto, a Administração não exigirá senão o pagamento do preço, quando aliena um bem. Por isso, foi necessário editar o art. 18, dispensando o cumprimento de formalidades inerentes à concorrência.¹⁴

¹⁴ Além disso, conforme Carlos Ari Sundfeld, *Licitação...*, cit., p. 70, o art. 19, III, faculta a escolha da modalidade **leilão**, quando se tratar de alienação de imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou dação em pagamento.

Não se olvide que o art. 19 faculta a possibilidade de utilização de leilão para algumas hipóteses de alienação de imóveis.

Regras específicas sobre bens móveis

Os procedimentos para alienação de bens móveis envolvem cautelas menos relevantes do que se passa com imóveis, mas apenas na medida em que a operação não produza efeitos irremediáveis de redução da dimensão da estrutura estatal. Ou seja, muitos bens móveis são fungíveis e renováveis. Quanto a esses, sua alienação não importa alteração da concepção vigente sobre a função e as dimensões reservadas ao Estado. Mas há bens móveis que são instrumento para o desempenho de funções estatais reputadas como a ele pertinentes. Um exemplo facilita a distinção. Não é possível identificar o regime jurídico da alienação de combustível por uma empresa estatal que opera na órbita das atividades econômicas e a alienação do controle dessa mesma empresa. No primeiro caso, a venda se traduz numa operação de mercado comum, que não afeta a concepção vigente sobre o Estado. No segundo, há modificação do modo de intervenção do Estado no domínio econômico.

Há seis hipóteses de dispensa de licitação para alienação de móveis, conforme consta do inc. II.

A doação (inc. II, al. “a”)

O item “a” disciplina a doação. Cabem aqui alguns dos comentários desenvolvidos acerca da interpretação da alínea “b” do inc. I.¹⁵

A Lei contém ressalva acerca dos casos de interesse social. Qualquer doação de bem público

¹⁵ No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld, *Licitação...*, p.52, estabelece que se trata de inexigibilidade.

pressupõe interesse público. Por óbvio, não se admite liberalidade à custa do patrimônio público. A regra legal impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção, inclusive para evitar a manutenção de concepções paternalistas acerca do Estado.

Chama atenção a hipótese definida no inciso II, alínea A do artigo supratranscrito.

De fato, da leitura do referido dispositivo, impõe-se que a doação de bem móvel exige sempre avaliação prévia, fins e uso de interesse social e ato motivado da autoridade competente explicando as razões da escolha de doação em detrimento de outras formas de alienação, conforme sua oportunidade e conveniência sócioeconômica.

Em consonância com o perfil legal traçado, é de se concluir que as instituições civis de interesse social sem fins lucrativos, voltadas a um espectro mais amplo de atuação social que não se limite apenas a atingir seus membros, tal como as formas universais de educação, assistência e manifestação cultural, tendem a habilitar-se naturalmente às doações em questão.

Desse modo, afigura-se-nos possível a realização de parceria do Estado com tais instituições, podendo efetuar-se, inclusive, mediante Convênio, como forma de conjugação de interesses paralelos entre a entidade e o Estado.

Nesse sentido, preciosa lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:¹⁶

O convênio é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas.

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.177 e 180.

resulta da própria Lei n. 8.666, de 1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios “no que couber”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º.

Na obra *Temas polêmicas sobre licitações e contratos* (1995:214-216) já tive oportunidade de discorrer sobre a distinção, mostrando que o principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos. É o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1996:358), quando define os convênios administrativos como “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

Quanto ao convênio entre entidades públicas e entidades particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento. Caracteriza-se este por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público. Difere do serviço público, porque, neste, o Estado assume como sua uma atividade de atendimento a necessidades coletivas, para exercê-la sob regras total ou parcialmente públicas; no fomento, o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade. O incentivo é dado sob forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares etc.

Assim é que o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais ou financeiras, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo; também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o Estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios. (grifo nosso)

De outro lado, conforme já mencionado quanto à possibilidade de doação de bens imóveis, em se tratando das instituições em questão, há que se fazer menção ao contrato de concessão de direito real de uso, o qual, poderá ser, muitas vezes, de maior conveniência e interesse para o Estado.

Tal figura contratual encontra-se perfeitamente consolidada no Direito Administrativo Brasileiro, como meio de viabilizar a conjugação de esforços com uma finalidade comum entre Estado e particular:

Concessão de direito real de uso: a concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. É o conceito que se extrai do art. 7º do Decreto-lei federal n.271, de 28/2/67, que criou o instituto, entre nós.

A concessão de uso, como direito real, é transferível por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, com a só diferença de que o imóvel reverterá à Administração concedente se o concessionário ou seus sucessores não lhe derem o uso prometido ou o desviarem de sua finalidade contratual. Desse modo, o Poder Público garante-se quanto à fiel

execução do contrato, assegurando o uso a que o terreno é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade.

A concessão de direito real de uso pode ser outorgada por escritura pública ou termo administrativo, cujo instrumento ficará sujeito a inscrição no livro próprio do registro imobiliário competente. Desde a inscrição o concessionário fruirá plenamente o terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

A concessão assim concebida substitui vantajosamente a maioria das alienações de terrenos públicos, razão pela qual deverá ser sempre preferida, principalmente nos casos de venda ou doação. A concessão de direito real de uso, tal como ocorre com a concessão comum, depende de autorização legal e de concorrência prévia, admitindo-se a dispensa desta quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da Administração Pública.¹⁷

Em esteio, verifica-se que a existência do interesse social na entidade sem finalidade lucrativa, conforme acima mencionado, aflora em diversos outros dispositivos da Lei n. 8.666/93, dentre os quais, o art. 24, XIII, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

...

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou desenvolvimento

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.98-499.

institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Assim, demonstrado o interesse social e satisfeitos os requisitos supratranscritos, sendo instituição brasileira de reputação inquestionável, sem fins lucrativos, e havendo perfeito vínculo de pertinência entre as funções educacional, assistencial ou cultural dessa instituição, com o objeto da pretendida avença com a Administração, qual seja a transferência de bens móveis e imóveis mediante doação, comodato, concessão de direito real de uso, dentre outras formas, estará, pois, viabilizada a operação.

Finalmente, releva notar que, havendo diversas instituições com finalidades idênticas ou similares, deverá haver equilíbrio na distribuição de tais bens, não se podendo privilegiar umas em detrimento de outras, uma vez que também atende ao interesse público o Princípio da Isonomia.

Em esteio, valemo-nos dos ensinamentos de Marçal Justen Filho¹⁸ que, em análise de hipótese análoga, enfrentou o assunto:

Então, a Administração não pode privilegiar certa instituição, de modo injustificado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente. Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia, a solução será produzir um processo seletivo que assegure tratamento igualitário a todas as possíveis interessadas.

X CONCLUSÃO

Por fim, à vista do exposto, podemos apresentar as seguintes conclusões sobre a alienação de bens móveis e imóveis do Estado:

¹⁸ JUSTEN FILHO, op. cit. 2002, p.256.

- a) sempre que transferidos de um órgão para outro da Administração Direta, deve-se proceder à devida alteração no cadastro de modo que se tenha sempre disponível qualquer informação quanto ao período em que determinado órgão foi responsável pela manutenção do bem;
- b) quando se tratar da Administração Indireta, se doação de bem móvel, de consumo ou permanente, faz-se necessária a anotação de baixa no cadastro do Estado, com arquivamento da solicitação do ente estatal favorecido, e deferimento motivado da autoridade competente, que será o Secretário de Estado sob cuja responsabilidade estiver o bem, com autorização final do Governador do Estado. O mesmo se aplica no caso de comodato, devendo o bem reverter ao Estado após o término do prazo estipulado;
- c) quando se tratar da Administração Indireta relativamente a bem imóvel, ocorrendo alguma das hipóteses do art. 32 da Lei n.273, de 19/10/1981, em especial, incorporação, dotação e transferência, além das providências acima elencadas, faz-se necessária a devida escritura pública de registro de imóvel, em favor da entidade favorecida;
- d) é vedado ao Estado subvencionar cultos religiosos ou igrejas, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma da lei (art. 19, inciso I, da CF). Para tanto, tais instituições deverão demonstrar finalidade social, cultural, assistencial ou educativa, que não se traduza na simples propagação da sua doutrina;
- e) é vedado ao Estado subvencionar sindicatos ou associações profissionais (art. 8º, inciso I, da CF) ressalvada a colaboração com atividade de interesse social tal qual acima demonstrado;
- f) é possível a doação ou outra forma de alienação de domínio ou posse de bens dominicais do Estado para qualquer outro ente da federação, observando-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Estadual n.273/81 e a Lei n.9.504/97 (Lei Eleitoral);

- g) impõe-se, em qualquer hipótese, a observação das prescrições contidas no art. 17 da Lei de Licitações, a respeito da alienação de bens móveis e imóveis, conforme já explicado detalhadamente;
- h) aplica-se ainda, o Decreto Estadual n. 699, de 30.09.1980, que regulamenta a colocação de materiais em disponibilidade e sua destinação, no âmbito da Administração Direta e Autárquica do Estado.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 04 de setembro de 2003.

Marcos Costa Vianna Moog
Chefe da Procuradoria Especializada de
Assuntos Administrativos

Despacho

Vistos etc.

1. A Coordenadoria de Gestão Patrimonial e de Transportes, da Secretaria de Estado de Gestão Pública, endereçou consulta à Assessoria Jurídica da mesma Secretaria, questionando a competência para a destinação de bens adjudicados pelo Estado, em ações executivas fiscais (fl. 02).

2. A Assessoria Jurídica do órgão opinou no sentido de que a consulta fosse encaminhada à Procuradoria-Geral do Estado (fls.03-04).

3. O Secretário de Estado de Gestão Pública, em razão disso, pelo Ofício n.0746/GAB/SEGES, de 12.06.2003, solicitou da PGE-MS *“manifestação quanto à legalidade da destinação de bens adjudicados para o Estado nas ações de Execução Fiscal para entidades que não fazem parte da Administração Pública”* (fl 05).

4. Entendo que o questionamento feito na consulta está suficientemente esclarecido no Parecer PGE n.052/2003 - PAA n.030/2003, da lavra do Procurador do Estado Marcos Costa Vianna Moog, da Procuradoria de Assuntos Administrativos, razão por que o aprovo, com espeque no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, mas com uma ressalva e os acréscimos que seguem e que são incorporados ao seu texto, com o objetivo de não somente responder ao efetivamente solicitado pelo consulente, mas também atender aos anseios expostos na proposta original pela Coordenadoria de Gestão Patrimonial e de transportes, da Secretaria de Estado de Gestão Pública:

a) embora inexista vedação para que se utilize o contrato de comodato pela Administração Pública, para passar o uso de bem público móvel para particular, a doutrina tem recomendado a não utilização deste instituto de Direito Civil, na hipótese, por considerá-lo impróprio e inadequado para tal fim¹. Em razão disso, quando não se deseja repassar o bem perenemente, mas por tempo determinado, que se o faça mediante cessão de uso - admitida por alguns doutrinadores como possível de ser utilizada no repasse de bens a entidades – ou de autorização de uso², sempre com prazo determinado e mediante registro no cadastro mobiliário do Estado;

b) a doação de bens móveis para entidades públicas ou privadas, exige:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. Atual. Por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 500; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 507.

² “Autorização de uso é unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Não tem forma nem requisitos especiais para sua efetivação, pois visa apenas as atividades transitórias e irrelevantes para o Poder Público, bastando que se consubstancie em ato escrito, revogável sumariamente a qualquer tempo e sem ônus para a Administração. Essas autorizações são comuns para a ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade, nem embarquem o serviço público. Tais autorizações não geram privilégios contra a Administração ainda que remuneradas e fruídas por muito tempo, e, por isso mesmo, dispensam lei autorizativa e licitação para seu deferimento” (MEIRELES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 496).

b.1) *“ato motivado da autoridade competente explicando as razões da escolha da doação em detrimento de outras formas de alienação, conforme sua oportunidade e conveniência sócio-econômica”* (fl. 35);

b.2) que o bem seja destinado exclusivamente para fins e uso de interesse social, nos termos da alínea “a”, do inciso II, do artigo 17, da Lei (Federal) n.8.666, de 21.06.1993, dispositivo aplicável aos Estados-membros, eis que mantido na íntegra pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIMC-927-3/DF e Decreto (Estadual) n. 699, de 30.09.1980, neste caso em relação aos bens declarados inservíveis;

b.3) avaliação prévia;

b.4) pronunciamento, sem caráter vinculativo, da Secretaria de Estado de Gestão Pública, nos termos no inciso XI, do artigo 13, da Lei (Estadual) n. 2.152, de 26.10.2000;

c) compete ao dirigente do órgão ou da entidade adquirir bens e, por conseguinte, afetar bem adquirido para incorporação ao patrimônio público e autorizar a doação, porque, atividades inerentes à coordenação, nos termos do artigo 25, inciso I e parágrafo único, e artigo 26, inciso I da Lei (Estadual) n.2.152, de 26.10.2000;

d) compete ao Procurador-Geral do Estado autorizar a adjudicação, a arrematação e a dação em pagamento de bens, para extinção de crédito tributário inscrito em dívida ativa (artigos 1º e 24, da Lei Federal n.6.830, de 22.09.1980; artigos 690, § 2º, 714 e 715, do Código de Processo Civil; artigo 356, do Código Civil; artigos 2º, inciso I, 3º, inciso I, e 8º, incisos I e XIX, da Lei Complementar Estadual n.9.203, de 18.09.1998), competindo-lhe, também, pela natureza acessória do ato, dar-lhes destinação, que poderá ser para órgão específico da Administração ou, na falta de interessado, colocar esses bens à disposição da Secretaria de Estado de Gestão Pública, que será comunicada, em qualquer caso, para fins de incorporação ao patrimônio público.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador-Chefe de Assuntos Administrativos,, Marcos Costa Vianna Moog;

b) restituir os autos à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 25 de setembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

DOCTRINA

Parte II

A CONSTITUCIONALIDADE DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

*Fabício Griesbach**

*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor
de Direito Constitucional da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB está alicerçada em alguns princípios estruturantes básicos como o da federação, da autonomia entre os entes políticos, da república, da democracia, do Estado Social, entre outros. Assim, toda a interpretação da Constituição tem como pedra-de-toque a ligação entre o tema em foco e os princípios estruturantes da ordem constitucional vigente.

Nesse passo, o princípio da federação ganha importância no tocante ao tema *sub examine*.

O Estado brasileiro estrutura-se sob a forma de uma federação, *i. e.*, a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal constituem a República Federativa do Brasil, art. 1º da CRFB.

A caracterização da federação pressupõe a existência de três notas essenciais: a) descentralização política fixada na Constituição ou, então, repartição constitucional de competências; b) participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional; e c) possibilidade de autocomposição, existência de Constituições locais.¹ Desses itens, apenas as letras a) e c) aplicam-se ao caso sob estudo.

Dessa forma, resta saber se a inserção da autonomia administrativa e financeira na carreira da Procuradoria-Geral do Estado atende ao princípio do Estado federal.

Quanto à competência, a CRFB outorgou ao Estado o dever de instituir, em seu âmbito, a carreira da Procuradoria-Geral do Estado.

Quanto à possibilidade de autocomposição das ordens jurídicas locais, a CRFB definiu os princípios elementares pelos quais os demais entes políticos deverão se guiar. Assim, o constituinte estadual tem como limite da sua atuação a obediência àquela principiologia, todavia, não se trata de mera cópia dos dispositivos constitucionais², pois senão a autocomposição das ordens locais resumira-se em mera reprodução da ordem nacional, o que não desejou o constituinte originário.

¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63.

² TEMER, *op. cit.*, p.68.

Ademais, a federação impõe concluir que tudo que puder ser feito por escalões intermediários, *v. g.*, Estado-membro, então haverá de ser de sua competência.

Portanto, ainda que não esteja inscrito no texto da CRFB que a carreira da Procuradoria-Geral do Estado possa gozar de autonomia administrativa e financeira, entretanto é inevitável concluir que em nada tal prescrição macula o Texto Constitucional porque não invade a competência de outrem e também porque está dispondo sobre uma opção política interna do Estado.

Nesse viés, em estudo acerca do poder constituinte decorrente do Estado-membro, Régis Fernandes de Oliveira esclarece os limites da sua atuação, *ad litteram*:

Observe-se que o §1º. do art. 25 da CF estabelece que: “São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Dentro de tais idéias, o Poder Constituinte decorrente é limitado, uma vez que se trata de poder jurídico, portanto, condicionado, mas é livre para dispor como queira naquela esfera de competência que lhe foi reservada pela própria Constituição Federal. Limitado aos contornos jurídicos traçados na Lei Maior, é ilimitado no âmbito de sua competência.

O legislador constituinte estadual tem o figurino nacional e as vedações expressas. De outro lado, tem liberdade para disciplinar o relacionamento entre os órgãos de exercício de poder, a estrutura deles e o modo de seu exercício.³ (grifo nosso)

Assim, a previsão na Norma Constitucional Estadual acerca da autonomia administrativa e financeira da Procuradoria-Geral do Estado em nada afronta a CRFB. Outrossim, de acordo com os postulados da federação e da autonomia dos entes políticos, o

³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *A Constituinte do Estado*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 77, v.637, p.14, 1988.

legislador estadual pode fazer as suas próprias opções políticas, respeitadas tão-somente as vedações expressas, e. g., a repartição de competências, as cláusulas de barreira do §4º, art. 60 da CRFB etc.

No caso em tela, a outorga de autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado em nenhum ponto afronta qualquer prescrição da Lei Fundamental, ao revés, objetiva dar melhores condições de atuação para uma carreira prevista no texto constitucional a qual tem por *munus público* a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades da federação, segundo 132 da CRFB.

Ainda que a possibilidade de autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado não infrinja, ao nosso sentir, qualquer preceito constitucional, entretanto, não se poderia furtar da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal - STF (composição de outrora), em casos similares⁴, o qual se pronunciou sobre os vários aspectos atinentes à autonomia funcional, administrativa e financeira, seja da Procuradoria-Geral dos Estados, seja das Defensorias Públicas estaduais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN n. 217-PB, proposta pelo Governador do Estado da Paraíba, contestava-se a expressão inserta na Constituição Estadual daquele Estado que determinava que o Chefe do Executivo somente poderia nomear para os cargos de Procurador-Geral do Estado, Procurador-Geral Adjunto e Procurador-Corregedor os maiores de trinta e cinco anos, com mais de cinco anos de carreira e que integrassem as classes primeira ou especial. Nesta hipótese, o STF interpretou que, ao atribuir autonomia

⁴ Não há situação idêntica a suscitada neste parecer que tenha decisão do STF, todavia há inúmeras questões similares envolvendo a autonomia funcional, administrativa e financeira das carreiras da Defensoria Pública e Procuradoria-Geral do Estado, v. g., a equiparação salarial entre membros da Defensoria Pública e Procuradoria-Geral do Estado aos membros do Ministério Público, a eleição do Procurador-Geral da Defensoria Pública como forma de se extrapolar a livre nomeação feita pelo Chefe do Executivo, a autonomia funcional do Procurador do Estado, entre outras teses debatidas pela Corte Constitucional, conforme se verifica das ADIN n. 301-AC, ADIN n. 2829-PB, ADIN n. 470-AM, entre outras.

funcional, administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado da Paraíba, a Constituição Estadual desvirtua a configuração jurídica dada pelo Texto Constitucional aos Procuradores de Estado. Ademais, o STF concedeu a medida liminar na ADIN n.217-PB e, no mérito, julgou-a procedente.

Em que pese à decisão supramencionada do STF, todavia cabe registrar que, no julgamento da medida liminar da ADIN 217-PB, os Ministros Célio Borja e Sepúlveda Pertence proferiram voto em contrário à maioria. Sendo assim, impõe-se transcrever o excerto do voto do Ministro Sepúlveda, *in verbis*:

Já não discuto o problema da relevância jurídica da fundamentação, embora, à primeira vista, me pareça se está levando além da marca qualquer idéia de simetria compulsória entre a organização administrativa ou o status de hierarquia relativa da Procuradoria-Geral do Estado e os da Advocacia-Geral da União.

Mas, realmente, não consigo entender a conveniência e muito menos a urgência da suspensão. A organização, em termos, digamos, autárquicos da Procuradoria, me parece uma opção administrativa da Constituição Estadual, ademais sujeita a uma futura lei complementar.

No que toca à clientela restrita e às exigências de requisitos para escolha do Procurador-Geral do Estado, também não me parece que afetará tão fortemente a administração da Paraíba o ter o Governo de escolher o Procurador-Geral do Estado dentre os Procuradores com idade mínima de 35 anos, mais de cinco de carreira e participante das classes mais elevadas (...)⁵ (grifo nosso)

Assim, a posição do Ministro Sepúlveda Pertence afigura-se em consonância com o texto da Constituição.

⁵ STF, ADIN n. 217/PB, Rel. Min. Ilmar Galvão, Voto do Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.03.90, p.63.

Por outro lado, registre-se que, em muitas vezes, a opção do STF é política em face da sua própria natureza de composição. Tal assertiva não se afigura uma crítica em si mesma, mas se presta a esclarecer que, em diversos momentos, o STF faz opções políticas entre os valores colocados sob julgamento. Ou seja, além dos argumentos jurídicos, o STF também leva em conta, ainda que veladamente, os resultados políticos que sua decisão acarretará.

Destarte, a decisão na ADIN n. 217-PB traz em cena a idéia de que a autonomia administrativa e financeira da Procuradoria-Geral do Estado, como é no presente julgado, só pode ser concedida se a mesma carreira, em âmbito federal, tiver tal prerrogativa em face da simetria compulsória que estaria inserta no texto da CRFB. Assim, a Procuradoria-Geral do Estado e a Defensoria Pública do Estado somente poderiam receber o benefício da autonomia se, no plano federal, a Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública da União, respectivamente, lograssem tal direito.

Concessa venia, ousa-se discordar da interpretação do STF, pois tal hermenêutica representaria o esvaziamento do poder constituinte decorrente dos Estados e a restrição da auto-organização política destes.

A autonomia político-administrativa dos Estados não cede ao princípio da simetria, pois, do contrário, os Estados estariam a reboque do que está previsto na CRFB à estrutura dos órgãos da União.

Além disso, tanto não faz sentido esta vinculação simétrica entre os órgãos similares dos Estados e da União, que a própria Constituição tratou de forma diversa a sua estruturação em alguns pontos, senão vejamos.

No caso da advocacia pública da União, a CRFB previu expressamente a existência de duas estruturas distintas, a saber: Advocacia-Geral da União - AGU e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, segundo art. 131. Doutro lado, a advocacia pública dos Estados veio prevista de forma única e una, art. 132. Assim, enquanto, no âmbito federal, a AGU faz a defesa da União e a cobrança da sua dívida ativa de natureza não tributária, a PGFN atua na cobrança da dívida ativa de natureza tributária, já nos Estados todas essas funções estão afetadas exclusivamente a Procuradoria-Geral do Estado.

Dessa forma, verifica-se que o princípio da simetria entre os órgãos dos Estados e da União não conduz exaustivamente a CRFB. Ao contrário, quando o legislador constituinte assim entendeu, então constou no Texto Constitucional expressamente como se verifica, e. g., das instituições do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Ante o supramencionado, constata-se um aparente conflito entre o princípio constitucional implícito da simetria e, de outro lado, os princípios constitucionais expressos da federação e da autonomia político-administrativa dos Estados. O intérprete deve superar tal dilema tendo em vista os princípios da hermenêutica constitucional, a lembrar: o da unidade e da força normativa da Constituição, do seu efeito integrador, da conformidade funcional, da harmonização,⁶ entre outros.

Destarte, a contradição dos princípios deve ser superada pela redução proporcional do alcance de cada um deles ou mediante a preferência ou prioridade de certos princípios ante os outros, conforme assevera o constitucionalista português Jorge Miranda:

Isto aplica-se particularmente ao chamado fenómeno das “contradições de princípios”, presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros sectores além do Direito constitucional. Elas devem ser superadas, para lá da letra da lei, nuns casos, mediante a redução proporcionada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na efetivação, de certos princípios frente aos restantes - nuns casos, pois, através de coordenação noutros através de subordinação (assim, como já se disse, o princípio democrático, porque princípio de legitimidade da Constituição portuguesa, há-de presidir à concretização dos demais princípios e, como se verá, o respeito dos direitos, liberdades e garantias há-de ser quadro de efectivação dos económicos, sociais e culturais). E pode ter de se solicitar, como critério final (mesmo

⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p.109.

sem aceitar todas as premissas do puro método valorativo) a ponderação do valores inerentes aos princípios que deverão prevalecer.⁷

No caso *sub examine*, há um conflito aparente entre o princípio da simetria e os princípios da federação e da autonomia político-administrativa dos Estados. Sendo assim, e com vistas ao método fornecido por Jorge Miranda, afigura-se como uma conclusão lógica que o princípio da federação, além de ser expresso, tem maior amplitude que o da simetria. Também assim, a comparação entre este último e o da autonomia político-administrativa dos Estados.

Além disso, a preponderância da federação e da autonomia político-administrativa dos Estados em detrimento da simetria não tem por fim apenas outorgar a autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado, em si considerada, mas também realiza indiretamente o escopo da melhoria na prestação de um serviço público fundamental que é a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas, art. 132 da CRFB. Assim, não se poderia fugir na interpretação constitucional do fim a que se busca com essa autonomia administrativa e financeira da Procuradoria-Geral do Estado.

Por derradeiro, a título ilustrativo, cabe fazer referência que o Estado do Rio de Janeiro, com a Emenda Constitucional n.26/2002, conferiu tanto à Procuradoria-Geral do Estado como à Defensoria Pública a autonomia administrativa e financeira, com dotação orçamentária própria, conforme arts. 176, §6º., e 181, I, b), todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. No mesmo passo, caminha a Proposta de Emenda Constitucional n.29/2000 à CRFB que assegura a autonomia funcional, administrativa e financeira às carreiras da Procuradoria-Geral do Estado e da Defensoria Pública, segundo prescreve a redação dos arts. 40, 42, 43 da PEC. Portanto, concluir pela inconstitucionalidade dessa autonomia seria no mínimo olvidar o movimento que se tem consolidado dentro dos parlamentos estaduais e, em especial, no Congresso Nacional.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.2 - Introdução à teoria da Constituição. 2.ed. rev. reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1988. p. 228-229.

Em face de todos esses princípios e valores envolvidos, não resta dúvida de que a Constituição Estadual pode conferir a autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado sem ferir a Constituição da República Federativa do Brasil, tendo em vista a observância aos princípios da federação e da autonomia político-administrativa.

O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA PELO PROCURADOR DO ESTADO: UM ESFORÇO DE DELIMITAÇÃO

*Marcos Costa Vianna Moog**

*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul
Tese apresentada e aprovada no XXX Congresso Nacional de Procuradores
do Estado. Belém, PA, 25-29 de outubro de 2004.

1 INTRODUÇÃO

Questão da maior relevância - cuja discussão tem se acentuado nos fóruns do debate político e jurídico nacional - é a atribuição de autonomia e independência à advocacia pública como elementos essenciais à garantia do efetivo exercício de sua função, qual seja, a busca do interesse público em detrimento de qualquer outro.

Trilhando o mesmo caminho já percorrido pela Magistratura e pelo Ministério Público ao longo da história republicana brasileira, pretende cada vez mais a advocacia pública afirmar-se perante o Poder Executivo, como condição ao aprimoramento institucional do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a despeito da aparente heresia consistente na contraposição entre o advogado público e o administrador - representado em sua expressão máxima pelo chefe do Poder Executivo - constata-se que não são poucas as vezes em que a ingerência da vontade política acaba por desvirtuar a atividade da administração, arredando-a do único caminho que lhe é permitido, o do interesse público.¹

¹ Jornal da APEP - n.50, fl. 02, Nov-Dez/2003. Sobre o tema, o Editorial publicado com o título de “A Advocacia Pública e a OAB” espanca qualquer dúvida: *“Com a proximidade das eleições na Ordem dos Advogados do Brasil, surge novamente a oportunidade de debater junto à classe dos advogados o significado da advocacia pública no País. Com efeito, a importância conferida pela Constituição Federal ao exercício da advocacia pública, considerada função essencial à Justiça, no mesmo patamar institucional do Ministério Público, da advocacia em geral e da Defensoria Pública, não se fez a título gratuito, ou por mera força de lobbys corporativos que desavisados setores da opinião pública às vezes querem dar a entender. Em um País marcado secularmente por uma grave fraqueza das instituições, e distanciado por apenas vinte anos do regime de força – expressão máxima de tal fraqueza institucional - , a Advocacia Pública, entre as quais se inclui, com honras, a Procuradoria Geral do Estado, é peça fundamental na permanente batalha da sociedade por uma Administração Pública pautada no respeito à Constituição e às leis, e por conseguinte, aos direitos fundamentais da pessoa humana e do cidadão. E tal desiderato, nunca é demais insistir, somente se alcançará desde que o os advogados da Administração Pública tenham plena independência funcional, necessária para poder enfrentar, quando necessário, as transitórias e circunstanciais políticas de eventuais ocupantes dos cargos do Estado.*

Assim é que, tendo a advocacia pública evoluído da função original de simples assessoria jurídica à prestação de consultoria e, finalmente, representação judicial e extrajudicial dos entes federados e seus órgãos, torna-se-lhe cada vez mais necessária, maior adequação de sua atual roupagem jurídica, normativa e institucional à importância e dimensão da atividade desenvolvida.

Por tal razão, com esteio na apregoada “Reforma do Judiciário”, tramita no Congresso Nacional, projeto de emenda constitucional visando assegurar autonomia administrativa e financeira às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, bem como, independência e autonomia aos seus Procuradores.

Sendo fato notório a enorme resistência apresentada contra a aprovação do referido projeto, cabe lembrar que essa resistência, tem sua origem na histórica oposição sustentada pelos Chefes do Poder Executivo - seja de âmbito federal, seja de estadual - com relação a qualquer forma de controle de seus atos, prévio ou posterior.

Tal independência funcional da advocacia pública - pautada exclusivamente pelo respeito à Constituição e às leis -, encontra suas raízes no Estatuto da Ordem, o qual orgulhosamente determina que “nenhum receio de desagradar a magistrado ou qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão” (art. 31, parágrafo segundo).

Tornou-se axiomático, na Procuradoria Geral do Estado - e com sobejas razões - afirmar-se que o Procurador do Estado é um advogado do Estado, e não dos governantes, reafirmando-se, sempre, a natureza institucional e permanente da atuação jurídica dos procuradores, acima das contingências da luta política ou das necessidades dos eventuais ocupantes do poder político. Tal compromisso da classe é também uma necessidade fundamental ao Estado de Direito e um apanágio do exercício profissional do advogado, e, neste momento em que a classe dos advogados mais uma vez se reúne para eleger seus representantes, faz-se necessário reiterar tais compromissos da advocacia pública.

Importa ressaltar, assim, que as prerrogativas que se postulam à classe de advogados da Administração Pública são corolário da importância que a Carta Magna confere à advocacia em geral, como função essencial à Justiça, e necessidade indeclinável dos fundamentos éticos que o Estatuto da Ordem exige de todo advogado no exercício de suas funções, e, portanto, peça essencial do Estado Democrático de Direito.”

Por outro lado, sendo certo que a independência funcional é garantia expressamente atribuída ao Ministério Público pelo art. 127, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, admite pacificamente a doutrina que, com base na Teoria dos Poderes Implícitos, tal garantia igualmente estaria assegurada ao advogado público, sobretudo, aos Procuradores do Estado e do Distrito Federal.

Entretanto, reiteradamente, vem o Supremo Tribunal Federal, por maioria, sustentando que a atribuição de independência aos Procuradores do Estado, desvirtua o alcance do preceituado no art. 132 da Carta Maior.²

Data máxima vênia, tal interpretação não se impõe, sendo frágil a argumentação apresentada, no sentido de que a ausência de forma, ou base legal, inviabiliza o exercício da apregoada independência funcional.

Quanto a isto, interessante ressaltar que idêntico é o argumento esgrimido em oposição ao poder investigatório do Ministério Público, sobre o qual, Alexandre de Moraes traz-nos oportuna e percuciente lição:

(...)

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos - inherent powers -, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos - US 272 -52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

(...)

² Ação Direta de Inconstitucionalidade n.470-1 - Amazonas, realizado em 1º.07.2002.

Obviamente, que o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de poder sem limites ou avesso a controles, mas sim, derivado diretamente de suas funções constitucionais enumeradas no artigo 129 de nossa Carta Magna e com plena possibilidade de responsabilização de seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício de suas funções, pois em um regime republicano todos devem fiel observância à Lei.

O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas funções - expressas ou implícitas -, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por Norberto Bobbio, gera a ineficiência e o descrédito na Democracia.³

No mesmo sentido, porém aplicando-se tais premissas à advocacia pública e, em especial, ao Procurador do Estado, sobressaem os argumentos expostos pelos Procuradores do Estado de São Paulo, Ana Paula Andrade Borges de Faria e Olavo Augusto Viana Alves Ferreira⁴, bem como, pelo Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Rafael Farinatti Aymone⁵, concluindo que a independência funcional constitui princípio implícito no ordenamento constitucional, considerada a atribuição de defesa do interesse público primário e do controle interno de legalidade dos atos da Administração Pública.

³ Artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo em 17/04/04, sob o título “Em defesa da independência do Ministério Público”.

⁴ A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. In Revista Jurídica da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: Metrópole Indústria Gráfica Ltda., setembro de 2001 – ano 1- n 01, p. 14-35.

⁵ A independência funcional do Procurador do Estado e a defesa do interesse público, in Livro de Teses, vol. I, XXIX Congresso Nacional de Procuradores de Procuradores de Estado, Aracaju-SE, p. 333-344.

Outrossim, aventou-se ainda o respaldo da legislação infra-constitucional, em especial, o art. 18 da Lei n.8.906/94, além dos dispositivos legais dos ordenamentos estaduais.

À vista de tão substanciosas considerações, torna-se desnecessário aqui, reiterar a defesa da tese de outorga constitucional implícita de independência funcional a Procurador do Estado.

Entretanto, em atendimento aos argumentos sustentados em contrário, dentre os quais as dificuldades de ordem prática, a necessidade de prevalência da hierarquia na condução da administração, bem como a ausência de regulamentação sobre o tema, e ainda, considerada a resistência que o Supremo Tribunal Federal e os chefes do Poder Executivo têm apresentado, busca-se, desta feita, demonstrar a convivência harmoniosa e sistêmica das garantias de autonomia e independência do Procurador do Estado com o ordenamento jurídico vigente.

Por outro lado, para que tais garantias afirmem-se, cada vez mais, necessário se faz um esforço de delimitação, tal qual ocorre, presentemente, com relação aos direitos humanos.

De fato, como já observado por Marcelo Neves, paradoxalmente, há que se limitar para fortalecer, sob pena de se diluir no plano ideal, uma eterna “*perspectiva de concreção*”.⁶

Exsurge, portanto, a necessidade de se delimitar tais garantias, a partir da análise de sobredita função.

Tal é o objeto da presente tese que, em apertada síntese, não tem a pretensão de esgotar um projeto em aberto, mas tão somente contribuir para a sua consecução.

⁶ “Os paradoxos dos Direitos Humanos”, palestra proferida em 03/09/04 no I Congresso Intercampus da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

2 O PARADIGMA DO INTERESSE PÚBLICO

A República Federativa do Brasil, como Estado Constitucional moderno, deve comportar dois princípios estruturantes, quais sejam, o Princípio do Estado de Direito, com elementos configuradores que visam dar resposta ao conteúdo, extensão e modo de agir do Estado, e o Princípio do Estado Democrático, a constituir um poder previamente limitado, racionalizando um procedimento livre e igual de formação de opinião e vontade política, por meio de determinadas regras marcadas por um alto grau de publicidade, transparência e participação.

Conseqüentemente, aplicam-se à Administração Pública, os Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, sendo certo ainda que o exercício da advocacia pública deve pautar-se exclusivamente pela defesa do interesse público.

Trata-se pois, de interesse público primário, entendido como tal, o interesse coletivo, do bem estar geral e da ordem jurídica constitucionalmente instituída, em que se baseia o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, paralelamente, apresenta-se o interesse público secundário, que se traduz no interesse direto e imediato revelado em determinado momento pelo Estado, na consecução dos fins da Administração.

Muito embora tal classificação não se apresente pacífica na doutrina, há que se admitir sua utilidade, posto que, em se tratando de interesse público, impõe-se fazer a distinção entre o paradigma da norma maior que é a Constituição Federal e a vontade do administrador, ambos a instruir o conteúdo do ato administrativo.

Assim, como já dito, apesar de serem ambos elementos constitutivos da atuação da Administração, nem sempre encontram-se em harmonia.

Nesse ponto, é de se reconhecer que a função precípua do Procurador do Estado em buscar o interesse público primário, remete necessariamente à obrigatoriedade de zelar pelo controle interno de legalidade dos atos administrativos, ainda que em linha de confronto com o próprio agente da Administração.

Nesse sentido, já ponderou Celso Ribeiro Bastos em comentário ao art. 132 da Constituição Federal:

Já salientamos que não podemos pensar em um Procurador que tenha o Estado como mais um cliente, agindo como se advogado particular fosse. Para isso colabora o fato de a relação entre o Estado e o administrado ser de subordinação à lei. Assim sendo, deverá o Procurador ter em linha de conta que busca a verdade material, sem a preocupação de saber a quem agrada com seu posicionamento. Sua missão superior é a observação da lei, independentemente das conseqüências que essa autonomia possa assumir nas hipóteses em que suas convicções se choquem com os objetivos políticos dos governantes.⁷

Dáí se extrai que não pode o Procurador do Estado, considerados os contornos de sua função constitucionalmente delineados, submeter-se à condição de funcionário comum, sob pena de não se realizar, com plena eficácia, a vontade constitucional consistente na submissão da Administração à Constituição e às leis.

Assim, se a Constituição Federal conferiu uma finalidade maior aos Procuradores, inescapável inferir-se que ela outorgou-lhes direitos e garantias de mesma estatura, suficientes ao bom desempenho da função, tais como autonomia e independência, dos quais decorrem, por exemplo, a estabilidade, a prerrogativa de foro, a inviolabilidade técnica, a exclusividade da representação e a irredutibilidade de vencimentos.

Tal conclusão aufere-se do questionamento teórico da posição institucional das Procuradorias na Constituição, a qual, como já referenciado, foi anteriormente sustentada com brilho.

Não obstante, considerada a resistência ao reconhecimento da outorga implícita contida na Constituição, torna-se pertinente o desdobramento da questão ao plano infraconstitucional, mediante a

⁷ In Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1997, 4º vol., tomo IV, p.231-232.

análise do campo de atuação do Procurador do Estado, qual seja, o desenvolvimento das atividades de assessoria, consultoria e representação.

Ainda queremos crer que a análise sistêmica do ordenamento jurídico no qual se insere o plano institucional da advocacia pública, seja um espaço de construção e afirmação, projeto em permanente realização a suscitar a contribuição de todos, pois, conforme já assentado por Konrad Hesse, para que a Constituição atinja sua máxima eficácia há que se ter “*vontade de constituição*”.

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). Ela é fundamental, considerada global e singularmente.

Todos os interesses momentâneos - ainda quando realizados - não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda.⁸

Norteados pelo acima transcrito, passamos a análise das atividades exercidas pelo Procurador do Estado.

3 AS ATIVIDADES DE ASSESSORIA, CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO

Da função original de simples assessoramento jurídico de órgãos públicos, cabe atualmente ao advogado público a prestação de consultoria e representação.

⁸ In “A Força Normativa da Constituição”, Konrad Hesse, Sergio Fabris Editor, 1991, p.21-22.

É, portanto, a advocacia pública “o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada”⁹

Em consonância, prescreve o art. 132 da Constituição Federal que os Procuradores do Estado e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

No desempenho de tais atividades, necessária se faz a indicação de parâmetros a delimitar a autonomia e a independência da função.

Como já visto, inicialmente, apresenta-se o paradigma material da indisponibilidade do interesse público e do controle interno de legalidade.

Demonstrada a ausência de tal paradigma no exercício do munus, seja em atividade consultiva, seja na representação, responde o Procurador perante as instâncias administrativa, civil e penal.

Assim, se a atuação processual do Procurador causou dano ao Estado, seja por culpa, seja por dolo, ação ou omissão, basta a comprovação do dano e a demonstração do liame causal.

Questão é saber quando a atividade consultiva tem o poder de vincular o consulente e, conseqüentemente, a produção de resultado danoso.

Em apreciação do Mandado de Segurança n.24584/DF impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, no qual se tratava de responsabilidade solidária de assessoria jurídica, aventou-se a distinção entre as hipóteses de consulta facultativa, obrigatória e vinculante.

⁹ In “A advocacia pública no Estado Democrático de Direito”, Cláudio Grande Júnior, O Estado do Paraná, Curitiba, 27/jun./2004, Caderno Direito e Justiça.

Na primeira, a autoridade não se vincula à consulta emitida, que é facultativa; na segunda, fica obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, podendo agir de forma diversa, após emissão de novo parecer; e, finalmente, na terceira hipótese, somente pode decidir de acordo com a consulta, a exemplo do disposto no art. 38 da Lei n.8.666/93.

Por outro lado, em respeito ao poder hierárquico que deve existir na estrutura administrativa do Poder Executivo, pode-se falar ainda em paradigmas de forma ou procedimentais.

Nesse ponto, no que tange à atividade consultiva, deve-se resguardar a absoluta independência na formulação de parecer, podendo a autoridade superior formular novo parecer ou solicitá-lo de outro Procurador.

Ainda, quanto à atividade de representação processual, parece-nos válida apenas a hierarquia para assuntos de ordem administrativa, não sendo cabível o poder hierárquico da Chefia da Instituição. Nesse sentido, vale trazer à baila a seguinte a solução:

A fim de proporcionar a conjugação da independência funcional com a indisponibilidade do interesse público, é admissível o procedimento de controle da atuação do Procurador do Estado nos atos que impliquem em alguma forma de disposição do direito em discussão (reconhecimento do pedido, não apresentação de contestação ou não-interposição de recurso, etc.), desde que se evite a submissão do Procurador do Estado responsável pelo processo à vontade do superior hierárquico.

Uma alternativa possível é a previsão de rito em que o Procurador do Estado, nos atos em questão, elabore manifestação fundamentada acerca da conduta processual a ser adotada e remeta ao exame do Procurador-Geral do Estado que poderá: (a) concordar com a manifestação, devolvendo o feito ao suscitante; (b) discordar, avocando o processo para adoção da conduta processual

entendida adequada; (c) discordar, redistribuindo o processo para outro Procurador, preferencialmente do Gabinete ou exercente de função de confiança, que não poderá negar-se a adotar a conduta processual estabelecida pela chefia, prevalecendo a supremacia do interesse público.¹⁰

Do exposto, verifica-se que na ordem sistêmica conferida às atividades da advocacia pública, não há qualquer fator impeditivo de uma atuação independente e autônoma do Procurador do Estado.

4 NORMATIZANDO A ADVOCACIA PÚBLICA: CRIAÇÃO, ALTERAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DE TEXTOS

Como já afirmado, para que o disposto no art. 132 da Carta da República alcance sua máxima eficácia, verifica-se ainda, outro espaço de construção institucional, qual seja, o da criação, alteração e interpretação das normas.

Assim, de início, vislumbra-se a hipótese de emenda à própria Constituição Federal para que nela constem expressamente a autonomia e a independência, cuja existência atualmente, insere-se em seu conteúdo implícito.

Tal alternativa, visa superar eventuais questionamentos suscitados na Suprema Corte.

Em seguida, no plano infra-constitucional apresentam-se três campos de normatização: (a) nacional, mediante Lei Complementar que regulamente a carreira de Procurador; (b) federal, mediante a criação ou alteração de normas federais que reflitam na atividade desenvolvida; (c) estadual, mediante emenda constitucional, lei complementar e demais normas estaduais.

¹⁰ A independência funcional do Procurador do Estado e a defesa do interesse público”, tese apresentada por Rafael Farinatti Aymone, Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, no XXIX Congresso Nacional de Procuradores de Procuradores de Estado, Aracaju-SE, in Livro de Teses, vol. I, p. 333-344.

Cabe ainda lembrar a possibilidade de utilização da hermenêutica como espaço de construção institucional, mediante permanente esforço exegético dos membros da advocacia pública, não se olvidando, entretanto, da preciosa lição de Gadamer:

A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.¹¹

Tal é o que se pretende demonstrar a seguir, visando contribuir para a afirmação da advocacia pública como uma advocacia em prol do Estado e, com isso, afastar a potencial imagem trágica de uma “advocacia diabólica em prol dos governantes”.¹²

5. HERMENÊUTICA: DOIS EXEMPLOS CONSTRUTIVISTAS

Segundo Reis Friede “*a hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito.*”¹³

Atualmente pode-se dizer que a visão tradicional de hermenêutica, como um conjunto de métodos e técnicas destinado a interpretar a essência da norma, tem avançado para uma concepção

¹¹ In Verdade e Método, Hans-Georg Gadamer, Ed. Vozes, 1997, p. 403.

¹² Grande Júnior, Cláudio. *O Estado Democrático de Direito e a incipiente advocacia pública Brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n 400, 11 ago. 2004.

¹³ Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica, Reis Friede, Forense Universitária, 5ª ed., p. 154.

universalista, que insere o homem em seu contexto histórico e social, de modo a revelar não apenas o significado mais profundo da norma, mas também da linguagem.

Assim é que a hermenêutica deve atentar para o aspecto construtivista da história, buscando a máxima eficácia da norma, através de inserção no plano real com perfeita adequação de contemporaneidade.¹⁴

Nesse sentido e em consonância com tudo que já se expôs, é que apresentamos dois exemplos de aplicação hermenêutica aos poderes constitucionais implícitos de autonomia e independência do Procurador do Estado no exercício de sua função.

5.1 Da propositura de Ação Civil Pública sem necessidade de determinação ou autorização

Neste caso, valemo-nos da interpretação concomitante do texto constitucional e da Lei n.7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública, com o intuito de demonstrar a existência de independência funcional aplicada ao Procurador do Estado, no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, dispõe o art. 132 da Constituição Federal que “os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal ... exercerão a representação judicial ... das respectivas unidades federadas.*”

Por outro lado, assim dispõe a Lei n.7.347/85:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

¹⁴ A Pré-Compreensão e a Compreensão na Experiência Hermenêutica, Amandino Teixeira Nunes Junior, IBAP, Advocacia Pública, ano VIII - Edição 19 - setembro/2002, p. 14-17.

.....

Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: ...

Ora, sendo certo que a atividade de Procurador do Estado pressupõe o controle interno de legalidade dos atos administrativos, forçoso reconhecer que eventualmente, em análise de processo administrativo, possa vir a se manifestar no sentido da absoluta nulidade de determinado ato, posto que eivado de vício insanável.

Suponhamos ademais que, causando o ato impugnado dano ao erário, foi provocada a autoridade competente para declarar-lhe a nulidade, tendo a mesma se omitido ou refutado a possibilidade de tal declaração no âmbito administrativo.

De todo modo, verificada a ausência de alternativa, encontra-se o Estado, como ente federado, legitimado ao pólo ativo em Ação Civil Pública, conforme prescreve o art. 1º, inciso IV c/c art. 5º, *caput* da Lei n.7.347, de 24.07.1985, haja vista o interesse público em questão, em nível primário ou secundário, em consonância com remansosa doutrina e jurisprudência, considerado o dano ao erário.

Nesse ponto denota lembrar que a própria concepção de interesse público alargou-se para o sentido de bem geral, identificando-se como interesse da coletividade como um todo, o que possibilita a legitimação em questão para inúmeros outros casos:

Fica patente que nem sempre o interesse cujo Estado (enquanto pessoa jurídica de direito público) é o titular coincide com o interesse público identificado com o conceito de bem geral (interesse da coletividade como um todo). Ainda, muitos dos interesses que afetam a coletividade como um todo são públicos (por exemplo, a preservação da memória histórica) embora não, necessariamente, integrantes do acervo patrimonial do Estado, bastando que lembremos os inúmeros imóveis

históricos, que sequer receberam do Estado esse reconhecimento, via tombamento.

Assim é que se propõe, modernamente, que o interesse público constitua noção inseparável do interesse da coletividade com um todo e não apenas o do Estado, enquanto centro de imputação de direitos e obrigações.¹⁵

Outrossim, será o Estado regularmente representado por um Procurador do Estado, com fulcro no artigo 132 da Constituição Federal, sem que, para tanto, seja necessária a determinação ou autorização de qualquer autoridade superior, seja o Procurador-Geral do Estado, seja o próprio Governador.¹⁶

Daí se conclui que, havendo independência funcional para a prática de um ato de tamanha relevância, por maior razão, haverá, com relação a todo ato que se revele um *minus*.

Resta observar ainda que, não havendo possibilidade de se exercitar o Poder de Autotutela da Administração, evidencia-se o cabimento e a pertinência de se provocar a tutela jurisdicional, com base no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Por tal razão, não se poderá alegar ausência de interesse de agir do Estado, na medida em que se lesionou o interesse público indisponível, inserto na categoria de interesses difusos, prevista no inciso IV, do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública.

De qualquer modo, seria recomendável à Associação Nacional dos Procuradores do Estado - ANAPE e demais associações estaduais,

¹⁵ Ação Civil Pública, José Marcelo Menezes Vigliar, Ed. Atlas, 4ª ed., p. 39.

¹⁶ José Marcelo Menezes Vigliar, op.cit., p. 83: “ambos os incisos do art. 5º não limitam a representatividade das pessoas jurídicas de direito público interno e do Ministério Público, pois, já naturalmente destinados à defesa dos interesses globais da coletividade, não teria sentido atribuir discricionariedade ao juiz do feito para examinar se têm eles, caso a caso, representatividade adequada, como se fossem ‘constituídos há pelo menos um ano, nos termos da lei civil’, e como se coubesse um exame casuístico de suas finalidades institucionais(...)”

a exemplo do que fez o Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP, acrescentar, como objeto em seus estatutos, a defesa intransigente dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da indisponibilidade do interesse público, da eficiência e da legalidade no âmbito da Administração Pública, visando à propositura de Ação Civil Pública quando se fizer necessário.¹⁷

5.2 Da inaplicabilidade do art. 103, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, ao Procurador-Geral do Estado

Conforme epigrafado, pretendemos exemplificar a existência de autonomia aplicada ao Procurador-Geral do Estado, em análise do art. 103, parágrafo terceiro, da Constituição Federal.

Dispõe o mesmo que:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

(...)

Parágrafo terceiro. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

De plano, verifica-se que o comando constitucional supra-transcrito, trata de hipótese excepcional quanto ao ordenamento da atuação da advocacia pública.

Tal determinação indica como foro específico o Supremo Tribunal Federal, elegendo excepcionalmente o Advogado-Geral da União como curador da presunção de constitucionalidade da lei, ao qual incumbe sua defesa, de modo a satisfazer requisito de validade do processo da ação direta.

¹⁷ IBAP, Advocacia Pública, ano VIII - Edição 18 - Junho/2002, p.01.

Esse o entendimento firmado pelo próprio STF (Adin n.72 - ES).

Como se vê, trata o presente caso de regra excepcional, razão pela qual, não se há de aplicar o princípio da simetria, pois tal compulsoriedade estaria afrontando a autonomia legislativa dos Estados, esvaziando-lhes o poder constituinte decorrente e a capacidade de auto-organização.

Assim, ante a autonomia político-administrativa que lhes foi outorgada, o princípio da simetria sofre temperamentos.

Ressalte-se, outrossim, que não faz o menor sentido uma vinculação simétrica entre os órgãos dos Estados e da União, considerando que a própria Constituição tratou sua estruturação de forma diversa, por inúmeras vezes, a exemplo dos artigos 131 e 132.

De qualquer modo, havendo uma aparente contradição de princípios, deve esta ser superada pela redução proporcional do alcance de cada um deles, ou ainda, mediante a prevalência de uns em detrimento de outros, conforme sua valoração constitucional.

No presente caso, verifica-se a prevalência dos princípios da federação e da autonomia político-administrativa dos Estados ante o princípio da simetria.

Por tais razões, não tem aplicação, em âmbito estadual, a regra inserta no parágrafo terceiro do art. 103 da Constituição Federal, salvo se repetida fosse por Constituição Estadual.

Assim é que não está o Procurador-Geral do Estado obrigado a apresentar defesa de norma municipal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, impondo-se-lhe apenas a defesa de norma estadual, quando não for a mesma flagrantemente inconstitucional.

Tal foi o caso - muito freqüente no passado - de leis municipais que instituíram taxa de iluminação pública, conferindo-lhe sucessivas e variadas denominações.

Em tais hipóteses, para sustentar a constitucionalidade do ordenamento legal atacado, exclusivamente municipal, já estaria habilitado o competente representante legal do respectivo Município.

É o que se extrai do julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n.16.307-0, São Paulo, 20.10.1993

Lei Municipal - Intervenção da Procuradoria Geral do Estado - Inadmissibilidade - Assistência jurídica às Prefeituras e Câmaras Municipais que está limitada a assuntos de natureza extrajudicial - Lei Complementar Estadual n.478/86 - Legitimidade não reconhecida - Processo extinto sem julgamento do mérito. A Constituição da República, em seu art. 132, fixou diretrizes das Procuradorias Gerais, deferindo-lhes a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federativas do Estado. O artigo 99, VIII da Constituição Estadual, incluiu o dever de prestar assistência jurídica aos municípios, na forma da lei. A Lei Complementar, a que se refere a Carta Estadual, é a de n.478 de 18 de julho de 1986 que limitou, porém, a assuntos de natureza extrajudicial, quer as prefeituras, quer as Câmaras Municipais.

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista as considerações apresentadas, podemos concluir que à advocacia pública inserida no texto constitucional pela Emenda n.19/98 são asseguradas autonomia e independência, em perfeita harmonia com o ordenamento normativo brasileiro.

De todo modo, o reconhecimento de independência e autonomia da advocacia pública, em especial das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, enseja um esforço de delimitação, sem a qual, tais garantias não serão concretizadas.

Nesse sentido, revela-se possível a utilização de vários meios para a delimitação pretendida.

Primeiramente, apresentam-se, como paradigma de condução, o interesse público primário e o controle interno de legalidade da administração, como instrumentos de delimitação material ao exercício da advocacia pública.

Ainda, analisando as atividades de assessoria, consultoria e representação, é possível uma delimitação sob o ponto de vista formal ou procedimental.

Por fim, verifica-se a abrangente possibilidade de se normatizar a delimitação pretendida, mediante a criação e alteração de normas, além da fixação de sua interpretação, conforme acima exemplificado.

Somente com a realização de tais medidas, consolidar-se-á um exercício da advocacia pública de forma independente e autônoma, cuja aceitação ainda encontra resistência, a exemplo do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

Livros

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. reimpr. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4. tomo IV.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: a constitucionalidade das leis municipais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FREIDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5.ed. rev. atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Francis Editor, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio Cultural e dos consumidores (Lei n. 7.347/85 e legislação complementar)*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público (Ministério Público Defensor do Povo)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 13.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5.ed. rev. e ampl. com jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Ação civil pública*. 4ª ed. rev. e ampl. com jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto (coords.)...[et al.]. *Ministério Público II: democracia*. São Paulo: Atlas, 1999.

Revistas Jurídicas

AYMONE, Rafael Farinatti. *A independência funcional do procurador do estado e a defesa do interesse público*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 29., 2003, Aracaju. **Livro de Teses**: 15 anos de Constituição. Em busca de sua plena efetividade. Organizador Pedro Durão (et. al). Aracaju: J. Andrade, 2003. v.1, p.333.

ARAÚJO, Pedro Dias de; MESSIAS, Antônio João Rocha. *Ação Civil Pública: direito do consumidor e defesa da livre concorrência*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Sergipe**: Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (APESE), Aracaju, v.3. p.185, out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n.72*. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **Revista Trimestral de Jurisprudência**: Brasília, v.131, t.3, p.958-963, mar. 1990.

BORGES, Ana Paula Andrade de Faria; FERREIRA, Olavo Augusto Viana Alves. *A independência e a autonomia funcional do Procurador de Estado*. **Revista Jurídica da APERGRS**, Porto Alegre, ano 1. n.1, p.14, set. 2001.

CARDOSO, Cleia. *O controle interno de legalidade pelos Procuradores do Estado*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 30, n.118, p.157, abr./jun. 1993.

HASSON, Roland. *A defesa do Estado*: apontamentos sobre a ética e os fins do Estado no mundo globalizado. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 29., 2003, Aracaju. **Livro de Teses**: 15 anos de Constituição - Em busca de sua plena efetividade. Organizador Pedro Durão (et al.). Aracaju: J. Andrade, 2003. v. 2, p. 97.

MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DO ESTADO, 28., 2002, Gramado. **Caderno de Teses**: Ética e Estado de Justiça - Novas Dimensões. Gramado: Associação dos Procuradores do Estado de Rio Grande do Sul . 2002. v.2, p.519.

MOREIRA, Diogo de Figueiredo Neto. *As funções essenciais à justiça e as Procuradorias constitucionais*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 29. n. 116, p.79, out./dez 1992

A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

*Senise Freire Chacha**
*Lúcia Helena da Silva***

* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul
Especialista em Direito Civil - Área de Concentração: Difuso UFMS e
Especializanda em Direito Ambiental - UNIDERP-MS.

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul
Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidade de Montpellier I - França

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a natureza jurídica da compensação ambiental, inserida no sistema de proteção ambiental, os seus reflexos e as experiências desenvolvidas no Estado de Mato Grosso do Sul.

2 LICENCIAMENTO

Com o crescente desenvolvimento econômico e industrial a partir da década de 70, em decorrência da inserção do país na conquista de mercado na era globalizada, efeitos diversos ocorreram sobre o ambiente natural, oriundo dos impactos sobre os ecossistemas.

Por conseguinte com a crescente degradação da qualidade ambiental e no agravamento de desigualdades sociais, inspiraram a edificação de políticas públicas regulamentando as atividades industriais.

Antes de adentrarmos no tema em foco é necessário nos reportarmos à etapa antecedente, ou seja, o licenciamento ambiental. A introdução da figura do licenciamento deu-se com o advento da Lei n. 6.938/81, que implementou a Política Nacional do Meio Ambiente. Essa Política se firma sobre alguns pilares, os denominados “Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente” dentre os quais, o licenciamento ambiental (art. 9º, inciso IV). O Decreto Federal n.99.274/90, regulamenta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente.

Embora a legislação brasileira para questões ambientais seja considerada uma das mais avançadas do mundo e o nosso país esteja à frente de nações desenvolvidas como França, Alemanha, Itália e Espanha, não estamos deixando de destruir o meio ambiente e ferir impunemente as leis. O problema, não é a falta de um corpo de leis que estabeleça regras rígidas e penas pesadas para os criminosos ambientais. O grande entrave é a falta de estrutura para fiscalizar e punir aqueles que não cumprem a lei.

Com o advento da atual Carta Magna, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado à categoria de direito fundamental da pessoa humana, necessário não apenas à sadia qualidade de vida, mas à própria preservação da vida em nosso Planeta. Diante do disposto no art. 225, “caput”, o Poder Público assumiu mais uma incumbência: a defesa do meio ambiente e a proteção da qualidade de vida.

O licenciamento ambiental brasileiro baseado no princípio do poluidor-pagador do direito francês é uma obrigação legal prévia à instalação de qualquer empreendimento ou atividade potencialmente poluidora ou degradadora do meio ambiente, revestindo-se num instrumento fundamental para os organismos responsáveis pela tomada de decisão, permitindo-lhes associar as preocupações ambientais, às estratégias de desenvolvimento social e econômico, numa perspectiva de curto, médio e longos prazos.

Um dos objetivos primordiais do licenciamento é preservar o meio ambiente prevenindo a ocorrência de impactos negativos ou minorando-os ao máximo, conciliando desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Esse procedimento é realizado no âmbito do Poder Executivo, no exercício regular do Poder de Polícia e será efetivado pelo órgão ambiental normativamente designado.

Conceitua-se poder de polícia como sendo

a atribuição conferida à Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens e exercício de atividades e direitos individuais, com o objetivo de compatibilizá-los com o interesse público ou social.¹

É necessário mencionar que não são todas as atividades que demandam licença, somente aquelas que venham a causar degradação e poluição ambiental, ou, ainda, as que utilizam recursos naturais.

¹FINK, Daniel Roberto et al. *Aspectos jurídicos da licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p.82.

Como explicam Daniel Roberto Fink et al²

Através da licença ambiental alcançada com o procedimento de licenciamento ambiental, o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições, exigências e medidas de controle ambiental, as quais deverão ser obedecidas pelo interessado nas diversas fases de implantação e funcionamento do empreendimento. Tal observância é de extrema importância, pois, caso contrário, pode dar ensejo a cassação da licença, responsabilidade civil e administrativa e, em determinados casos, até responsabilidade penal.

Em 1986, como primeiro passo a um processo de aprimoramento e regulamentação do licenciamento, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabeleceu diretrizes gerais para apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA nos processos de licenciamento ambiental, definindo ainda critérios para sua aplicação (Resolução CONAMA n. 001/ 86), estabelecido na Constituição Federal/88 (art. 225, § 1º, IV).

O EIA não é o único estudo ambiental considerado no processo de licenciamento, mas se constitui em importante componente das decisões referentes à implementação de projetos, devendo ser apresentado na fase de planejamento, pesquisa e levantamentos da atividade, com o objetivo de verificar a viabilidade ambiental para a localização do empreendimento.

Buscando aperfeiçoar o Sistema de Licenciamento Ambiental, o CONAMA aprovou a Resolução n. 237 de 22 de dezembro de 1997, têm como objetivo básico a regulamentação das competências do licenciamento ambiental, o estabelecimento de procedimentos nas suas fases, de prazos de análise e manifestação do licenciador e o prazo de validade para cada licença.

Sobre a matéria explica Paulo de Bessa Antunes:³

² FINK, *op.cit.*, p.4.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 6. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002. p.268.

A partir da promulgação da Constituição Federal, ficou implicitamente determinado que o licenciamento ambiental fosse realizado mediante a adoção de um procedimento complexo, no qual intervêm diversos atores, que são: a administração pública, a equipe multidisciplinar, o postulante ao licenciamento ou empreendedor e a população, através da participação na audiência pública.

O licenciamento ambiental, portanto, somente poderá ser concedido e, se concedido, ser considerado válido, se observados todos os trâmites legalmente exigíveis.

O estudo de impacto ambiental, como já foi visto, é um instituto jurídico de nível constitucional. Nesta condição, o seu objetivo máximo é o de assegurar a efetividade do direito consagrado no artigo 225 da Lei Fundamental. Isto é, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal direito, como se sabe, depende da utilização pelo poder público dos instrumentos constitucionais previstos nos diversos incisos do § 1º do artigo 225, além de outros que possam ser criados pelo legislador ordinário, que, em matéria de proteção ambiental, tem uma ampla margem de elaboração legislativa.

A Administração Pública pode exigir dos empreendedores que realizem, às suas próprias expensas, o estudo do impacto ambiental. Necessário, contudo, que tal exigência seja feita através de ato formal. O ato formal exigido para o caso é o chamado termo de referência. Observe-se que tal fato não desobriga o empreendedor da obrigação de encomendar um EIA técnica e formalmente perfeito e de, inclusive, ser responsabilizado pelos seus resultados.

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) faz parte integrante do processo de avaliação de impacto ambiental, sendo considerado atualmente como um dos mais importantes instrumentos de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a

preservação da qualidade do meio ambiente, seu objetivo maior é prevenir a danosidade ambiental, desta forma o mesmo deve ser executado antes do funcionamento da obra ou atividade causadora de significativa degradação.

O conteúdo do EIA e do RIMA vinculam tanto o órgão público ambiental como a equipe multidisciplinar. No caso em que o órgão público ambiental já seja possuidor de informações que devam estar inseridas no EIA e no RIMA, esses órgãos devem passar essas informações para a equipe multidisciplinar, que procurará confrontar e integrar as informações recebidas com as que ela - equipe - levantar. Do contrário fragmentar-se-ia o EIA e o RIMA ao sabor da Administração Pública, e o público estaria privado de conhecer o RIMA em sua inteireza, o que viciaria todo o procedimento. Portanto, não é dado ao órgão público dispensar qualquer dos elementos de conteúdo EIA e do RIMA⁴.

A respectiva Resolução deu competência ao IBAMA para proceder ao licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades com significativo impacto nacional ou regional, podendo também delegar competência aos Estados naqueles de âmbito regional, quando necessário.

O impacto ambiental se caracteriza pela alteração no meio ou em algum de seus componentes por determinada ação ou atividade. Estas alterações precisam ser quantificadas, pois apresentam variações relativas, podendo ser positivas ou negativas, grandes ou pequenas.

Aí reside um dos pontos de relevância, o da avaliação do impacto ambiental, a dificuldade surge em definir o que seria um impacto de grande porte, é preciso analisar caso a caso, o estudo de avaliação de impacto permite que seja compreendido o seguinte

⁴MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 11.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 215-216.

paralelo: proteção e preservação do ambiente e o crescimento e desenvolvimento econômico.

As normas que regulam a matéria no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul são as seguintes: Lei n.2.257, de 09 de julho de 2001, que “Estabelece as diretrizes do licenciamento estadual, os prazos para a emissão de Licenças e Autorizações ambientais”; o Decreto Estadual n.11.407, de 23 de setembro de 2003, que “Institui Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de gestão ambiental no controle e recuperação do meio ambiente” e o Decreto Estadual n. 11.408, de 23 de setembro de 2003, que “Disciplina o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades localizados nas áreas de preservação permanente, e dá outras providências”.

Foi publicado recentemente o Manual do licenciamento - Resolução Conjunta SEMA/IMAP, de 13/05/04, no Diário Oficial n. 6248, de 19/05/04, como complemento, o qual dispõe sobre procedimentos de licenciamento ambiental.

O licenciamento é um ato autorizativo para o funcionamento de uma atividade ou obra que possam oferecer potencial ou efetiva degradação ao meio ambiente. Porém, o seu descumprimento, ou mesmo a desobediência às normas administrativas e legais ambientais, geram ao empreendedor a obrigação de reparar o dano causado. No presente estudo, faremos um viés entre o licenciamento e a compensação ambiental.

3 NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), estabeleceu os objetivos, os princípios e as regras relevantes para a preservação do meio ambiente.

Com fundamento nessa lei ficou definida a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente, do qual participam os órgãos dos poderes executivos: federal, estadual e municipal.

Dentre os objetivos a serem alcançados pela lei de Política Nacional do Meio Ambiente elencados em seu art. 4º, destacamos alguns incisos que interessam ao estudo da compensação ambiental: inciso I, *“à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico”*, que traduz a intenção do legislador em adequar o desenvolvimento econômico com a sustentação do meio ambiente, ao mesmo tempo impõe à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

No mesmo estatuto legal, no art. 9º estão previstos os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, destacando-se no presente caso, os incisos III, *“a avaliação de impactos ambientais”*; IV, *“o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”*, VI, *“a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas”* e, no inciso IX, *“as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental”* (grifo nosso).

Compreendendo-se então, que o dispositivo impõe a necessidade da preservação do meio ambiente e em caso de danos causados, os mesmos devem ser reparados, ou ao menos os seus prejuízos minimizados, através da aplicação das penalidades previstas na supracitada lei.

Esta preservação e restauração quando não realizada pelos meios persuasivos, transforma-se em imposição indenizatória. Em quaisquer dos casos, os paradigmas que fazem valer a intenção do legislador são os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Dessa forma, faz-se imprescindível a avaliação dos impactos ambientais, oriundos da implantação e operação do empreendimento e, em sendo este de grande porte, faz-se necessário à apreciação do relatório de impacto ambiental pelo órgão competente, para autorizar o licenciamento e estabelecer as medidas mitigatórias necessárias

para a fase de implantação e as compensatórias pelos danos ambientais permanentes que a atividade vier a causar.

A Resolução CONAMA n. 02, de 18/04/1996, revogou as disposições da Resolução CONAMA n. 10, de 03/12/1987, que veio reforçar o estabelecido na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, cujos arts. 1º e 2º determinam:

Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor...

...

O montante dos recursos a serem empregados na área a ser utilizada, bem como, o valor dos serviços e das obras de infra-estrutura necessárias ao cumprimento do disposto no art. 1º, será proporcional à alteração e ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para implantação do empreendimento.

Representantes do governo e de outros segmentos da sociedade, discutem no âmbito do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, sobre a definição das regras da “compensação ambiental”, prevista no art. 36, §§ 1º a 3º da Lei n.9.985, de 18 de julho de 2000, *in verbis*, e regulamentada pelo Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, nos arts. 31 a 34.

Art. 36 - Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental

competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório – EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta lei.

§ 1º - O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º - Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º - Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

Há controvérsias acerca da natureza jurídica da compensação ambiental, na Lei Federal n.9985/2000, especificamente o art. 36, já regulamentado pelo Decreto Federal n. 4340, de 22 de agosto de 2002.

Uma das medidas utilizadas para compensar os impactos negativos causados por empreendimentos de grande porte é a implantação de unidades de conservação, a fim de preservar amostras significativas de ecossistemas atingidos pelas obras.

Alguns doutrinadores defendem a tese de que a compensação ambiental é um “imposto vestido de verde”, ou seja, uma forma disfarçada de tributo, que nada mais é do que o exercício do poder de polícia do órgão ambiental competente, cobrando do empreendedor taxa pela utilização dos recursos naturais.

Tributos verdes, no enfoque de José Marcos Domingues de Oliveira⁵,

é expressão leiga que se refere a tributos que têm uma motivação ambiental. Mas, cientificamente, há dois sentidos de *tributos verdes* ou *tributos ambientais*: um *sentido amplo* e um *sentido estrito*. Em *sentido amplo*, tributo ambiental é um tributo tradicional ou ordinário adaptado de molde a servir aos esforços de proteção ambiental. Em *sentido estrito*, significa um tributo novo cobrado em razão do uso do Meio Ambiente pelos agentes econômicos.

Essa assertiva enseja a interpretação da inconstitucionalidade do art. 36, da Lei n. 9985/2000 decorrente do fato de que ele afronta diretamente o § 3º do art. 225 da Carta Constitucional, modificando o conceito da recuperação de danos ambientais por uma compensação aleatória.

Para melhor entendimento, a Constituição assegura uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico - unidade normativa - material - sobre a base de uma ordem de valores, que lhe dão sentido próprio e presidem sua interposição e aplicação.

A interpretação conforme a Constituição implica uma correlação lógica para a construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores constitucionais, portanto o instituto da compensação ambiental não se confunde com uma compensação aleatória, visto que seus pressupostos e condições de

⁵ OLIVEIRA, José Marques Domingues de. Proteção ambiental e sistema tributário - Brasil e Japão: problemas em comum? In: MARINS, James (coord.). *Tributação e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 115. (Coleção Tributação em Debates, 2).

validade no mundo jurídico são coincidentes com aqueles previstos na lei que lhe deu origem e também fundamentados na Carta Maior.

Outros doutrinadores tratam a matéria jurídica como uma espécie de reparação ambiental.

Passaremos ao enfrentamento jurídico da questão.

A **compensação** não possui a natureza jurídica tributária pelos seguintes critérios de análise:

- quando o empreendedor solicita autorização junto ao órgão ambiental competente para o exercício da atividade econômica, a Administração Pública está exercendo o **poder de polícia**, visto que o ato administrativo vinculado - licenciamento - necessita ter os seus requisitos legais preenchidos, ou seja, competência, finalidade, forma, objeto e motivo albergados pelo princípios basilares da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF;

- não se confunde a compensação ambiental com a conseqüente **contraprestação efetiva de um serviço público**, visto que se refere a uma indenização a qual se busca a reparação do dano causado por um empreendimento de grande porte precedido de um minucioso EIA/RIMA - Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto de Meio Ambiente, através do qual se verificará tecnicamente a quantificação do dano;

- por sua vez, não há violação do art. 145, II da CF/88, pois a natureza jurídica da compensação ambiental não se caracteriza como **taxa**, portanto não deve existir uma efetiva cobrança e nem uma contraprestação de serviço público habitual;

- de acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional, *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*. Na compensação ambiental não é necessário ocorrer o ato ilícito, a prestação não é compulsória porque somente será exigida em situação própria, nos casos citados em lei (art.36 da Lei do SNUC).

Portanto, se comparada a definição com os pressupostos da compensação ambiental, ver-se-á que esta possui natureza reparatória, mesmo antes de se verificar efetivamente o dano, como bem considera Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra já mencionada.

Fernando Ribeiro de Moraes preleciona que taxa é:

um tributo cuja obrigação tem fato gerador uma situação dependente da atividade estatal específica dirigida ao contribuinte, seja em razão do exercício de polícia, seja em razão da utilização, efetiva ou potencial de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.⁶

A avaliação do impacto ambiental será quantificada em cada um de seus itens de acordo com a norma estabelecida pelo órgão técnico competente, vale dizer, o impacto causado será em maior ou menor grau, em termos de quantificação, pontuação, duração do período em que se observar o impacto.

Porém, nem toda atividade tem o potencial poluidor permanente e idêntico, o dano é causado em um determinado lugar, tempo e forma, não caracterizando assim a habitualidade, portanto inexistente uma contraprestação de serviço público.

- O valor cobrado na compensação é um valor tecnicamente apurável que não comporta **indivisibilidade** e **especificidade**, porque o Estado no caso do empreendimento não oferece uma contraprestação e sim, o empreendedor o ressarce pela utilização dos recursos naturais finitos que pertencem a coletividade, extrapolando o uso dos mesmos.

Como expressa José Rubens Morato Leite⁷:

⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro do. *Doutrina e prática de taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 6.

⁷ LEITE, José Rubens Morato. Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.109-110.

[...] A compensação ecológica deve ser uma forma apenas subsidiária de reparação, havendo sempre uma preferência pela recuperação total da área degradada. Porém, muitas vezes o bem ambiental degradado não tem possibilidade de voltar ao *statu quo ante*. Neste caso, deve ser substituído por outro bem ambiental funcionalmente equivalente ou deve ser aplicada a sanção monetária com o mesmo fim de substituição. O instituto da compensação ecológica, portanto, tem como pressuposto a impossibilidade de restauração das áreas afetadas, e pode ser ainda usado quando a prestação pecuniária a ser cobrada pelo dano for tão alta que se torne inviável a recuperação ambiental.

[...]

A compensação ecológica pode ser vista como uma espécie de reparação e divide-se em quatro subespécies de compensação do bem lesado: jurisdicional, extrajudicial, preestabelecida ou normativa e fundos autônomos.

Um dos instrumentos processuais de tutela dos direitos difusos e coletivos é a Ação Civil Pública - Lei n.7.347/85, ressaltando que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/90), inovou a citada lei, ao ampliar a proteção prevista por este diploma legislativo, não somente aos direitos coletivos e difusos, de acordo com o que estava anteriormente estabelecido, mas também aos direitos ou interesses metaindividuais.

A compensação jurisdicional é oriunda de uma lide ambiental, cujas sentenças transitadas em julgado, obriga o degradador a substituir o bem lesado por um equivalente ou por quantia em dinheiro.

Por outro lado, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 13, criou os fundos de direitos difusos, para os quais são destinadas verbas indenizatórias derivadas de medidas judiciais e extrajudiciais, incluindo-se nas formas alternativas de solução de indenização do bem ambiental.

A compensação ambiental é uma espécie de reparação e pode ser efetuada na seara preventiva quando o TAC - Termo de Ajustamento de Conduta é realizado entre os órgãos públicos legitimados e o empreendedor, que se obrigam a atender as normas legais, antes da propositura da Ação Civil Pública, sendo que o mesmo tem força de título executivo extrajudicial, consoante estabelece o art. 5º, § 5º da Lei n. 7.347/85.

Levando-se em consideração que o bem ambiental é difuso, portanto, pertence a toda a coletividade, tem como característica a sua indisponibilidade. Entretanto, na prática, algumas vezes se torna difícil reverter o dano ambiental ao estado anterior à lesão, desta forma os ajustamentos de conduta tem o condão de compensar os danos ambientais e não o restabelecimento do bem ambiental.

Na visão de José Rubens Morato Leite⁸,

[...] A terceira espécie de compensação, a preestabelecida, está apartada do sistema da tripla responsabilidade civil, penal e administrativa. Entende-se por compensação ecológica preestabelecida, a formulada pelo legislador, independentemente das imputações jurisdicionais e administrativas, que serve para compensar os impactos negativos ao meio ambiente, oriundos da sociedade de risco. Pode-se observar como exemplo da compensação preestabelecida, a Lei n. 9985/2000, implementadora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), que em seu art. 36, impõe ao empreendedor de projeto impactante, fundado no Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a obrigação de apoiar a implementação e a manutenção de unidades de conservação de tipo integral, neste enquadradas as Estações Ecológicas e Reservas Biológicas, dentre outras.

A referida lei prevê a fixação de um valor mínimo 0,5% (meio por cento) do valor da implantação do empreendimento, como

⁸ LEITE, *op.cit.*, p.112.

indenização por danos ambientais, visando apoiar a implantação e manutenção de unidades de conservação.

Como pontua Paulo Affonso Leme Machado⁹:

O apoio financeiro que o empreendedor - pessoa física ou jurídica - deverá dar às unidades de conservação “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento” (art.36, § 1º). Esse pagamento deverá ser feito durante o período de implantação, isto é, na fase de “licença prévia - LP” ou no máximo até a fase da “licença de instalação - LP (grifo nosso). A quantificação dos custos totais do pretendido projeto deve ser apresentado de forma leal e fidedigna ao órgão licenciador, podendo o Ministério Público, ONG ou qualquer cidadão ter acesso a esses dados, bem como solicitar esclarecimentos.

A fixação de percentual acima de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação demandará do órgão licenciador clara e fundada motivação, para que não haja arbitrariedade.

Ficou claro que a fase em que se deve efetuar o pagamento é o da licença prévia ou, no máximo até a fase da licença de instalação, em fase posterior comprometeria o cumprimento da obrigação ajustada.

A Lei n. 9985/2000 estabeleceu um sistema alternativo de compensação, que não se coaduna com o da responsabilização civil em decorrência da falha do ente estatal na defesa do meio ambiente.

Sobre a jurisprudência, ressaltamos o acórdão proferido pela 1ª turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 228.800-5-DF, publicado em 16.11.2001, discorreu sobre a real natureza da receita auferida mediante a utilização de bens públicos (meio ambiente

⁹ MACHADO, *op.cit.*, p.764-765.

é bem de uso comum do povo), concluindo-se que a compensação financeira não se assemelha à de ordem tributária, mas sim, patrimonial.

Nas atividades com elevado índice de degradação ambiental, o empreendedor é obrigado a recompor, em valor pecuniário, os prejuízos causados, mesmo que futuramente. A compensação pressupõe um prejuízo decorrente da utilização do recurso natural.

A compensação guarda maior relação com a indenização, por reparar um dano futuro, vale dizer, não é qualquer atividade que exigirá a compensação, somente aquelas potencialmente danosas ao meio ambiente.

4 VALORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS

Dois pontos polêmicos que passaremos a discutir se referem à avaliação econômica dos recursos naturais. De que forma quantificar o dano ambiental causado, com a conseqüente fixação do índice a ser compensado em decorrência dos empreendimentos potencialmente poluidores?

Segundo Paraíso¹⁰ “a avaliação econômica dos recursos naturais é importante “para se calcular o montante do ressarcimento devido à sociedade pelo dano causado ao meio ambiente ou para se poder justificar o montante despendido na sua preservação”.

A dificuldade em avaliar o dano, dificulta a aplicação do instituto.

Mc Nelly¹¹ sustenta que o valor econômico do meio ambiente pode ser calculado por meio das seguintes expressões:

¹⁰ PARAÍSO, Maria Leticia de Souza. *Metodologia de avaliação econômica dos recursos naturais*: In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n.6, p.97, 1997.

¹¹ apud PARAÍSO, Maria Leticia de Souza. *Metodologia de avaliação econômica dos recursos naturais*. p.220.

valor econômico total = valor de uso + valor de opção + valor de existência

O *valor de uso* é aquele atribuído ao meio ambiente pelas pessoas que fazem uso dos recursos naturais. Costuma ser dividido em *uso produto* - valor dos recursos naturais negociados no mercado - e 'uso comum' - valor dos bens consumidos sem passar pelo mercado.

O *valor de opção*, por sua vez, guarda relação com o risco da perda dos benefícios que o ambiente proporciona às presentes ou futuras gerações.

Por fim, trata-se o *valor de existência* de uma dimensão ética cujo valor é atribuído pelo simples fato de o meio ambiente possuir certas qualidades, ainda que não possuam valor de uso atual ou futuro.

Através das metodologias apresentadas e desenvolvidas busca-se a valorização dos bens ambientais, dentre elas citamos as técnicas apoiadas em preços de mercados, pesquisa de opinião pública baseadas em custos evitados ou benefícios.

5 EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - APLICAÇÃO DOS RECURSOS

No Estado de Mato Grosso do Sul, com a redação dada pela Lei n.2.723, de 27 de novembro de 2003, em seu art. 10, inciso III, alínea "c", foi alterada a denominação da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo para Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, que tem competência para o planejamento, a coordenação, supervisão e o controle das ações relativas ao meio ambiente e aos recursos hídricos, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico, dentre outras, atribuições elencadas no art. 18, incisos I a VI da mencionada lei.

O Instituto de Meio Ambiente Pantanal - IMAP, é entidade integrante da administração pública indireta, vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e tem suas competências definidas no artigo 2º, incisos I a XII, da Lei nº 1.829, de 16/01/98, dentre elas, a execução da política de meio ambiente em todo o território estadual; proceder o licenciamento ambiental de obras, empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente causadoras de impactos ambientais e propor a criação, extinção, modificação de limites e finalidades das unidades de conservação dos espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público e promover a instalação e administração destes espaços por si ou mediante convênio.

O Estado de Mato Grosso do Sul, para fixar parâmetros superiores ao índice de 0,5 % (meio por cento) nos casos concretos de compensação ambiental, viu-se diante de dois impasses:

- como ficariam aqueles casos de grandes impactos causados de forma irreversível, onde nem mesmo sequer poder-se-ia aplicar medidas mitigatórias?

- ainda de cunho mais grave, o órgão ambiental ficaria adstrito à negociação proposta pelo empreendedor no momento da respectiva compensação quando o índice fora fixado acima do mínimo permitido pela lei?

Na realidade, por mais que as normas jurídicas - e os legisladores - queiram, elas não conseguem acompanhar a dinâmica de transformações da realidade social e muito menos conseguem abarcar toda a complexidade das atividades econômicas emergentes.

Dessa forma, existem casos que não foram previstos pelas normas jurídicas, estamos então, diante de “vazios” ou “lacunas”. Assim sendo, é necessário que o legislador lance mão de todas as possibilidades para normatizar o sistema incompleto.

Existe uma lacuna na Lei do SNUC, ao deixar de fixar os critérios de aferição entre o percentual mínimo e máximo, facultando o embate jurídico a mercê do empreendedor, o que na maioria das vezes resulta na fixação mínima.

Com fundamento na Constituição Federal, (art.23, VI), os entes federados têm competência concorrente para proteger o meio ambiente e combater a poluição.

Nesse sentido, o Estado de Mato Grosso do Sul, com supedâneo no **Roteiro Metodológico para Análise de Grau de Impacto Ambiental para Empreendimentos Terrestres expedido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)**, criou um Grupo de Trabalho específico para elaborar normas no sentido de regulamentar o índice da compensação ambiental.

O Decreto que está sendo elaborado, fixa o valor da medida compensatória para a implantação de Unidade de Conservação conforme o art. 36 e seus parágrafos, da Lei n. 9.985/2000, será de 0,5 % (meio por cento) a 5% (cinco por cento), dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento a ser repassado, durante a fase de Licença de Instalação, conforme cronograma de desembolso elaborado pelo Instituto de Meio Ambiente Pantanal em conjunto com o empreendedor.

Em suma, a aferição de índices através do Roteiro Metodológico acima mencionado é um instrumento normativo, a ser utilizado nos licenciamentos de atividades de grandes impactos, prevenindo os deslindes jurídicos que geram entraves ao desenvolvimento econômico sustentável.

6 DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA COMPENSAÇÃO

A Lei que trata da Ação Civil Pública, nº 7.347/85, em seu art. 13 estabelece que:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Parágrafo único. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

O legislador federal permitiu através dessa norma a possibilidade da constituição de fundos estaduais, devendo os mesmos serem geridos por um Conselho Estadual.

Uma alternativa para a reparação do dano ambiental é a criação de **fundos de compensação**, visando ressarcir a coletividade por danos causados ao meio ambiente, devendo os recursos arrecadados serem aplicados em Unidades de Conservação existentes na área de influência do projeto, em qualquer das esferas de competência administrativa.

Paulo Affonso Leme Machado¹², afirma que “os recursos arrecadados devem ir para as unidades de conservação existentes na área, sejam elas federais, estaduais ou municipais, independentemente do órgão licenciador ser federal, estadual ou municipal.”

Por derradeiro, cumpre-nos observar que o Decreto nº 4.340/2002, regulamenta artigos da Lei do Sistema de Unidades de Conservação, disciplinou a criação de **câmaras de compensação**, constituídas de representantes do órgão com o objetivo de analisar e propor a aplicação dos recursos advindos da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, com base nos estudos ambientais, efetuados e percentuais definidos.

Releva notar, que a aplicação desses recursos conforme estabelece o art. 33 do Decreto acima citado, deve obedecer as prioridades elencadas nos incisos I a VI.

¹² MACHADO, *op.cit.* p.768.

7 CASOS PRÁTICOS

7.1 Usina Termelétrica de Três Lagoas-MS

O Município de Três Lagoas ingressou com Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer em desfavor da Petrobrás - Petróleo Brasileiro S/A e Estado de Mato Grosso do Sul, IMAP - Instituto do Meio Ambiente Pantanal e Secretaria de Estado do Meio Ambiente¹³, pleiteando a concessão de medida liminar visando a paralisação de obras de instalação da Usina Termelétrica naquele Município, nas linhas divisórias do Parque Natural Recanto das Capivaras.

Alega o seguinte: que o valor da compensação ambiental seria de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

- que o Estado e o Município acordaram em aplicar globalmente o valor da compensação referente à parcela do Estado 50% (cinquenta por cento) no Município de Três Lagoas na criação de um Parque Estadual na margem esquerda do Córrego do Pombo, na divisa entre Três Lagoas e Água Clara, com no mínimo de 10.000 (dez mil) hectares;

- que no processo de licenciamento que tramita perante o IBAMA o valor da compensação é no montante de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), e não no valor de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

- que a Petrobrás pretende aplicar no Município o montante de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) sendo que R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), será aplicado no Projeto Parna do Bodoquena, Parque Nacional, que não está localizado no Município.

O juízo de 1ª instância não concedeu a liminar pleiteada e, nos termos do art. 273, I do CPC, concedeu o pedido de tutela antecipada, determinando-se ao Estado de Mato Grosso do Sul se abster de aplicar a verba de compensação em outra localidade, até o deslinde da ação.

¹³ Ação Civil Pública. Proc. n. 2002.004504-8/0000-00, 3ª Vara Cível de Três Lagoas-MS.

Inconformado com a decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão proferida, tendo sido negado seguimento ao recurso.

Por conseguinte, o Estado interpôs Recurso Especial contra o v. acórdão, com amparo no art. 105, inciso III, letra "a" da CF/88, na forma da Lei n. 8.038/90, artigo 26, I e II, negado seguimento ao recurso, o Estado interpôs Agravo de Instrumento junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Firmaram Convênio o Instituto de Meio Ambiente Pantanal - IMAP e a Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS, com interveniência e anuência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

Objetivos: implementar ações que visem a execução da medida compensatória resultante do impacto ambiental provocado pela construção da Usina Termelétrica - UTE Três Lagoas - MS, a qual deverá ser aplicada nas seguintes unidades de conservação de proteção integral:

- **Parque Nacional de Bodoquena - MS:** Aquisição de equipamentos operacionais e pagamento a proprietários e posseiros na unidade;

- **Unidade de Conservação Proteção Integral Estadual no município de Três Lagoas - MS:**

Regularização Fundiária

Valor R\$ 3.000.000,00;

Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Elaboração de Plano de Manejo

Valor R\$ 150.000,00;

Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Construção de Sede Administrativa/Centro de Visitante

Valor R\$ 150.000,00;

Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Aquisição de Equipamentos

Valor R\$ 150.000,00;
Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Aquisição de Material de Consumo
Valor R\$ 100.000,00;
Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Divulgação e Educação Ambiental
Valor R\$ 100.000,00;
Período de Execução: set/2003 a dez/2004;

Contratação de Equipe (guardas de parques e apoio administrativos);
Valor R\$ 100.000,00;
Período de Execução: set/2003 a dez/2004.

Subtotal: R\$ 3.750.000,00

EXTRATO DE CONVÊNIO N. 05

NÚMERO DO PROCESSO: 02001.003133/00-61

PETROBRÁS, IMAP e IBAMA

VIGÊNCIA: 01 ano a contar da pub. no DOU

DATA DE ASSINATURA: 03/09/03

PELO IBAMA: MARCUS LUIZ BARROSO BARROS,
Presidente do IBAMA

PELO IMAP: MANOEL DO CARMO VITÓRIO, Diretor
Presidente do IMAP

PELA PETROBRÁS: RAFAEL MAURO COMINO , Gerente
Executivo de Energia - Petrobrás

Pub. DOU, de 23/09/03, Seção 3, p. 49

7.2 Pequena Central Hidrelétrica Porto das Pedras - MS

Dados extraídos do Parecer Técnico n. 009/2004/ IMAP/GCP, da lavra da Bióloga Patrícia Staszuk Corsini Vesolato, da Gerência de Conservação de Biodiversidade, do Instituto Meio Ambiente Pantanal, alega o seguinte:

Sob a responsabilidade da WORK Administração de Bens e Participações Ltda, denominado empreendedor, foi encaminhado ao setor de Licenciamento Ambiental do Instituto de Meio Ambiente Pantanal - IMAP, o Relatório Ambiental Simplificado, elaborado pela MRS Estudos Ambientais Ltda.

O Relatório Ambiental Simplificado refere-se a Pequena Central Hidrelétrica Porto das Pedras - MS, com implantação prevista no rio Sucuriu, na bacia do Paraná, nos Municípios de Chapadão do Sul e Água Clara.

A potência instalada da PCH Porto das Pedras será de 28,6 MW/28.600 KW, que formará um reservatório de 3,19 Km²/319 hectares no NA máximo normal 380,60 m.

A finalidade da PCH é de fazer conexão à subestação de Paraíso e o custo do empreendimento soma o valor de R\$ 74.872.110,00, resultando em um custo de energia de R\$ 54,93/MWh.

A partir das informações contidas nos documentos e estudos apresentados junto ao órgão licenciador, foram selecionados os seguintes indicadores de impacto para a análise do seu grau: Matriz de Impacto, Eficiência Energética, Cobertura Vegetal perdida e três Parâmetros de Qualidade Ambiental.

O valor final resultante da análise do grau de impacto ambiental foi de 35,77%, dentro de uma escala de 0 a 100%. Esse valor convertido numa escala que varia de 0,5% a 5,0% de Compensação Ambiental, resultou num valor final correspondente a **2,10%** dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento.

Fica estabelecida a Compensação Ambiental em atendimento ao art. 36 da Lei nº 9985/2000, pelos impactos causados pela PCH Porto das Pedras a saber:

a) o percentual de 2,10% do valor do empreendimento para a criação e implantação de Unidade de Conservação de proteção integral, que deverá ser repassado conforme o Cronograma de Desembolso;

b) o percentual para a manutenção da Unidade de Conservação corresponde a 5% do valor destinado à implantação da Unidade, cujos repasses deverão ser anuais durante o período de vida útil da Usina.

Foi firmado o Termo de Compensação Ambiental n. 03/2004, (proc. n.23/100/529/2004) entre o IMAP - Instituto Meio Ambiente Pantanal e a Empresa Energética Porto das Pedras Ltda, o qual tem por objeto a execução a Medida Compensatória por significativo impacto ambiental provocado pela construção da Pequena Central Hidrelétrica Porto das Pedras, fundamentado em EIA/RIMA.

O valor da compensação ambiental será aplicado em Unidade de Conservação Estadual da seguinte forma:

- com índice correspondente a **2,1% (dois por cento, um cento), para a sua implantação** do valor do empreendimento, ou seja R\$ 1.320.386,74 que deverá ser repassado conforme Cronograma de Desembolso detalhado no Plano de Trabalho;

O valor da compensação para **manutenção** corresponde a **5% (cinco por cento)** do valor destinado a implantação, ou seja, R\$ 66.019, 34, cujos repasses deverão ser anuais, durante o período de vida útil da Pequena Central Hidrelétrica.

8 CONCLUSÕES

No presente estudo fizemos um viés entre o licenciamento e a compensação ambiental. Concluimos que:

1) o licenciamento é um ato autorizativo para o funcionamento de uma atividade ou obra que possam oferecer potencial ou efetiva degradação ao meio ambiente. Porém, o seu descumprimento, ou mesmo a desobediência às normas administrativas e legais ambientais, geram ao empreendedor a obrigação de reparar o dano causado;

2) a **compensação** não possui a natureza jurídica tributária por não se enquadrar nos seguintes pressupostos jurídicos: do poder de polícia; contraprestação efetiva de um serviço público, taxa,

indivisibilidade e especificidade e não possui um fato gerador específico;

3) a regulamentação da compensação na esfera estadual será efetivada através de Decreto, com fulcro no **Roteiro Metodológico para Análise de Grau de Impacto Ambiental para Empreendimentos Terrestres expedido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA) e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), publicado em março/2004, pela Diretoria de Ecossistemas, fixando o índice da compensação, podendo variar de 0,5% a 5%;**

4) há necessidade da criação de uma Câmara de Compensação Estadual com a participação de representante da Procuradoria-Geral do Estado, para gerir os recursos do Fundo a ser criado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 6.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen, 2002.

FINK, Daniel Roberto et al. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Termo de ajustamento de conduta e compensação ecológica. In; LEITE, José Rubens Morato: DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.).

Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitá, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e prática de taxas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

OLIVEIRA, José Marques Domingues de. Proteção ambiental em sistema tributário - Brasil e Japão: problemas em comum? In: MARINS, James (coord.). **Tributação e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003.

PARAISO, Maria Letícia de Souza. Metodologia de avaliação econômica dos recursos naturais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.6, 1997.

PARECERES

Parte III

PARECER PGE/Nº 048/2003

PARECER PP/Nº 019/2003

Processo Nº 15/1067/2002

Interessado: Secretário de Estado de Educação.

Assunto: Vigência do Tratado de Roboré (1958) Celebrado entre Brasil e Bolívia e sua repercussão no âmbito Educacional do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ementa: EMENTA - TRATADO DE ROBORÉ - ACORDO ENTRE BRASIL E BOLÍVIA - DECRETOS OPERATIVOS - COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 88 - VIGÊNCIA.

O Decreto legislativo n.43/64 e o Decreto n.65.446/69 tornaram operativo o Convênio de Intercâmbio Cultural celebrado entre o Brasil e a Bolívia (Tratado de Roboré).

Referido ato internacional, por força dos arts. 49, I e 84, VIII do Texto Constitucional de 1988, demonstra sua consonância com a Constituição da República.

Acrescente-se ainda a ausência de formalização de denúncia, instrumento de ruptura da eficácia do Tratado perante o ordenamento pátrio, o que demonstra a vigência do sobredito ato.

EMENTA - TRATADO DE ROBORÉ - ACORDO CULTURAL CELEBRADO ENTRE O BRASIL E A BOLÍVIA - CONVOCAÇÃO DE PROFESSORES BOLIVIANOS PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - LIÇÕES DE ESPANHOL - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PERSONALDADE DE DIREITO DAS GENTES AO ENTE FEDERADO.

A despeito da vigência do Tratado de Roboré, não é possível ao Estado de Mato Grosso do Sul a convocação

de professores bolivianos para ministrarem lições de espanhol nas unidades escolares de ensino, por faltar ao ente federado a necessária personalidade jurídica de direito internacional público, aptidão imprescindível para a necessária entabulação relacional com entes dotados de soberania.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Por meio do Ofício n.3201/GAB/SED/2002 a então Secretária de Estado de Educação, Professora Elza Aparecida Jorge, ofereceu questionamento sobre a vigência do Tratado de Roboré (celebrado entre Brasil e Bolívia nos idos de 1958) e sua repercussão no âmbito educacional do Estado de Mato Grosso do Sul.

Incide na “quaestio” o princípio da impessoalidade, em razão do que a consulta acima enfocada trespassa ao atual titular da Secretaria de Estado de Educação.

Instrui o questionamento cópia do Convênio de Intercâmbio Cultural com a Bolívia - Tratado de Boré (f. 03-05).

Eis aí o que competia consignar a título de singelo relatório.

Em primeiro lugar, há de ser observado que os tratados internacionais estão, no ordenamento jurídico nacional, no mesmo patamar da lei ordinária. Basta uma simples leitura dos arts. 102, inc. III, “b”, e 105, inc. II, “a”, da CF, para se chegar a essa conclusão.

Portanto, de certo modo, estão abaixo da norma constitucional.

O STF, em mais de uma ocasião, teve oportunidade de assim decidir. Entre a Constituição e um tratado, prevalece a Constituição.

Claro está que isso tem causado problemas para o Brasil, como participante da sociedade internacional, porque o nosso país pode estar obrigado internacionalmente e não cumprir internamente o tratado. Tal situação pode provocar responsabilidades específicas diante do Direito Internacional.

Ao que tudo indica, o Brasil se alinha e interage na sociedade internacional, admite a existência de uma ordem internacional, mas, em determinados assuntos, prevalece o direito interno. Em outras matérias, prevaleceria o direito internacional.

Grosso modo, na teoria, essas posições recebem o nome do *monismo e dualismo*. Os Estados, ora se encaixam numa, ora noutra teoria:

a) Monismo com primazia no direito internacional

No Estado (País) que assim se posiciona, quando houver conflito entre o direito interno e o direito internacional, prevalecerá o direito internacional.

b) Monismo com primazia no direito interno

O Estado que assim se posiciona, na verdade, nega o direito internacional, porque para ele sempre prevalecerá o direito interno.

c) Monismo com primazia no direito internacional não radical

Para os Estados que assim pensam, prevalece o direito internacional, exceção feita a matérias fundamentais em que a primazia fica com o direito interno.

d) Dualismo

Admite a existência de duas ordens, uma internacional e outra interna. Correm paralelas. Não há conflito entre elas porque cuidam de matérias diferenciadas, isto é, têm campos diferentes. Se, todavia, houver um conflito, incorpora-se o direito internacional ao direito interno, no que for fundamental e admitido como válido pelo Estado, por meio de uma espécie normativa.

O Brasil é tido, ora como dualista, ora como monista, com primazia no direito internacional radical, ora como monista moderado.

Uma coisa é certa: o Brasil não é monista com primazia no direito interno.

Os tratados internacionais, uma vez ratificados pelo Presidente da República, precisam do Decreto Executivo para a sua veiculação, para ter aplicabilidade interna.

Nesse sentido, é o teor dos regramentos conduzidos pelos artigos 49 inciso I e 84 inciso VIII da Carta Constitucional, adiante reproduzidos:

Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Bem ilustra o alcance dos sobretidos dispositivos o aresto, oriundo do Supremo Tribunal Federal, abaixo relacionado:

Incorporação dos tratados internacionais: STF - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da

República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O item procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. Subordinação Normativa dos Tratados Internacionais à Constituição da República - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. Controle de Constitucionalidade de Tratados Internacionais No Sistema Jurídico Brasileiro - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência” (STF - Pleno - ADIN n.1.480DF - Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, n.135).

Na doutrina, a posição de Rezek, guarda sintonia com o precitado julgamento. Observe-se:¹

Promulgação e publicação de tratados no Brasil. O ordenamento jurídico, nesta República, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicação para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a idéia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe base jurídica apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, dessarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento.

No Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. Publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o

¹ REZER, J.F. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 84.

órgão oficial, para que o tratado - cujo texto completo vai em anexo - se introduza na ordem legal e opere desde o momento próprio. A simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde “executivo” - sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do presidente da República.

Na questão analisada, o Convênio de Intercâmbio Cultural com a Bolívia (f. 03-06) foi aprovado (art. 1º) pelo Decreto Legislativo n.43, de 1964 e promulgado pelo Decreto n.65.446, de 13.10.69 (documentos em anexo).

Destarte, diante das lições acima apreendidas e consoante o teor dos dispositivos constitucionais pertinentes a “quaestio”, pode-se proceder à conclusão de que o Convênio de Intercâmbio Cultural Brasil-Bolívia encontra-se em vigor.

É importante, todavia, deixar registrado que os atos normativos acima elencados (Decreto Legislativo n.43/64 e Decreto n.65.446/69) adentraram no ordenamento jurídico pátrio sob a vigência de Constituições Brasileiras já ab-rogadas, a saber as Cartas de 1946 e a de 1967/69.

Diante disso, há que se obter o esclarecimento acerca da compatibilidade daqueles decretos com a Constituição de 88.

Bem ilustra essa indagação, a coesa cátedra de Barroso:²

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes internas e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.31-32.

a) Os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.

b) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível.

Em face do Texto Constitucional de 88, o Tratado de Roboré (ato internacional sob enfoque) encontra sustentação nos precitados artigos 49, I e 84, VIII.

Contudo, é possível interpretar o sobredito Tratado sobre o comando do parágrafo único do art. 4º da Carta Magna, abaixo relacionado:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

Parágrafo único - A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Como se percebe, nítido equacionamento do princípio do efeito integrador, cujo significado obtém ressonância nas palavras do mestre Canotilho:³

O princípio do efeito integrador

Ainda muitas vezes associado ao princípio da unidade e, na sua formulação mais simples, o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

Exposta a compatibilidade do Tratado de Roboré com a Constituição Federal de 1988, cumpre operar-se a análise sobre os questionamentos do consulente.

Em primeiro plano, deve ser assentado o entendimento da impossibilidade de convocação de professores bolivianos para ministrarem aulas de espanhol nas unidades escolares da rede estadual de ensino, por faltar ao Estado de Mato Grosso do Sul personalidade jurídica de direito das gentes, aptidão necessária para entabular, direta e imediatamente, relações jurídicas com entes dotados de soberania.

Colha-se o robustecimento da tese desenvolvida, nas sóbrias palavras de Carlos Roberto Husek:⁴

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 227.

⁴ HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de direito internacional público*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

Pessoas internacionais são os entes destinatários das normas jurídicas internacionais e têm atuação e competência delimitadas pelas mesmas. Não se pode escapar à conceituação do Direito interno no que concerne a tais pessoas, porque jurídicas e naturais, conforme as conhecemos neste. Clóvis Beviláqua ensina que pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, equivalendo, assim, a sujeito de direito.

A existência de tais pessoas comprova a própria vida internacional e as regras que a animam, porque “pessoa” é uma criação jurídica possível quando se considera uma dada ordem normativa, ainda que não tenha tal ordem, no caso internacional, os mesmos caracteres das ordens internas.

Assim, os Estados, a ONU, a Santa Sé e o próprio indivíduo, além das empresas transnacionais ou internacionais, são exemplos de pessoas.

Prossegue o ilustre professor:⁵

Todas as pessoas internacionais têm o que se chama de “subjetividade internacional”, isto é, a faculdade de exercer direito e obrigações.

Podem ser classificadas em: coletividades estatais, interestatais e não-estatais e o indivíduo.

Outros autores falam em sujeitos básicos permanentes, entidades anômalas, organizações internacionais e organizações supranacionais, como Belfort de Mattos, ou em Estados, Santa Sé, organizações internacionais, outras coletividades e os indivíduos.

Uma breve explicação é necessária, mesmo porque o rigor jurídico desta e de outras

⁵ *op.cit.* p.29-30

classificações deixa muito a desejar, sendo de difícil obtenção em matéria que se caracteriza por certa imprecisão no seu campo.

Os Estados, à unanimidade das opiniões, são sujeitos de Direito Internacional, inexistindo dúvida quando ao seu papel no mundo, com a comprovação fática e histórica de sua participação em vários eventos, proporcionando-lhes os diversos autores quase que exclusividade de existência como ser jurídico internacional.

Qualquer classificação que não os leve em conta pecará pela base, pois em torno do Estado é que giram as diversas concepções sobre o Direito Internacional.

A idéia acima plantada, agrega maior reforço com a clássica doutrina internacionalista de Rezek:⁶

Estados soberanos e organizações internacionais. Sujeitos de direito internacional público - ou pessoas jurídicas de direito internacional público - são os Estados soberanos (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as organizações internacionais. Aí não vai uma verdade eterna, senão uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea. Não faz muito tempo, essa qualidade era própria dos Estados e deles exclusiva. Hoje, é certo que outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes, porque habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas. A era das organizações internacionais trouxe à mente dos cultores dessa disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, num determinado sistema

⁶ REZEK, *op. cit.* p. 157

jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades.

A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se originária, enquanto, derivada, a das organizações. O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos.

Por conseguinte, restringe-se ao ente federado, diante da ausência de personalidade de direito internacional público, a qual não lhe outorga a necessária aptidão para desenvolvimento de relações jurídicas “de per siltum” com entes revestidos de soberania, a possibilidade de convocar professores bolivianos para lecionarem aulas de espanhol, na rede estadual de ensino.

Aliado a esse argumento, incidem, na presente análise as restrições oriundas da Lei n.6.815, de 19.08.80 (Estatuto do Estrangeiro), a saber:

Art. 2º - Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

(...)

Art. 4º - Ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto:

(...)

III – temporário

(...)

Art. 13 - O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil:

(...)

V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de

contrato ou a serviço do Governo brasileiro.

Art. 14 - O prazo de estada no Brasil, nos casos dos incisos II e III do art. 13, será de até noventa dias, no caso do inciso VII, de até um ano; e nos demais, salvo o disposto no parágrafo único, o correspondente à duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços, comprovada perante a autoridade consular, observado o disposto na legislação trabalhista.

(...)

Art. 15 - Ao estrangeiro referido nos itens III ou V do art. 13 só se concederá o visto se satisfizer as exigências especiais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração e for parte em contrato de trabalho, visado pelo Ministério do Trabalho, salvo no caso de comprovada prestação de serviço ao Governo Brasileiro.

Conforme se verifica, as regras enclausuradas no Estatuto do Estrangeiro (Lei n.6.815/80) igualmente são restritivas da pretensão de convocar professores bolivianos para ministrarem aulas de espanhol em território sul-mato-grossense.

É como me parece a questão.

Campo Grande, MS, 03 de setembro de 2003.

Jerônimo Olinto de Almeida
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com observações que seguem, nos termos do artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 048/2003 - PP Nº 019/2003, firmado pelo Procurador do Estado Jerônimo Olinto de Almeida, da Procuradoria de Pessoal, juntado às folhas 08-19, do processo em destaque.

2. Se o tratado internacional se equivaie à lei ordinária -e quanto a isso inexistem dúvidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - indiscutível que este fica limitado pela Constituição Federal, havendo a necessidade de análise, quando de sua aplicação, da compatibilidade vertical do dispositivo sob foco nele contido, com a Lei Fundamental.

3. Consta do inciso I, do artigo 37, da Carta Federal, que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, com ressalva para os de nacionalidade portuguesa, nos termos do § 1º, do artigo 12, do mesmo diploma.

4. A função pública - e é nesta condição que se dá o exercício de serviço público mediante convocação temporária - somente pode ser provida por brasileiros, admitindo-se tal se dê por estrangeiros, mas, nos termos de lei federal ainda não editada.

5 . Como corolário disso, tem-se que os termos do Tratado de Roboré, quanto ao assunto em apreciação, são programáticos; são aspirações dependentes de implementação e limitadas pela legislação em sentido lato.

6. À Assessoria Técnica de Gabinete para que:

a) dê ciência desta decisão ao Procurador do Estado citado, bem assim, à Chefe da Procuradoria de Pessoal;

b) destine cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Educação; e

c) archive o processo, depois de cumprir o acima determinado.

Campo Grande, MS, 04 de setembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 057/2003

PARECER PAA/Nº 028/2003

Processo n. 15/000687/03

Interessado: Diretor Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de MS - EGRHP/MS.

Assunto: Liquidação da Agrosul - Apuração de Ativos e Passivo - Débitos - Execuções - Possibilidade de Licitação sob a forma de Concorrência para Venda de Armazéns.

Ementa: LIQUIDAÇÃO DE EMPRESA - APURAÇÃO DE ATIVOS - POSSIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA PARA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS - REQUISITOS.

Empresa pública constituída com a finalidade de fomento à atividade econômica. Intervenção do Estado que não mais se justifica transcorridas mais de duas décadas. Possibilidade de liquidação autorizada por lei.

Havendo bens imóveis, ainda que penhorados e arrestados em processos de execução, é possível aliená-los, mediante processo de licitação na modalidade concorrência, conforme requisitos determinados na Lei n.8.666/93.

Os credores da empresa em liquidação, sub-rogam-se no montante apurado, podendo, inclusive, participar da licitação utilizando seus créditos como forma de pagamento.

Hipótese mais interessante ao devedor, pois obterá pelos seus bens, o melhor preço, sendo assim, resguardado o interesse público, ficando eventual saldo devedor à conta de precatório.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Ilmo. Sr. Diretor-Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de MS - EGRHP/MS, administradora da Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul - AGROSUL, atualmente em liquidação, autorizada pela Lei Estadual n.2.598/02, indaga, mediante ofício DIPRESI/Nº 459/03 de fl. 02, qual o “procedimento que será dado para solução das obrigações da Empresa”.

Informa que o passivo é maior que o ativo, sendo certo que o patrimônio da empresa em liquidação resume-se a vários armazéns localizados em diversos municípios do Estado-MS.

Informa ainda que o maior e principal credor é o Consórcio Egelte/Tratex, cujo crédito se originou justamente da prestação do serviço da construção dos referidos armazéns, crédito esse que, presentemente, se encontra em execução judicial, tendo vários desses armazéns sido penhorados ou arrestados em garantia do processo executivo.

Encaminha, afinal, documentação que instrui estes autos, na seguinte ordem:

- 1) Ofício DIPRESI/Nº 459/03 (f. 02);
- 2) Relatório do processo em que são partes AGROSUL e Consórcio Egelte/Tratex (f. 03-08);
- 3) Avaliações judiciais dos bens penhorados e/ou arrematados (f.09);
- 4) Relação de imóveis de propriedade da AGROSUL (f. 10-11);
- 5) Termo acordo extrajudicial (f. 19-31);
- 6) Ofício DIPRESI/N. 491/03 (f. 77-80);
- 7) Demonstrativo da Procuradoria de Informática e Cálculo - PIC (f. 82);
- 8) Ofício DIPRESI/N.624/03 e relatório de bens da AGROSUL (f. 85/98);

9) Ofício DIPRESI/Nº 570/03 e legislação pertinente à AGROSUL (f. 99/110).

Tais são os fatos. Passamos à análise do caso.

I DA NECESSIDADE DE ALIENAÇÃO

Sendo certo que a intervenção do Estado com intuito de fomentar a economia, nesse campo específico, não mais se justifica, deve o Estado alienar os bens da empresa AGROSUL.

Não se trata de mera discricionariedade, mas sim, de obrigação quanto à defesa do interesse público, pois tal patrimônio deve atender a interesses primários da atividade estatal, sempre carentes de recursos.

Nesse sentido, lição de Marçal Justen Filho:¹

Os pressupostos de alienabilidade dos bens públicos não constam da Lei n.8.666. Não cabe à Lei de Licitações dispor sobre o regime jurídico dos bens públicos. Portanto e somente por exceção é que se encontram nesse diploma regras indicando os casos em que a alienação é possível e os pressupostos para tanto.

O que se exige é a evidenciação prévia pela Administração de que os requisitos contidos na legislação própria para a alienação encontram-se devidamente atendidos. Embora a ausência de regras na Lei, é óbvio que existem limites à decisão de alienar ou onerar bens públicos. Existem bens públicos por inerência, que não podem ser desafetados. Isso se passa com os "...bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed São Paulo: Dialética, 2002 p.177-178.

valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis”². Há hipóteses em que a Administração está impedida de deliberar pela alienação. Há outros casos em que a Administração tem dever jurídico de promover alienação³. Isso se passa quanto a bens que não sejam inerentemente públicos e que tenham sido integrados no patrimônio público por circunstâncias eventuais, não sendo necessários à realização das finalidades públicas. Assim, por exemplo, suponha-se caso de herança jacente, que acarrete sucessão universal em favor do Estado e que o espólio abranja bens totalmente desvinculados do interesse público. Ou, mesmo, situação derivada de intervenção estatal no domínio econômico, desaparecendo supervenientemente os motivos autorizadores do exercício direto de atividade econômica por parte do Estado. Podem lembrar-se, ainda, situações em que haja controle ou participação do Estado em sociedades privadas, relativamente às quais não exista lei assim autorizando⁴. Em todos esses casos, não há autorização constitucional para permanência da situação. O Estado não pode desempenhar atividade econômica nem manter a situação existente. Estará obrigado a promover a alienação para cumprir os desígnios constitucionais. Excluídas essas duas situações extremas, haverá discricionariedade na decisão de alienar bens, que deverá ser cumpridamente motivada para indicar sua compatibilidade com o interesse público.

² Maria Sylvia Z. Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 73. Ademais, todos os bens inerentes à soberania estatal não podem ser objeto de alienação, nem mesmo mediante lei. Assim, por exemplo, tem de reputar-se juridicamente inexistentes certas avenças que proliferaram na Administração Pública, durante certo período. Eram pactos de transferência do direito de receber receita futura como instrumento de liquidação de dívidas contraídas pela Administração. Ora, o direito de receber receita não pode ser alienado nem cedido.

³ Não se incluem, aqui, comentários acerca de programas governamentais de privatização de empresas, sujeitos a regras específicas.

⁴ CF, art. 37, incs. XIX e XX.

Então, a justificação prévia deverá evidenciar o cabimento da alienação em face da legislação própria e o cumprimento dos eventuais requisitos exigidos para tanto. Ademais disso, deverá determinar os atos subseqüentes, necessários à formalização propriamente dita da alienação.

Por outro lado, a Lei Estadual n.2.598/02, expressamente autorizou a liquidação da AGROSUL.

II DA NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

O art. 17 da Lei n.8.666/93 assim dispõe, *in verbis*:

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

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

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;⁵

⁵ As alíneas “e” e “f” do inc. I e os §§ 4º a 6º do art. 17 constam com a redação introduzida pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994.

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgão ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.

Da leitura do artigo 17 se verifica-se que o presente caso não se encaixa em nenhuma exceção que autorize a dispensa de licitação.

Da mesma forma, a Lei n.273 de 19/10/1981, que trata sobre o regime jurídico dos bens imóveis do Estado, impõe que *in verbis*:

Art. 19 - A venda de imóveis do Estado somente poderá ser efetuada por concorrência ou leilão, salvo se o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno ou empresa pública federal, estadual ou municipal.

Dir-se-á, no entanto, que a licitação pode ser afastada em razão de permissivo legal contido no diploma estadual supracitado, à luz do art. 26 que trata da dação em pagamento *in verbis*:

Art. 26 - A dação de bem público em pagamento de débito será admitida, mediante lei autorizativa e, concomitantemente, expressa autorização do Governador do Estado.

Parágrafo único - A dação em pagamento de débitos será feita mediante prévia avaliação do imóvel, efetivada por três peritos legalmente habilitados.

Todavia, sendo certo que vários armazéns encontram-se arrestados ou penhorados em processos movidos por exequentes diversos, cujos créditos excedem o patrimônio da executada, não há possibilidade de se efetuar quitação via dação em pagamento, senão, mediante venda do ativo em processo de licitação, pelo melhor preço, de modo que, apurado o montante obtido, seja este utilizado integralmente no pagamento das dívidas, cujo saldo remanescente acarretará precatórios.

Assim, verificada a necessidade de licitação, cabe analisar aspectos específicos e pertinentes à questão.

De fato, cabe observar que, reunindo a Lei de Licitações alguns princípios gerais sobre a alienação de imóveis, os quais decorrem de disciplina imposta pela Constituição Federal, deve-se aplicá-la, sobretudo porque o Estado não pode fugir ao seu comando, ou ainda, legislar em divergência a tais princípios.

Nesse ponto, a modalidade de licitação cabível será da concorrência, não havendo necessidade de prévia autorização legislativa, conforme Justen Filho:⁶

A Lei condiciona à autorização legislativa a alienação de imóvel pela Administração direta. A CF/88 determinou ser da competência do Congresso Nacional aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares (arts. 49, XVII, e 188, § 1º). Seria dispensável, perante a Constituição, autorização em lei para alienação de menores dimensões? A resposta é negativa. Como acima afirmado, a autorização legislativa apenas possui valia quando se trata de bem que possa ser desafetado do patrimônio público. Os bens inerentemente públicos não podem ser alienados nem mesmo mediante prévia autorização legislativa. A autorização legislativa deverá ser específica para a alienação, indicando o bem a ser alienado e os limites a serem observados na alienação. Quando se tratar de imóvel de titularidade de entidade da Administração indireta, não se exige a prévia autorização legislativa.

O inc. I determina que a alienação de imóveis, como regra geral, far-se-á através de concorrência. Já o art. 18 determina que a fase de habilitação, na alienação de imóveis, limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia correspondente a 5% da avaliação.

⁶ JUSTEN FILHO, *op.cit.*, 2002, p.178-179.

Quando a lei determina que a alienação se fará pela via da concorrência, pretende que sejam observadas duas regras básicas. A primeira envolve as formas e os prazos de divulgação. Como se trata de concorrência, deverá ocorrer publicação do edital pela imprensa, com observância de prazo de 30 dias. A segunda refere-se à possibilidade de participação de qualquer interessado, assegurada na concorrência (em termos mais amplos do que se passa em convites e tomadas de preços).

Ocorre que a concorrência pressupõe uma fase preliminar e autônoma, destinada ao exame da habilitação do interessado. No caso da alienação, essa fase de habilitação seria um despropósito, pelos motivos acima enunciados. Como visto, a Administração não exigirá senão o pagamento do preço, quando aliena um bem. Por isso, foi necessário editar o art. 18, dispensando o cumprimento de formalidades inerentes à concorrência.⁷

Não se olvide que o art. 19 faculta a possibilidade de utilização de leilão para algumas hipóteses de alienação de imóveis.

Desse modo, parece-nos ser desnecessária *in casu* a autorização legislativa, a despeito dos artigo 5º da Lei n.273/81; *in verbis*:

Art. 5º - Toda alienação dependerá de lei que a autorize, de licitação, prévia avaliação e, concomitantemente, de autorização do Governador do Estado.

De fato, a referida lei trata da alienação de imóveis de domínio direto do Estado, não conflitando com o entendimento acima esposado,

⁷ Além disso, conforme Carlos Ari Sunfeld, *Licitação...*, cit., p. 70, o art. 19, III, faculta a escolha da modalidade **leilão**, quando se tratar de alienação de imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou dação em pagamento.

uma vez que a AGROSUL é entidade da administração indireta do Estado.

Destarte, a Lei Estadual n.2.598/02 houve por bem autorizar a liquidação da AGROSUL, o que se dará, inclusive, pela alienação de seus bens.

Quanto aos requisitos da avaliação prévia e do preço mínimo, deve-se ressaltar que as avaliações judiciais decorrentes de processos executivos encontram-se defasadas, necessitando de atualização monetária, seja pela correção com a aplicação de índice oficial, seja pela consecução de nova avaliação.

Portanto, chegando-se ao valor atual dos imóveis, tal será o valor indicado como preço mínimo:

A alienação nunca poderá fazer-se simplesmente pelo “maior” preço. Há um preço mínimo, obtido através de avaliação, insuscetível de ser ignorado.⁸ Logo, se o maior preço for inferior ao mínimo, a alienação é inviável.

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

Como condição de classificação, as propostas deverão superar o limite mínimo. As propostas com

⁸ Na jurisprudência, há decisão julgando inválida licitação para venda de imóvel cujo domínio fora adquirido através de desapropriação porque somente se procedeu à avaliação administrativa para fins do ajuizamento da ação de desapropriação, mesmo quando o valor adotado na licitação tenha sido muito mais elevado (RJTJESP 77/72).

valor inferior deverão ser desclassificadas, sendo juridicamente impossível cogitar de sua apreciação. Se inexistir proposta igual ou acima do valor mínimo, deverá ser convocada nova licitação, após reavaliação do bem e redução (se for o caso) do valor da proposta mínima aceitável. (Justen Filho, 2002).⁹

Por fim, cabe registrar nossa discordância quanto ao cálculo apresentado pelo Consórcio Egelte/Tratex, na posição de credor frente à empresa AGROSUL (fls. 77/80) uma vez que o resultado encontrado pela Procuradoria de Informática e Cálculo - PIC diverge em aproximadamente R\$ 4.547.000,00 (quatro milhões, quinhentos e quarenta e sete mil reais) para menos.

III CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, faz-se oportuno, tecer algumas considerações sobre eventuais questionamentos que advirão com o desdobramento do caso.

Nesse sentido, cabe observar que os créditos líquidos, certos e exigíveis, reconhecidos por sentença judicial transitada em julgado, são os mais recomendáveis a serem aceitos em pagamento.

Assim, poderá o liquidante aceitar apenas tais créditos ou, conforme a conveniência da Administração, mediante ato motivado, alargar as hipóteses de aceitação, com base na possibilidade de transação em favor do interesse público.

Da mesma forma, é recomendável que apenas o credor com penhora sobre determinado bem a ser leiloado, possa oferecer crédito em pagamento, embora, consideradas as razões acima expostas, seja possível ao administrador incluir outras hipóteses.

⁹ JUSTEN FILHO, *op.cit.*, 2002, p.178.

De qualquer modo, seria evidentemente muito interessante ao liquidante/Estado impor um deságio para a aceitação de crédito como lance, prática usual e lícita.

Ainda é de se registrar a necessidade de manifestação prévia dos órgãos superiores da AGROSUL (Conselho de Administração e Conselho Fiscal), uma vez que a Lei Estadual n.2.598/02 autorizou a liquidação da empresa sem indicar, entretanto, de que modo fazê-la, se conclui que se aplica então a norma de regência legal e estatutária, devendo-se colher a referida manifestação.

Outrossim, sendo certo que se pode alienar determinado bem que esteja sob constrição judicial, desde que mediante licitação, deve-se garantir ao credor que tinha a garantia do Juízo, a sub-rogação no preço, mediante certidão, título ou instrumento hábil ao recebimento do valor devido, sob pena de fraude à execução.

Destarte, qualquer bem poderá ser leiloado administrativamente, desde que não esteja afetado ou já tenha passado à titularidade de outrem. Nesse caso, há que se ter a devida cautela, pois um bem que já foi objeto de leilão judicial, ainda que não emitida a carta de adjudicação, não poderá ser leiloado administrativamente, salvo com o depósito do preço.

Importantíssimo ressaltar ainda que a avaliação judicial porventura realizada pode ser tomada por parâmetro, desde que atual, isto é, até três meses antes do leilão, ou que tenha seus valores monetários corrigidos até a data do edital, através de índice oficial que mais beneficie o Estado.

Finalmente, despiciendo notar que, os créditos trabalhistas terão sempre preferência no recebimento, seja em relação aos bens que forem leiloados em hasta pública, seja - e com maior razão - em relação aos bens que forem leiloados administrativamente e sobre os quais já incidia penhora.

IV CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir que:

- a) impõe-se a alienação dos bens da AGROSUL visando a sua liquidação em atendimento à determinação legal;
- b) a referida alienação dar-se-á mediante processo de licitação na modalidade concorrência, com prévia avaliação e fixação de preço mínimo;
- c) nesse caso, não há necessidade de prévia autorização legal, embora a Lei Estadual n.2.598/02 já autorize a liquidação da empresa;
- d) questão acessória, a ser discutida posteriormente, refere-se ao cálculo do montante do débito da empresa AGROSUL perante o Consórcio Egelte/Tratex, uma vez que, conforme cálculo da PIC, há divergência de 4,5 milhões para menos;
- e) nesse sentido, deve ser encontrado um denominador comum, considerando-se que o Consórcio credor, subrogar-se-á no valor apurado na alienação ou ainda, poderá compensar o seu crédito como forma de pagamento do preço ofertado na licitação.

Esse o parecer, salvo melhor entendimento.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2003.

Marcos Costa Vianna Moog
Chefe da Procuradoria Especializada de
Assuntos Administrativos

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 057/2003 - PAANº 028/2003, firmado pelo Procurador do Estado Marcos Costa Vianna Moog, da Procuradoria de Assuntos Administrativos, acostado às folhas 126-138, do processo em destaque.

2 . À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão ao Procurador-Chefe de Assuntos Administrativos; e

c) extrair cópias desta decisão e do Parecer ora aprovado, destinando-as ao Diretor-Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul.

Campo Grande, MS, 07 de outubro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 062/2003

PARECER PP/ Nº 024/2003

Processo n.13/200.754/2002

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Interessado: Ramão Insfran Rodrigues.

Assunto: Inclusão de menor sob guarda como dependente.

EMENTA - MENOR SOB GUARDA - DEPENDENTE DE SEGURADO EQUIPARADO A FILHO - PREVISÃO CONTIDA NO ART. 6º, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 2.207/2000 - ILEGALIDADE POR AFRONTA AOS ARTIGOS 16, § 2º DA LEI Nº 8.213/91, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/97 E ART. 5º DA LEI Nº 9.717/98 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AFRONTA ART. 40, § 12 E 195, §5º.

A Lei Estadual n.2.207/2000, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, que prevê a possibilidade do menor sob guarda figurar como dependente do segurado na condição de filho equiparado, padece dos vícios de ilegalidade, ante a ausência de previsão no Regime Geral de Previdência (art. 16, § 2º Lei n.8.213/91, na redação da Lei n.9.528/97), vulnerando o disposto no art. 5º da Lei n.9.717/98 e art. 40, § 12 e art. 195, 5º da Carta Magna.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

I RELATÓRIO

Tendo em vista o requerimento de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado do MS-PREV, formulado por Ramão Insfran Rodrigues, por meio do processo n.13/200.754/02, solicitou o Senhor Secretário de Gestão de Pessoal e Gastos da época, manifestação da Procuradoria-Geral do Estado a respeito do pedido.

O requerimento veio acompanhado de cópia do documento de identidade do interessado (f. 03), cópia da certidão de nascimento do menor Carlos Henrique Espíndola, neto do interessado (f. 04), Termo de Guarda Provisória de menor (f. 05) e ficha cadastral do segurado (f. 06).

Em seguida, foi elaborado Relatório Social (f. 08/09), e anexada cópia do Termo de Guarda de Menor e decisão judicial que a concedeu (f. 11/12), bem como cópia da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Rendas (f. 14).

Por intermédio da Manifestação n.1351/02/AJ/CPREV/SEGES, a Assessoria Jurídica da SEGES opinou pelo deferimento do pedido, com fulcro no art. 6º, § 2º, inciso II da Lei n.2.207/00.

Foi então que o Diretor Executivo do MS-PREV à época suscitou dúvida, argumentando que, apesar da Lei n.2.207/00 prever a possibilidade do menor sob guarda ser considerado dependente do segurado do MS-PREV, tal direito não encontra correspondência na legislação federal, além da infinidade de simulações deduzidas em Juízo para obtenção de guarda de menores de segurados que não possuem outros dependentes obrigatórios.

Por fim, solicita consulta à Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de firmar a melhor interpretação da lei aplicável ao caso.

É o relatório.

II PREVISÃO LEGAL DE INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL

A Lei Estadual n.2.207, de 28.12.2000, estabelece, em seu art. 6º, os beneficiários do regime de previdência social do nosso Estado, na condição de dependente do segurado, destacando, *in verbis*:

Art. 6º São beneficiários do regime de previdência social de que trata esta Lei, na condição de dependente do segurado:

(...)

II - os filhos solteiros, menores de dezoito anos ou inválidos;¹

Buscando alargar tal rol de dependentes, o § 2º do mesmo artigo enumera as pessoas que podem ser consideradas dependentes do segurado, equiparadas a filho, *in verbis*:

Art. 6º (...)

(...)

§ 2º Equipara-se a filho, nas condições do inciso II, mediante declaração do segurado, desde que não tenha qualquer vinculação previdenciária, quer como segurado, quer como beneficiário dos pais ou de outrem:

(...)

II - o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; (grifo nosso)

Portanto vislumbra-se que a nossa legislação previdenciária contempla o menor sob guarda como dependente do segurado, equiparado a filho.

Entretanto tal dispositivo encontra-se em desacordo com a legislação federal e com a própria Constituição Federal, conforme passaremos a demonstrar.

III ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO CONTIDA NO ART. 6º, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 2.207/00

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar as competências legislativas concorrentes fixadas pela Constituição Federal no artigo 24, XII, bem como merece destaque o disposto no art. 25 e § 1º, *in verbis*:

¹ Redação dada pela Lei n.2.590 de 26.12.2002.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.
(grifo nosso)

O estabelecimento da competência concorrente dos Estados para legislar sobre previdência social é garantia constitucional que não pode ser olvidada.

Assim, os Estados têm liberdade para legislar, concorrentemente, sobre previdência social, observados aos limites que a seguir serão abordados (regras gerais).

Portanto, observadas certas limitação, o Estado tem o direito de produzir sua própria legislação previdenciária, que regulará o seu Regime Próprio.

Vale destacar que o art. 40, *caput*, da Carta Magna estabelece, *in verbis*:

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

(...)

Depreende-se, pois, que os Estados devem cumprir a determinação constitucional e assegurar aos servidores titulares de cargos efetivos regime de previdência de caráter contributivo, os quais deverão observar certas disposições ditadas pela própria Carta Magna,

em especial o § 12 do art. 40, que ganhou destaque após a Emenda Constitucional n.20, de 15.12.1998, que determina, *in verbis*:

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

Tal regra encerra um comando ao legislador ordinário estadual para que, ao instituir o regime próprio de previdência dos servidores públicos, observe os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência, no que couber. Em outros termos, os regimes próprios não estão obrigados a repetir exatamente as mesmas regras ditadas para o Regime Geral, já que a própria Carta Magna garante aos Estados o direito de legislar concorrentemente sobre previdência social, mas devem observar certos requisitos e critérios.

Nessa linha, foi editada a Lei Federal n.9.717, de 27.11.1998, que disciplina as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, donde destacamos o comando insculpido no art. 5º:

Art. 5º - Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos do previsto no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. (grifo noso)

Buscando-se uma interpretação sistemática das normas em questão, tem-se que os entes federados podem legislar concorrentemente sobre previdência social, devendo, no entanto, observar as regras gerais estabelecidas pela legislação federal.

Seguindo esse entendimento, conclui-se que o Regime Geral de Previdência Social, com a Lei Federal n. 8.213/91, contempla o rol

máximo de benefícios e de beneficiários, ficando vedado aos regimes próprios concederem benefícios ou contemplarem beneficiários além daquilo que determina a regra geral.

O intuito de tal regra foi o de aproximar ao máximo os direitos previdenciários dos servidores públicos daqueles concedidos aos trabalhadores comuns, abrangidos pelo Regime Geral, tentando coibir certos privilégios na busca de se alcançar uma certa igualdade em termos de benefícios previdenciários entre setor público e setor privado.

Portanto, o Regime Geral de Previdência Social, na Lei Federal n.8.213/91, contém o rol máximo de benefícios e beneficiários, ficando garantido aos Regimes Próprios a prerrogativa de estabelecer somente os benefícios e contemplar apenas os beneficiários que não venham a comprometer o seu equilíbrio financeiro e atuarial, conforme determina o art. 40, *caput* da Constituição Federal, além de ser necessária a garantia da fonte de custeio para qualquer benefício, conforme exige o art. 195, § 5º, que dispõe, *in verbis*:

Art. 195 (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

No que tange ao rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o art. 16, § 2º da Lei Federal n.8.213/91 **não mais contempla** a hipótese de menor sob guarda.

Tal previsão foi extirpada do Regime Geral pela Medida Provisória n.1.523, de 11.10.1996, posteriormente convertida em Lei Federal n.9.528, de 10.12.1997, como se pode observar da sua redação, *in verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um anos) ou inválido;

(...)

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (grifo nosso).

Dessa forma, o menor sob guarda não mais pode ser considerado dependente do segurado e, portanto, não faz jus a qualquer benefício.

A hipótese de dependente equiparado a filho ficou limitada às hipóteses de enteado ou menor tutelado.

A propósito, esclarece Sérgio Pinto Martins:²

O menor que estiver sob a guarda do segurado não mais será considerado dependente. A guarda sai da hipótese de dependência em razão dos absurdos que eram cometidos, pelo requerimento de inclusão de menor sob a guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social. Isso onera a previdência e descaracteriza a ordem normal das coisas.

Está-se diante de um caso em que o mau uso e o abuso de um direito acabaram gerando a sua própria extinção, com punição dos que agiam de má-fé, mas em prejuízo às pessoas que agiam com honestidade e boa-fé.

Entretanto, como não é possível fazer tal distinção na lei em abstrato e ante a dificuldade em se detectar as fraudes, preferiu o legislador abolir a hipótese, contemplando apenas os casos de enteados e de menor sob tutela.

²MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.311.

Vale lembrar que a tutela ocorre em situações mais extremas do que a guarda. Esta visa apenas regularizar a posse de fato do menor, enquanto aquela tem lugar nos casos em que falecem os pais ou sejam declarados ausentes, bem como na hipótese de perda do poder familiar.

Algumas outras questões são muito bem explicadas pelo citado doutrinador, ao expressar que a nova redação do art. 16, § 2º da Lei Federal n.8.213/91, conferida pela Lei Federal n.9.528/97:

1. não está em desacordo com o inciso II do § 3º do art. 227 da Constituição Federal;
2. não viola o princípio da isonomia contido no art. 5º, caput, da Carta Magna;
3. derogou o § 3º do art. 33 da Lei n.8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os fundamentos em relação ao item 1 são os seguintes:

No caso em tela, não se verifica limitação à abrangência do inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição pelo § 2º do art. 16 da Lei n.8.213, quando exclui o menor sob guarda da condição de dependente. O citado dispositivo constitucional diz respeito ao menor como segurado, como trabalhador, tanto que o mesmo inciso faz referência à proteção trabalhista, que só pode referir-se a quem é trabalhador. Não se está tratando de questão de dependente. Logo, a lei ordinária pode versar sobre o assunto, excluindo o menor sob guarda da condição de dependente.³

Verifica-se, portanto, que a limitação imposta ao rol de dependentes, excluindo o menor sob guarda, não está em confronto com o inciso II do § 3º do art. 227 da Constituição Federal, até mesmo porque tal dispositivo constitucional é de eficácia limitada, dependendo de previsão legal para sua implementação.

³ MARTINS, *op. cit.*, p. 311.

Em estrito cumprimento ao princípio da reserva legal (art. 5º, II da Constituição Federal), as garantias de que fala a Carta Magna devem vir previstas na lei, com indicação dos benefícios e condições oferecidas, inclusive de dependente.

No que diz respeito ao item 2, esclarece Sérgio Pinto Martins:

Não vejo inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei n.8.213 sob violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da Constituição), em razão de que a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como de a lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.⁴

Conforme já dito alhures, a guarda de menor é instituto diverso da tutela, pois, enquanto a guarda visa regularizar a posse de fato, a tutela é bem mais ampla, além de ser maior a dificuldade em se obter a tutela do que a guarda.

Em sendo diferentes as situações base, não há que se falar em isonomia, estando a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes em pleno acordo com o art. 5º, *caput* da Carta Magna.

Quanto ao argumento exposto no item 3, diz o doutrinador:

Entendo que o § 3º do art. 33 da Lei n.8.069 foi derogado pela previsão do § 2º do art. 16 da lei n.8.213 na nova redação determinada pela Lei n.9.528, pois a lei posterior revoga a anterior quando seja incompatível com esta última (§ 1º do art. 2º da LICC). É o que ocorre na disposição do § 2º do art. 16 da Lei n.8.213 que é incompatível com a previsão do § 2º do art. 33 da Lei n.8.069. Dessa forma, o menor sob guarda não mais é dependente para fins previdenciários.

⁴ Idem, p.311-312.

Tem-se, portanto, que à hipótese se aplica a regra prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que a lei posterior revoga a anterior naquilo em que for incompatível.

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/90), em seu art. 33, § 3º⁵, previsse que a guarda conferia à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário, tal norma é anterior à nova redação do art. 16, § 2º da Lei n.8.213/91 dada pela Lei n.9.528/97, estando, portanto, derogado.

Assim, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado não ofende qualquer dispositivo legal ou constitucional.

No entanto, o Estado de Mato Grosso do Sul, ao instituir o seu Regime Próprio de Previdência Social, nos moldes do art. 5º da Lei Federal n.9.717/98, por meio da Lei Estadual n.2.207/00, de 28.12.2000, elencou, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, o menor sob guarda como dependente do segurado.

Tal hipótese extrapola aquelas previstas para o Regime Geral de Previdência e não pode ser aceita como legal e constitucional, pois vulnera o disposto no art. 5º da Lei n.9.717/98, bem como no art. 40, §12 e 195, § 5º, da Constituição Federal.

IV CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se que a Lei Estadual n.2.207/00, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, padece dos vícios de ilegalidade, por contrariar a legislação federal (art. 16, § 2º Lei n.8.213/91, na redação da Lei n.9.528/97 e art. 5º da Lei n.9.717/98) e a própria Constituição Federal (art. 40, § 12 e 195, §5º).

⁵ Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Dessa forma, sugere-se que não seja o referido dispositivo legal aplicado no âmbito da Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, inclusive com encaminhamento de sugestão de alteração legislativa ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Gestão Pública, a fim de excluir da Lei n.2.207/00 a previsão de enquadramento do menor sob guarda como dependente do segurado (art. 6º, § 2º, inciso II).

Quanto ao pedido em questão, opina-se pelo seu indeferimento, ante a ilegalidade e inconstitucionalidade da norma garantidora do direito pretendido (figuração de menor sob guarda como dependente de segurado).

Feitas essas considerações, submeto a presente manifestação à sua apreciação.

Campo Grande, MS, 07 de novembro de 2003

Suleimar Sousa Schröder Rosa
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, sem qualquer acréscimo ou reparo, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 062/2003 - PP Nº 024/2003, subscrito pela Procuradora do Estado Suleimar Souza Schröder Rosa, da Procuradoria de Pessoal, acostado às folhas 22-34, do processo em destaque.

2 . Destacada a parte subjetiva do processo sob análise da Procuradoria-Geral do Estado, na qual se opina pelo indeferimento do pleito preambular formulado pelo servidor, resta analisar que emerge

do Parecer ora aprovado que o inciso II, do § 2º, do artigo 6º, da Lei (Estadual) n.2.207, de 28.12.2000, padece do vício de ilegalidade, por afrontar o artigo 16, § 2º, da Lei (Federal) n.8.213, de 24.07.1991, na redação que lhe foi dada pela Lei (Federal) n.9.528/97, e artigo 5º da Lei (Federal) n.9.717/98, e do vício de inconstitucionalidade, por ofender o § 12, do artigo 40, e o § 5º, do artigo 195, todos da Constituição Federal.

A alegação de lesão constitucional ensejaria, por certo, a determinação de interposição de ação direta de inconstitucionalidade para afastar o dispositivo enfocado do mundo jurídico, uma vez que “*nula é toda lei oposta à Constituição*”¹, conforme decidido em fevereiro de 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *William Marbury v. James Madison*.

Contudo a ofensa à Constituição Federal é reflexa, o que não autoriza a abertura de controle concentrado de constitucionalidade. Diz-se ser reflexa a ofensa, uma vez que, para se decidir pela inconstitucionalidade, existe a necessidade de ser perquirida a legislação infraconstitucional, razão por que, nestes casos, a Corte Excelsa tem afastado o controle direto².

Esta a razão por que o Supremo Tribunal Federal não conheceu a ADI-1540-1/MS, interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, questionando o artigo 57, caput, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei Complementar (Estadual) n.53/90, não obstante tenha decidido que “*o Estado-membro pode legislar sobre a matéria desde que de forma similar ao que dispuser a lei federal; no caso, esta proíbe a concessão do especial privilégio impugnado (art. 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 62 do Estatuto dos Militares - Lei n.6.880/80)*”, e que, “*o impugnado art. 57 afronta diretamente à lei federal, não à Constituição, e, em*

¹ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.1-29.

²“*Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC nº 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI n.1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.*” (Pleno, ADI-1670/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.10.2002, p. DJU de 08.11.2002, p. 21).

conseqüência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade” ³. (destaques no original).

No caso presente, a situação é a mesma: o dispositivo questionado (art. 6º, § 2º, inc. II, da Lei n.2.207/00) é flagrantemente ilegal e inconstitucional, mas a Carta da República é atingida reflexamente, de modo que o controle de constitucionalidade somente pode ocorrer na forma indireta, difusa, razão pela qual deixo de determinar a elaboração de petição para a instauração do processo objetivo referido.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

- a) proceder aos registros de praxe;
- b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado citada e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e
- c) providenciar o recâmbio dos autos à origem.

Campo Grande, MS , 17 de novembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

³ Pleno, ADI-1540-1/MS, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25.06.1997, p. DJU de 16.11.2001.

PARECER PGE /Nº 063/2003

PARECER PP/Nº 026/2003

Processo n. 15/001139/2003

Interessado: Secretário de Justiça e Segurança Pública.

Assunto: Análise dos artigos 13, 84, 118 e 152, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil).

1. A POSSIBILIDADE DE REVISÃO, A QUALQUER TEMPO, DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FINDO, NOS CASOS ELENCADOS NO ARTIGO 152, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 038/89, NÃO AFRONTA O PRAZO PRESCRICIONAL ESTABELECIDO PELO ARTIGO 84, DA MESMA LEI. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE SE JUSTIFICAM PELA PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL EM PROCEDIMENTOS ACUSATÓRIOS.

2. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO PERMITE A INTERRUPÇÃO AD ETERNUM DA PRESCRIÇÃO, QUE RECOMEÇARÁ A CORRER POR INTEIRO, A PARTIR DO DIA EM QUE CESSAR A INTERRUPÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 118, PARÁGRAFO 2º, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) N.038/89 ANALOGICAMENTE COM O ARTIGO 240, PARÁGRAFO 4º, DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO (LEI N.1.102/90).

3. LIMITAÇÃO ETÁRIA PARA INGRESSO NA CARREIRA DA POLÍCIA CIVIL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE SEJA CRITÉRIO IGUALITÁRIO PREVISTO PARA TODOS OS CANDIDATOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º, DO ARTIGO 13, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) N.038/89, QUE

AFRONTA O ARTIGO 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A MEDIDA EM QUE TRAZ TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA QUEM JÁ INTEGRA OS QUADROS DA CORPORAÇÃO.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

I RELATÓRIO

O Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, Deputado Dagoberto Nogueira Filho, encaminha a esta Procuradoria-Geral consulta formulada pelo Diretor-Geral da Polícia Civil, Dr. Milton Watanabe Tocikazu, a respeito da aplicabilidade de alguns dispositivos da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil).

Solicita a emissão de parecer normativo para firmar interpretação sobre prescrição em sindicância e processo administrativo disciplinar e ainda sobre a exigência de idade para ingresso na carreira da Polícia Civil.

É a síntese do necessário.

Passamos às indagações, respondendo-as em seguida:

II PRESCRIÇÃO EM SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O consulente afirma que há aparente conflito entre o artigo 84 e o artigo 152, ambos da Lei Orgânica da Polícia Civil, questionando se existe contradição entre as normas e qual dos dois dispositivos merece aplicabilidade.

Vejamos a redação dos preceitos indicados para análise, *in verbis*:

Art. 84. O direito de pleitear na esfera administrativa prescreverá:

I - em cinco anos, quanto aos atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e aos referentes à matéria patrimonial;

II - em cento e vinte dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for estabelecido em lei.

Art. 152. Admitir-se-á a qualquer tempo, a revisão do processo administrativo disciplinar findo, mediante recurso do punido:

I - quando a decisão for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos;

II - quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou viciados;

III - quando, após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorize pena mais branda.

Não se infere dos preceitos supra, qualquer conflito ou contradição de normas. O artigo 84 traz a regra geral referente à prescrição administrativa, fixando lapso temporal certo para o pleito. Por sua vez, o artigo 152 traz hipóteses excepcionais, em que não há prescrição, podendo haver revisão do processo administrativo disciplinar findo a qualquer tempo.

Fazendo a interpretação conjunta dos dispositivos, conclui-se que o servidor terá cinco anos para pleitear, na esfera administrativa, quanto aos atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e matéria patrimonial, bem como terá cento e vinte dias para os demais casos, salvo outro prazo estabelecido em lei (artigo 84). Porém, quando a decisão do processo administrativo disciplinar for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos; quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou viciados; ou quando se descobrirem novas

provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorizem pena mais branda, a revisão poderá ser feita a qualquer tempo (artigo 152).

Denota-se, portanto, que o artigo 84, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, traz a regra geral sobre prescrição administrativa, que é excepcionada pelo artigo 152, para os casos específicos que elenca.

Hipótese idêntica é prevista no Estatuto dos Servidores da União (artigo 174, da Lei n.8.112/90) e no Estatuto dos Servidores do Estado (artigo 281, da Lei Estadual n.1.102/90) e justifica-se pela identidade existente entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal, sendo certo que este prevê no artigo 621 de seu Código Instrumental, a revisão dos processos criminais findos, a qualquer tempo, em casos semelhantes.

Isso porque a intangibilidade das decisões, em processos acusatórios, deve ceder ante os imperativos da Justiça, dando-se prevalência à verdade real e não à verdade formal. Permite-se, dessa forma, a revisão do processo administrativo a qualquer tempo, nos casos expressos em lei.

Pelo exposto, e respondendo as indagações formuladas, não se verifica conflito entre os dois dispositivos da Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado, sendo certo que ambos merecem aplicabilidade, dependendo do caso concreto a ser analisado.

III INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Outra questão colocada refere-se à interrupção da prescrição pela instauração de Sindicância ou Procedimento Administrativo Disciplinar. A autoridade pergunta se o procedimento permite a interrupção eterna, como dá a entender o artigo 118, § 2º, da Lei de Regência.

O mencionado artigo trata da extinção da punibilidade e preconiza, *in verbis*:

Art. 118. Prescreverá:

I - em sessenta dias a falta sujeita à pena de repressão;

II - em dois anos, a falta sujeita às penas de suspensão;

III - em cinco anos, a falta sujeita:

a) à pena de demissão;

b) à cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - A falta também prevista em lei penal como crime prescreverá juntamente com este.

§ 2º - O curso da prescrição começa a fluir da data do evento disciplinar, e se interrompe pela instauração de Sindicância ou de Processo Administrativo Disciplinar. (grifo nosso)

Como alertado na consulta, a lei não menciona se o prazo prescricional recomeça a correr, sugerindo que permanece suspenso indefinidamente, o que não se pode aceitar, haja vista a necessidade de estabilização das relações jurídicas.

Dessa forma, é preciso alterar a lei em discussão, para que traga, em um terceiro parágrafo, o marco do recomeço da contagem prescricional.

Insta destacar, ainda, que o prazo recomeçará a contar por inteiro, pois se trata de interrupção, e não de suspensão.

Enquanto o adendo não ocorre, pode-se utilizar analogicamente a regra inserta no artigo 240, parágrafo quarto, da Lei (Estadual) n.1.102/90 (Estatuto dos Funcionários Civis do Estado) que regula:

Art. 240 (...)

§ 4º - Suspensa a prescrição, esta recomeçará a correr pelo restante, a partir do dia em que cessar a suspensão.

No entanto, deve-se atentar ao fato de que o Estatuto do Servidor traz hipótese de suspensão, no qual o prazo recomeça pelo restante, diferente do que ocorre na Lei Orgânica da Polícia Civil, na qual a instauração de Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar interrompe a prescrição.

Desse modo, para preservar o espírito da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 e para evitar a interrupção *ad eternum* da prescrição, a melhor interpretação será aquela que considerar interrompido o prazo pela instauração da Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, recomeçando o lapso por inteiro, no dia em que cessar a interrupção.

IV LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA

Por derradeiro, a autoridade consulente indaga acerca da constitucionalidade do disposto no artigo 13, inciso II e parágrafo 1º, da lei em comento, que fixa limitação etária para ingresso na Polícia Civil, fazendo diferenciação deste requisito para os candidatos que já são integrantes do Grupo, bem como para aqueles que são policiais civis de outros estados.

O dispositivo, com as alterações da Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999, restou assim redigido:

São requisitos mínimos para o ingresso na Polícia Civil:

I - (...)

II - ter, no mínimo, 18 anos completos e, no máximo, 40 anos incompletos na data do encerramento das inscrições no concurso;

(...)

§ 1º - Os integrantes do Grupo Polícia Civil do Estado estão isentos do limite de idade de que trata o inciso II deste artigo, e aos policiais civis de outras unidades da federação, desde que estáveis, o limite acima referido será de 45

(quarenta e cinco) anos incompletos na data do encerramento das inscrições.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso I, dispõe a respeito do acesso aos cargos, empregos e funções públicas da seguinte forma:

Art. 37 (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (grifo nosso)

Verifica-se, pois, que a Carta Magna remete à lei, os requisitos imprescindíveis para o acesso ao serviço público. Desse modo, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que na regulamentação desse direito de acesso, há possibilidade de fixação de requisitos razoáveis, desde que compatíveis com o princípio da igualdade, para o provimento de cargos, empregos e funções públicas.

Igualmente, será possível a limitação do acesso em face da fixação de limite de idade, *desde que compatível com a atribuição a ser exercida*, ou seja, mostre-se compatível com o conjunto de atribuições inerentes ao cargo a ser preenchido.¹

Ocorre que a lei estadual sob foco é discriminatória, na medida em que exige idade máxima de 40 (quarenta) anos para alguns candidatos (que não pertencem ao Grupo Polícia Civil), aumenta a faixa etária para 45 (quarenta e cinco) anos para outros (policiais de outros estados) e isenta do requisito aqueles que já pertencem ao quadro estadual. Como se vê, não há razoabilidade nessa diferenciação, pois há afronta expressa ao princípio da isonomia, garantido pela *Lex Fundamentalís*, em seu artigo 5º, *caput*.

Vislumbra-se, portanto, que a lei pode exigir idade máxima para ingresso na corporação, desde que tal exigência seja paritária, ou seja, que o requisito seja observado por todos os candidatos.

¹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo : Atlas, 2002. p. 822.

Nesse sentido, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMITAÇÃO DE IDADE - CONCURSO PÚBLICO - AGENTE DE POLÍCIA CIVIL - DISCRIMINAÇÃO - INCONSTITUCIONAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A administração pública pode impor restrição que guarde pertinência com o cargo a ser exercido. Contudo, é necessário que a diferenciação possua uma justificativa lógica diretamente relacionada à natureza e atribuições do cargo. Havendo lei que dispensa a limitação etária dos que já são servidores públicos, resta evidente a discriminação inconstitucional.² (grifo nosso)

Ainda, julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONCURSO PÚBLICO - INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO FUNDADA EM IMPOSIÇÃO LEGAL DE LIMITE DE IDADE, QUE CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, ARTS. 5º E 7º, XXX) - SEGURANÇA CONCEDIDA - A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar com imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores

² TJMS. 4ª Turma Cível. AC 2002.005142-0 - outubro de 2002.

públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado. Precedentes: RMS 21.046, 14.12.1990, Pertence; RMS 21.033, 01.03.1991, Velloso.³ (grifo nosso).

E do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE. DISPENSA PARA FUNCIONÁRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA.

I - Contém discriminação arbitrária o dispositivo editalício que estabelece idade-limite, para inscrição em concurso público, apenas para o não funcionário.

II – Nega-se a segurança quando ocorrente o prazo decadencial.

III - Recursos conhecidos e providos, com exceção para o recorrente que impetrou tardiamente o *mandamus*.⁴ (grifo nosso).

Do voto do relator extrai-se o seguinte excerto:

(...)

O mesmo acerto, contudo, não pode ser reconhecido no aresto quanto tem por correto o preceito editalício que estabeleceu limite máximo de idade apenas para o concorrente que não seja funcionário público.

Não por entender ser de todo impossível estabelecer-se limite de idade para o ingresso no serviço público, visto que não me filio à corrente

³ STF - RE 156404 - BA - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 01.10.1993.

⁴ STJ - 1ª Turma. ROMS 1.330-0 - RS - Rel. Min. Cesar Rocha. 16.12.1992.

dos que assim se posicionam.

É que tenho por arbitrária a discriminação constante do edital quando, por um lado, estabelece a regra da limitação de idade para que se possa participar do exame mas, por outro, permite ao funcionário público concorrer mesmo já contando com anos de vida que ultrapasse o limite fixado.

É essa discriminação que repudio, pois essa circunstância demonstra que o limite de idade imposto não tem explicação razoável.

(...) (grifo noso)

Destarte, o artigo 13 da Lei de Regência da Polícia Civil Estadual é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os iguais. Nesse diapasão, deve deixar de ser observado pela Administração Pública, posto ser inconstitucional.

Sobre a não obediência de lei inconstitucional, Alexandre de MORAES leciona:

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.⁵ (grifo nosso)

Na mesma esteira, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12 ed.. São Paulo : Atlas, 2002. p.580.

Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou às leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que, por ato administrativo formal e expresse, declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste.⁶ (grifo nosso)

No mesmo sentido: RTJ 2/386, 32/134, 33/336, 41/669, 96/469; RDA 140/49, 56/295, 85/212; RT 374/153, 354/153, 358/130; RDP 26/68, 2/150, 5/234.

Diante do exposto, a inobservância imediata do dispositivo mencionado é medida que se impõe.

V CONCLUSÃO

Ex positis, responde-se às questões colocadas sob consulta, sugerindo-se, nesta oportunidade, que sejam tomadas providências para:

- 1) Inserção de parágrafo no artigo 118, da Lei Complementar (Estadual) n.038/90, para que regule o reinício do prazo prescricional;
- 2) Revogação do disposto no parágrafo 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, ou então, viabilização de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o parecer, *sub censura*.

⁶ TJSP - 3ª Câmara Civil - Ap. n.220.155-1 - Campinas, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, decisão: 14.02.1995. RTJ 96/496.

Campo Grande, MS, 14 de novembro de 2003.

Renata Corona Zuconelli
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com os reparos e acréscimos que seguem, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26 de dezembro de 2001, o PARECER PGE Nº 063/2003 - PP Nº 026/2003, subscrito pela Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, da Procuradoria de Pessoal, acostado às folhas 09-20, do processo em destaque.

2. Ressalto, inicialmente, o meritório objetivo da consulta formulada, de evitar discussões administrativas e judiciais quanto aos temas nela versados, posição que todo administrador público deve ter, por observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, e por respeito aos cidadãos.

3. Nenhuma ressalva faço às considerações postas quanto aos artigos 84 e 152, da Lei Complementar (Estadual) n.038, de 12.01.1989, objeto de análise do tópico II, do Parecer ora aprovado.

4. No que concerne ao tópico III, que trata da interrupção da prescrição, matéria afeta ao artigo 118, § 2º, do diploma legal em foco, trago algumas observações, a saber:

a) a prescrição na esfera administrativa consiste na *“extinção do direito de punir que lei a impõe à autoridade administrativa, no caso de não usar ela, no momento adequado e durante certo lapso de tempo, das prerrogativas que lhe confere o Estatuto dos Funcionários no capítulo das infrações”*¹;

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 414.

b) com relação aos policiais civis, o dispositivo em comento estabelece a **interrupção** do prazo prescricional pela instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, o que dá azo a que o prazo tem recomeço por inteiro quando cessada a causa que o interrompeu²;

c) à sindicância e ao processo administrativo disciplinar se aplica o **princípio da oficialidade ou impulsão**³, pelo que não pode o

² “A interrupção da prescrição inutiliza a prescrição já começada. Differe da suspensão, em que, nesta, a prescrição continua o seu curso, logo que desaparece o impedimento, e, na interrupção, o tempo decorrido, anteriormente, fica perdido para o prescribente, que, aliás, pôde, depois do acto interruptivo, iniciar nova prescrição”. (sic). (BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil*. 4 tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 451). “As causas suspensivas da prescrição são as que, temporariamente, paralisam o seu curso; superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr, computado o tempo decorrido antes dele. [...]. As causas interruptivas da prescrição são as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interromper”. (DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159 e 161). “Debe distinguirse la suspensión de la interrupción y remisión de los términos. Existe suspensión cuando el término cesa de operar pero puede continuar corriendo a partir del cese de la suspensión. En esta hipótesis, ha corrido en parte antes de producirse la suspensión y continúa luego produciendo efectos hasta terminar de correr en la parte faltante”. (GODILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo : el procedimiento administrativo*. 4. t. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VIII-20).

³ “O princípio da oficialidade ou da impulsão atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular; uma vez iniciado, passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete seu impulsionamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão. Outra consequência deste princípio é a de que a instância não perime, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 646). Outro não é o entendimento na Argentina, *in verbis*: “Oficialidad. En mérito a la tutela del interés público, se impone a la autoridad administrativa el deber de dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El principio de la impulsión de oficio domina en el procedimiento administrativo; en tanto el principio dispositivo o a instancia de parte prevalece en el proceso administrativo”. (DORMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 768-9).

administrador postergar *ad eternum* o seu término. A legislação estabelece prazos para a conclusão da sindicância e do processo administrativo disciplinar, que haverão de ser respeitados pelo administrador, sob pena de ser responsabilizado por abuso de poder decorrente da omissão, que enseja correção judicial e indenização ao prejudicado⁴, sendo possível que o Judiciário o obrigue a decidir em prazo certo⁵. Não há necessidade de se fixar quando recomeça a contagem do prazo prescricional, isso porque, a toda evidência, tal se dará quando cessada a causa de interrupção.

Como conseqüência, coloco reparo ao argumento de que “é preciso alterar a lei em discussão, para que traga, em um terceiro parágrafo, o marco do recomeço da contagem prescricional” e na sugestão de aplicação analógica do artigo 240, § 4º, da Lei (Estadual) n.1.102, de 10.10.1990 (fl. 13), que versa sobre a suspensão, e não a interrupção do prazo prescricional.

5. Acrescento, em relação ao tópico IV - Limite de Idade para Ingresso na Carreira, que é possível a fixação de limites de idade, mínimo e máximo (CF, art. 37, inc. I c/c art. 39, § 3º), e que a inconstitucionalidade apontada recai somente em relação ao § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, na redação dada pela Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999⁶, porque contraria os princípios da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), além de afrontar o artigo 3º, inciso IV, o artigo 5º, *caput*, o artigo 7º, inciso XXX c/c o artigo 39, § 3º, todos da Carta Federal.

6. Como corolário do acima exposto, decido, em relação ao Parecer ora aprovado, com manutenção da ementa apresentada:

⁴ FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade do Estado : indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, v. 57-58, p. 7-17, 1981.

⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 559/67. Sobre o assunto, consulte-se: BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. v. 1: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206-8; MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 106-7.

⁶ “Art. 13. (...). § 1º. Os integrantes do Grupo Polícia Civil do Estado estão isentos do limite de idade de que trata o inciso II deste artigo, e aos policiais civis de outras unidades da Federação, desde que estáveis, o limite acima referido será de 45 (quarenta e cinco) anos incompletos na data do encerramento das inscrições”.

a) excluir a sugestão n.1, do item V - Conclusão, de inserção de um parágrafo ao artigo 118, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89;

b) fixar interpretação administrativa, com espeque no inciso IV, do artigo 2º, combinado com o inciso XVI, do artigo 8º, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, no sentido de que o § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038, de 12.01.1989, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999, porta vício de inconstitucionalidade por afrontar aos princípios da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), além de malferir o artigo 3º, inciso IV, o artigo 5º, *caput*, o artigo 7º, inciso XXX c/c o artigo 39, § 3º, todos da Carta Federal;

c) recomendar aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública e de Gestão Pública, e ao Diretor-Geral da Polícia Civil que, nos editais de concurso público para provimento de cargos do Grupo Polícia Civil, não incluam a restrição prevista no § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, mesmo enquanto não revogado o dispositivo;

d) determinar à Chefe da Procuradoria de Pessoal que, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, seja elaborada, no âmbito da Especializada, minuta de anteprojeto de lei complementar com o escopo de revogar o § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, encaminhando-a aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública, de Gestão Pública e de Coordenação-Geral do Governo, e ao Diretor-Geral da Polícia Civil, para conhecimento e providências. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, em hipótese na qual a Assembléia Legislativa do Estado não se manifestou contrariamente (como ocorreria, *verbi gratia*, na rejeição de veto), é medida extrema e demorada, sendo mais recomendável, primeiramente, a tentativa de revogação legislativa.

7 . À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros de praxe;

b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e

c) destinar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública, de Gestão Pública e de Coordenação-Geral do Governo, bem assim, ao Diretor-Geral da Polícia Civil.

Campo Grande, MS, 17 de novembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 065/2003

PARECER PP/Nº 025/2003

Processo n. 31/300397/2002

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Interessado: Rosalvino Nunes da Mota.

Assunto: Passagem para Reserva Remunerada "ex-officio".

EMENTA - PASSAGEM PARA A RESERVA REMUNERADA "EX OFFICIO" - ATINGIMENTO DA IDADE LIMITE PARA O POSTO OU GRADUAÇÃO - PROVENTOS CALCULADOS COM BASE NO SOLDADO INTEGRAL - LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N.53/90.

Os dispositivos legais da Lei Complementar n. 53/90, que tratam da passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral, não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois em consonância com o disposto nos artigos 42, § 1º e 142, § 3º, inciso X, da Carta Magna; artigos 50, inciso III, 96 e 98 da Lei Federal n.6.880/80; art. 10, § 3º, da Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11 de setembro de 2001; artigo 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 25 da Lei Estadual n.2.207/2000.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

I RELATÓRIO

Tendo em vista o pedido de passagem para a reserva remunerada "ex-officio" do 3º Sargento PM, Rosalvino Nunes da Mota, por meio do processo n.31/300.3974/02, solicitou o Senhor Secretário

de Gestão de Pessoal e Gastos da época, manifestação da Procuradoria-Geral do Estado a respeito do pedido.

O pedido de passagem do interessado para a reserva remunerada "ex-officio" foi proposto tendo em vista o atingimento da idade limite para o quadro de 3º Sargento, amparado o pedido no art. 47, inciso III, art. 86, inciso I, art. 89, inciso II, art. 91, inciso I, item 2, todos da Lei Complementar n.53/90 (f. 02).

Foi procedida a contagem de tempo de serviço do interessado, conforme certidão de f. 03, totalizando vinte e sete anos e vinte e nove dias.

Dados da vida funcional foram relacionados (f. 04), bem como procedida inspeção de saúde (f. 05), seguida de declaração de não acumulação de cargo ou função pública (f. 06) e inexistência de débito para com a Fazenda Pública (f. 07).

Cópias da certidão de nascimento, documento de identidade e certidão de casamento foram anexadas à f. 08/10, seguida por demonstrativos financeiros (f. 12/28).

Análise do pedido foi realizada, conforme Informação n.016/DP-1/2002, f. 30, seguida da apostila de fixação de proventos, de forma integral.

Pelo Parecer n.138/02/ASS.JUR/PM/MS (f.33), concluiu a Assessoria Jurídica da Polícia Militar pelo deferimento do pedido de transferência para a reserva remunerada "ex-officio", com proventos fixados conforme apostila de fixação de proventos elaborada nos autos (integrais).

Os autos foram encaminhados para o Superintendente de Administração e Finanças (f. 34).

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Segurança Pública, por intermédio do PARECER Nº 589/2002/ASS.JUR/SEJUSP/MS (f. 35/36), também opinou pelo deferimento do pedido.

Foi então elaborada minuta do respectivo Decreto (f. 38), seguindo os autos para a Superintendência de Recursos Humanos e Previdência da SEGES, sendo exarada a Manifestação n.1.095/02/AJ/CPREV/SEGES (f. 41), e anexado demonstrativo financeiro atualizado (f. 42/43), bem como analisada e aprovada a apostila de fixação de proventos (f. 44).

Foi então que o Diretor Executivo do MS-PREV à época suscitou a dúvida, argumentando que, apesar da Lei Complementar n.53/90 prever a possibilidade de transferência "ex-officio" para a reserva remunerada, com proventos integrais, por atingimento da idade limite inferior àquela estabelecida para os demais servidores, tal direito encontra óbice no disposto no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.20/98, a qual veda a adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos servidores vinculados aos regimes próprios de previdência social dos entes federados.

Aduz ainda que a Lei n.2.207/00, em seu art. 24, inciso III, alínea "b", prevê a proporcionalidade para o cálculo financeiro desse direito.

Por fim, solicita consulta à Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de firmar a melhor interpretação da lei aplicável ao caso, ante o aparente conflito entre a norma estatutária e a legislação previdenciária vigente.

É o relatório.

II PREVISÃO LEGAL DE PASSAGEM PARA A RESERVA REMUNERADA COM PROVENTOS INTEGRAIS POR ATINGIMENTO DA IDADE LIMITE

A Lei Complementar Estadual n.53, de 30.08.1990, prevê a hipótese de passagem para a reserva remunerada por atingimento da idade limite, sendo os proventos, nessa circunstância, calculado de forma integral.

A reger tal matéria, aplicável ao caso do interessado, temos os seguintes dispositivos legais, contidos na referida Lei Complementar, *in verbis*:

Art. 47. São direitos dos policiais militares estaduais:

(...)

III - remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou da graduação, quando tiver atingido a idade.

Art. 86. O desligamento ou exclusão do serviço ativo da Polícia Militar é feito em consequência de:

I - transferência para a reserva remunerada;

Art. 89. A passagem do policial-militar à situação de inatividade mediante transferência para a reserva remunerada, se efetua:

I - a pedido;

II - "ex officio".

Art. 91. A transferência, "ex officio" para a reserva remunerada, verificar-se-á sempre que o policial militar incidir nos seguintes casos:

I - atingir a idade limite:

(...)

2. Praças de todos os quadros:

Graduações:

(...)

Idade

3º Sargento PM

47 anos

Verifica-se, desta forma, que a legislação estadual prevê regras específicas para os policiais militares no que tange à passagem para

a reserva remunerada, especificando os casos em que essa ocorrerá "ex officio", em especial por atingimento da idade limite para cada posto ou graduação, hipótese em que os proventos serão integrais.

Tais disposições estão em pleno acordo com a Constituição Federal e com a legislação federal, conforme restará demonstrado.

III CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE INATIVAÇÃO DOS MILITARES

Diante das peculiaridades da atividade policial militar, existem regras específicas a tal categoria funcional, diferente dos demais servidores civis, dentre elas as que regulam o desligamento do serviço público.

Nesse sentido assinala José Afonso da Silva:

Sua organização e seu regime jurídico, desde a forma de investidura até as formas de inatividades, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis.¹

Assim, quando se fala em inatividade de policial militar, há que se verificar as diversas formas existentes e seus respectivos conceitos, que diferem da simples aposentadoria dos servidores civis (compulsória, por invalidez ou por tempo de contribuição e idade).

Novamente José Afonso da Silva esclarece:

A Constituição garante as patentes dos oficiais da ativa, da reserva e dos reformados das Forças Armadas (art. 142, § 3º, I), das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal (art. 42, § 1º). Fala várias vezes em militar da ativa, transferência

¹SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.680.

para a reserva, reforma e agregação, indicando, com esses termos, situações dos militares, que podem, em verdade ser reduzidas as duas: atividade e inatividade. A primeira diz respeito ao militar que se encontra incorporado nas fileiras da tropa no exercício do serviço militar. É a situação do militar em efetivo exercício de seu posto ou graduação. A inatividade é o estado ou situação do militar afastado, temporária ou definitivamente, do serviço da respectiva força. A inatividade, assim abrange a agregação, a transferência para a reserva e a reforma.² (grifo nosso).

Motivado pelas peculiaridades da atividade policial, o legislador preferiu deixar a disciplina acerca da transferência para a inatividade dos militares estaduais, a cargo de lei específica que disporá sobre limites de idade e outras condições específicas, conforme consignado no art. 142, § 3º inciso X da Constituição Federal, que determina, *in verbis*:

Art. 142. (...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

² Ibid, p.681.

Vale lembrar que tal dispositivo, referente às Forças Armadas, aplica-se aos militares dos Estados por força do art. 42, § 1º, da Constituição Federal, que assim fixa, *in verbis*:

Art. 42 (...)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º e do art. 142, §§ 2º e 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

No mesmo sentido, a previdenciária local (Lei n.2.207/00), em seu art. 25, estabelece, *in verbis*:

Art. 25 - A transferência para a inatividade dos militares estaduais observará lei específica que disporá sobre os limites de idade e outras condições especiais.

Parágrafo único. Os militares estaduais serão transferidos para a inatividade conforme as regras vigentes na data de publicação desta Lei, desde que tenham feito ao MS-PREV, no mínimo, 60 (sessenta) contribuições, até que a legislação específica disponha sobre a matéria.

Portanto tem-se que, tanto a Constituição Federal, quanto a nossa lei previdenciária estadual, reconhecem a situação singular da atividade policial militar, inclusive no que tange às condições de transferência à inatividade, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

Assim, não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia de tratamento entre civis e militares no que tange ao estabelecimento de condições especiais para esses últimos para a passagem à inatividade, já que a própria Carta Magna assim o prevê.

Como ainda não foi promulgada a lei à qual alude o art. 25 da Lei n.2.207/00, devem ser aplicadas as leis vigentes que tratam da matéria, ou seja, as disposições da Lei Complementar n.53/90.

IV LEGALIDADE DAS REGRAS DE INATIVAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES

Há que se ressaltar que a competência legislativa dos Estados-membros, prevista no art. 42, § 1º da Constituição Federal, encontra limitação na legislação federal, não podendo conceder direitos superiores aos atribuídos ao pessoal das Forças Armadas.

Tal regra encontra-se descrita no art. 24 do Decreto-lei n.667/69, recepcionado pela nova ordem constitucional implantada a partir de 1988, e que estabelece, *in verbis*:

Art. 24. Os direitos, vencimentos, vantagens e regalias do pessoal, em serviço ativo ou na inatividade, das Polícias Militares, constarão de legislação especial de cada Unidade da Federação, não sendo permitidas condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas. (grifo nosso).

Encontram-se previstas na Lei Federal n.6.880, de 9.12.1980, cuja observância é obrigatória pelos Estados-membros³, as regras pertinentes à transferência para a reserva remunerada por atingimento da idade limite, as quais são as seguintes, *in verbis*:

Art. 50. São direitos dos militares:

(...)

III - remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando 30 (trinta) anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, "ex officio", por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória; e

³ Por força do disposto no art. 22, inciso XXI da Constituição Federal e art. 24 do Decreto-lei n.667/69.

Art. 96. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante transferência para a reserva remunerada, se efetua:

I - a pedido; e

II - "ex officio".

Art. 98. A transferência para a reserva remunerada, ex officio, verificar-se-á sempre que o militar incidir em um dos seguintes casos:

I - atingir as seguintes idades-limites:

(...)

Referida lei foi alterada pela Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11/09/2001⁴, que deu ao art. 50, inciso III, a seguinte redação, sem mudar-lhe a essência:

Art. 50.

(...)

III - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando trinta anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, ex officio, por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória;

Além disso, a referida Medida Provisória, em seu art. 10, § 3º estabelece:

⁴ Art. 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 10 (...)

§ 3º O militar transferido para a reserva remunerada "ex officio", por haver atingido a idade limite de permanência em atividade, no respectivo posto ou graduação, ou por não haver preenchido as condições de escolha para o acesso ao generalato, tem direito ao soldo integral.

Buscando-se a interpretação sistemática de tais normas, conclui-se que o militar deve passar à reserva remunerada, com proventos integrais, quando esta se der ex officio, por atingimento da idade limite.

Igual regra, aplicável aos policiais militares dos Estados-membros, contida na legislação estadual de Mato Grosso do Sul, está em pleno acordo com as regras contidas na legislação federal.

IV CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se que os dispositivos legais da Lei Complementar n.53/90, que tratam da passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral, não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois em consonância com o disposto nos artigos 42, § 1º e 142, § 3º, inciso X, da Carta Magna; artigos 50, inciso III, 96 e 98 da Lei Federal n.6.880/80 e art. 10, § 3º, da Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11.09.2001; artigo 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 25 da Lei Estadual n.2.207/00.

Dessa forma, sugere-se que seja mantida a aplicação dos dispositivos legais da Lei Complementar n.53/90, no que tange à passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral e não proporcional.

Quanto ao pedido em questão, opina-se pelo seu deferimento, ante a legalidade e constitucionalidade das regras garantidoras do

direito pretendido (reserva remunerada ex officio, com atingimento da idade limite, com proventos integrais).

Feitas essas considerações, submeto a presente manifestação à sua apreciação.

Campo Grande, MS, 13 de novembro de 2003

Suleimar Sousa Schröder Rosa
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 065/2003 - PP Nº 025/2003, firmado pela Procuradora do Estado Suleimar Sousa Schröder Rosa, da Procuradoria de Pessoal, juntado às folhas 50-61, do processo em destaque.

2. Registro, por oportuno, que aos proventos da reserva remunerada não se aplica o disposto no artigo 24, inciso III, alínea “b”, da Lei (Estadual) n.2.207, de 28.12.2000, pelas razões elencadas no Parecer ora aprovado.

3 . À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado citada e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e

c) restituir os autos à origem.

Campo Grande, MS, 24 de novembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 002/2004

PARECER PAA/Nº 002/2004

Processo n. 15/001364/2003

Interessado: Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo.

Assunto: Planejamento da Ação Estadual Antidrogas - SETASS - SEJUSP.

Ementa: A SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA É O ÓRGÃO COMPETENTE PARA RECEBER RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS AO PLANEJAMENTO DA AÇÃO ESTADUAL ANTIDROGAS, EIS QUE VINCULA, POR FORÇA DO DECRETO (ESTADUAL) N.10.433/01, O CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS, QUE É O ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Cuida-se de expediente encaminhado pelo Excelentíssimo Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo, Senhor Paulo Roberto Duarte, com o ofício/SECOGE/GAB/n.522/2003 (documento de f. 02), indagando acerca do repasse de recursos financeiros destinados ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas, tendo em vista divergência de entendimentos entre a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) e a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária (SETASS).

Junta-se o ofício n.154/03/SEJUSP/MS - fls. 03-04, onde constam considerações formuladas pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, que aduz que a coordenação e execução da Política Estadual Antidrogas é de competência exclusiva do Conselho Estadual Antidrogas, que está vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e não à Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária.

Na f. 05, veio aos autos o Ofício n.027/03/CEAD, por meio do qual o Conselho Estadual Antidrogas solicitou à SEJUSP que fosse feita a transferência dos recursos financeiros da SETASS (destinados a coordenar a execução de Política Estadual Antidrogas) para a SEJUSP/MS, pois dessa forma poderia ser feita a implementação e execução dos projetos aprovados pelo CEAD.

Na f. 07, consta Ofício/SECOGE/GAB/289/03 encaminhado para a SETASS e requisitando informações quanto às providências adotadas pela Secretaria, em relação à política estadual antidrogas e também quanto aos repasses financeiros efetuados, objetivando a concepção de um programa multisetorial no PPA quanto ao assunto, já que abrange atribuições tanto da SETASS quanto da SEJUSP.

Em resposta, vieram os documentos de fls. 08-43.

Na f. 44, a Secretaria de Coordenação-Geral do Governo remeteu o ofício nº 290/03 à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, solicitando providências para elaboração do programa multisetorial em relação à política estadual antidrogas.

Em resposta, a SEJUSP afirmou ser inviável a aplicação desse programa em razão da exclusividade do CEAD quanto à política estadual antidrogas.

É o breve relatório.

I CONSULTA

Extrai-se do processado que a autoridade consultante pretende esclarecer a questão do repasse financeiro destinado ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas.

Ao que tudo indica, o deslinde da questão está em saber se o repasse deve ser feito para a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) ou para a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária (SETASS).

Passamos à análise jurídica do caso.

II SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS - COMPOSIÇÃO

Antes de entrar na *quaestio* propriamente dita, insta tecer algumas considerações acerca do Sistema Estadual Antidrogas, com vistas a definir a posição que cada Secretaria de Estado ocupa nesse projeto.

Referido Sistema foi instituído pelo Decreto (Estadual) n.10.433, de 24.07.2001, visando à prevenção do uso indevido, ao tratamento, à recuperação e à reinserção social de dependentes de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica, bem como a fiscalização e a repressão ao tráfico ilícito e à produção não autorizada dessas mesmas substâncias (artigo 1º, incisos I e II).

O Sistema Estadual é constituído pelo conjunto de órgãos que exercem tais atividades e tem, como organismo central, o Conselho Estadual Antidrogas (CEAD/MS), conforme preconiza o artigo 3º, do Decreto instituidor, *in verbis*:

Art. 3º - Compõem o Sistema Estadual Antidrogas:

I - o Conselho Estadual Antidrogas - CEAD/MS, como órgão central;

II - os órgãos de fiscalização sanitária e de assistência hospitalar da Secretaria de Estado de Saúde;

III - os órgãos especializados em repressão às drogas da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública;

IV - a Secretaria de Estado de Educação;

V - a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário;

VI -a Fundação de Esporte e Lazer de Mato Grosso do Sul;

VII - o Instituto de Estudos e Planejamento de Mato Grosso do Sul;

VIII - a Secretaria de Estado de Receita e Controle;

§ 1º Os órgãos e entidades mencionados nos incisos II a VIII ficam sujeitos à orientação normativa e à supervisão técnica do Conselho Estadual Antidrogas, no que tange às atividades inerentes ao Sistema, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos em cujas estruturas estiverem integrados.

§ 2º Incumbe ao Conselho Estadual Antidrogas integrar ao Sistema os órgãos do Estado e dos Municípios que exerçam atividades concernentes à prevenção, fiscalização e repressão de drogas e substâncias que determinem dependência física e ou psíquica.

Verifica-se, pois, que houve divisão da responsabilidade no combate às drogas, sem no entanto, descentralizá-la, eis que há previsão de um órgão central (Conselho Estadual Antidrogas - CEAD), que orientará e supervisionará as atividades inerentes ao Sistema.

III CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS (CEAD) - COMPOSIÇÃO

Este Conselho é formado pelas seguintes representações, conforme preconiza o artigo 4º, do Decreto (Estadual) n.10.433, de 24.07.2001, *in verbis*:

Art. 4º O Conselho Estadual Antidrogas é constituído de 27 (vinte e sete) representações, sendo 15 membros natos e 12 convidados:

I - são membros natos do Conselho Estadual Antidrogas, um representante de cada órgão ou entidade abaixo:

a) Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública;

b) Secretaria de Estado de Assistência Social, Cidadania e Trabalho;

c) Instituto de Estudos e Planejamento de Mato Grosso do Sul;

d) Secretaria de Estado de Saúde;

e) Secretaria de Estado de Educação;

f) Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário;

g) Polícia Militar;

h) Polícia Civil;

i) Ministério Público Estadual;

j) Fundação de Esporte e Lazer de Mato Grosso do Sul;

l) Magistratura Estadual;

m) Defensoria Pública Estadual;

n) Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul;

o) Conselho Estadual de Serviço Social;

p) Departamento Estadual de Trânsito;

II - Serão convidados para compor o Conselho, um representante de cada um dos seguintes órgãos:

a) Polícia Federal;

b) Universidade Federal de Mato Grosso do Sul;

- c) Universidades Particulares;
- d) Ordem dos Advogados do Brasil - OAB;
- e) Conselho Regional de Medicina - CRM;
- f) Conselho Regional de Psicologia;
- g) Associação Brasileira Comunitária e de Pais para a Prevenção ao Abuso de Drogas - ABRAÇO;
- h) Maçonaria Estadual.

§ 1º Comporão o Conselho, como convidados, quatro pessoas interessadas na prevenção, fiscalização e repressão de drogas que possuam idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos na área.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Governador do Estado, os previstos no inciso I deste artigo serão indicados pelos respectivos órgãos ou entidades; os do inciso II e os do § 1º serão indicados pelo Conselho Estadual Antidrogas e submetidos à apreciação do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

§ 3º Cada membro do Conselho mencionado nos incisos I e II terá um suplente, indicado nas mesmas condições.

§ 4º Os membros do Conselho e seus suplentes, terão mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos.

§ 5º Os membros indicados no § 1º deste artigo não terão suplentes. (grifo nosso)

Extrai-se do preceito supra que o órgão central do Sistema Antidrogas é multisetorial, lembrando que a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária são membros natos do Conselho Estadual Antidrogas. Quanto a esta última Pasta, tal

entendimento já foi asseverado pelo PARECER/PGE/Nº 020/2002 (documento em anexo), que restou assim ementado, na parte em que interessa:

EMENTA:

CONSULTA - SECRETARIA DE ESTADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, CIDADANIA E TRABALHO - MEMBRO NATO DO CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS - COMPONENTE DO SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS - AUSÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA.

O Decreto (Estadual) n.10.433, de 24 de julho de 2001, dispõe em seu artigo 3º, inciso I, que o Conselho Estadual Antidrogas, do qual a Secretaria Estadual de Assistência Social, Cidadania e Trabalho é membro nato, compõe o Sistema Estadual Antidrogas.

(...) (destacamos)

Destarte, ambas as Secretarias de Estado são partes que compõem o todo. Porém, com relação à SEJUSP, existe uma peculiaridade, conforme veremos a seguir.

IV VINCULAÇÃO DO CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS À SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Ao contrário do que ocorre com a SETASS, a SEJUSP não é somente um dos 27 (vinte e sete) órgãos que participam do Sistema Estadual Antidrogas.

Pela interpretação do Decreto (Estadual) n.10.433/01, verifica-se que o órgão central do Sistema Estadual Antidrogas (CEAD) vincula-se à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Tal conclusão é fruto de hermenêutica do diploma legal, pois a vinculação não está expressamente determinada no Decreto em questão.

Ocorre que, analisando o ato normativo, extraem-se diversos dispositivos que nos levam a esta dedução. Vejamos alguns:

Art. 5º O Conselho será dirigido por um presidente e um vice-presidente, eleitos pelo Plenário, dentre os membros natos, indicados em lista triplíce, referendados pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e nomeados pelo Governador do Estado. (grifo nosso)

Art. 9º O apoio técnico ao Conselho será prestado por servidores dos órgãos e entidades que compõem o Sistema Estadual Antidrogas e, o apoio administrativo será dado, de preferência, por servidores da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Parágrafo único. Quando requisitados servidores de outros órgãos ou entidades do Sistema para prestarem apoio administrativo ao CEAD/MS, o pedido será encaminhado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública para autorização do Governador do Estado. (grifo nosso)

Art. 16. As despesas decorrentes da aplicação deste Decreto correrão às expensas dos recursos orçamentários da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. (grifo nosso)

Ainda verifica-se que o parágrafo 2º, do artigo 4º (transcrito no item anterior), assevera que a indicação de alguns dos membros do Conselho será submetida ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Ademais, o Decreto que institui o Sistema Estadual Antidrogas e transforma o CONEN (Conselho Estadual de Entorpecentes) em CEAD (Conselho Estadual Antidrogas) foi subscrito pelo Governador em conjunto com o então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Desses dispositivos, extrai-se a vinculação do CEAD à SEJUSP, pois é o Secretário desta Pasta que participa ativamente da escolha e

composição do Conselho, sendo certo, também, que oferta o apoio administrativo e financeiro.

Infere-se, destarte, que o Conselho Estadual Antidrogas é composto por diversos órgãos do Estado e da Sociedade Civil (dentre os quais, a SETASS e a SEJUSP), porém, com vinculação estrita a esta, inclusive no que diz respeito ao repasse de recursos públicos para o fim almejado, conforme discorreremos a seguir.

V REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS AO PLANEJAMENTO DA AÇÃO ESTADUAL ANTIDROGAS

Pelo exposto, fica fácil rematar que o repasse financeiro destinado ao planejamento antidrogas, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, deve ser feito à Secretaria de Estado ao qual está vinculado o órgão central do Sistema Antidrogas, ou seja, à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, pois a esta está vinculado o Conselho Estadual Antidrogas (CEAD).

Diz-se assim porque é a aludida Secretaria que tem o dever de repassar as verbas para o CEAD, pois, entre as matérias de sua competência está a elaboração de planos e execução de ações para prevenção do tráfico e uso de entorpecentes, segundo disposto no artigo 22, inciso I, alínea “e”,¹ da Lei (Estadual) n.2.152/00, com a redação que lhe foi dada pela Lei (Estadual) n.2.598/02.

Após esse repasse, compete privativamente ao Conselho Estadual Antidrogas, como órgão central, distribuir os recursos para todas as ramificações do Sistema.

Essa assertiva provém do disposto no artigo 6º, do Decreto que rege a matéria, que dispõe acerca das competências do CEAD, *in verbis*:

¹ Art. 22. À Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública compete:

I - por meio das unidades administrativas de sua estrutura: (...) e) a elaboração de planos para a prevenção do tráfico e a execução de ações, em articulação com os órgãos federais competentes, de fiscalização e repressão à comercialização e ao uso de entorpecentes.

Art. 6º Compete, privativamente, ao Conselho Estadual Antidrogas:

I - formular a Política Estadual Antidrogas, em consonância com as diretrizes da Secretaria Nacional Antidrogas compatibilizando os planos estaduais com os planos nacionais e municipais, bem como coordenar e fiscalizar a respectiva execução.

II - definir estratégias e elaborar planos, programas e procedimentos para alcançar as metas propostas na Política Estadual Antidrogas;

III - estabelecer prioridades entre atividades do Sistema por critérios técnicos, econômicos e administrativos, tendo em vista as necessidades e peculiaridades regionais próprias, em consonância com as diretrizes nacionais;

IV - (...)

XI - planejar, elaborar, aplicar, avaliar e supervisionar os recursos do Fundo Estadual de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes - FEPREN -MS.

(...) (grifo nosso)

Bem assim, clarividente que o poder/dever de distribuir os recursos referentes ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas é do órgão central do Sistema, qual seja, o Conselho Estadual Antidrogas.

Isso significa dizer que a Secretaria de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária também gerará a verba em questão, pois é membro nato do Conselho. E, como membro do CEAD, faz parte integrante de um todo. Portanto, no caso específico da ação antidrogas, a SETASS não tem autonomia para receber recursos separadamente, embora possa recebê-lo, enquanto ramificação do Sistema Estadual Antidrogas, após a análise de prioridades feita pelo órgão central.

Entendimento em sentido contrário, além de subverter a hierarquia legal, daria margem à possibilidade de repasse direto a todos os demais órgãos elencados no inciso I, do artigo 4º, do Decreto (Estadual) n.10.433/2001, o que descaracterizaria a idéia de jungir esforços em torno de um órgão central para prevenção, tratamento e recuperação de usuários de drogas.

VI CONCLUSÃO

Tendo em vista que o Conselho Estadual Antidrogas é o órgão central do Sistema Estadual Antidrogas e que aquele é vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, cremos que o repasse dos recursos financeiros destinados ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas deve ser feito a esta Pasta, em detrimento do repasse direto à Secretaria de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária, eis que esta é apenas um dos membros do Conselho Estadual Antidrogas.

Este o parecer, salvo melhor entendimento.

Campo Grande, MS, 07 de Janeiro de 2004.

Renata Corona Zuconelli
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos, etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, fulcrado no artigo 9º, inciso I c/c o artigo 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER/PGE/Nº 002/2004 - PAA/nº 02/2004, firmado pela Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, acostado às fls. 53-64, do processo supracitado.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

- a) proceder aos registros necessários;
- b) cientificar a subscritora citada, na Procuradoria de Assuntos Administrativos;
- c) encaminhar cópia desta decisão e do parecer ora aprovado ao Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo;
- d) após, arquivar o processo.

Campo Grande, MS, 08 de janeiro de 2004.

Adalberto Neves Miranda
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/MS/Nº 003/2004

PARECER PP/Nº 001/2004

Processo n. 15/001421/2003

Interessado: Comandante Geral da Polícia Militar de MS.

Assunto: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE MANTER O PAGAMENTO DE PROVENTOS AOS POLICIAIS MILITARES REFORMADOS OU DA RESERVA REMUNERADA EXCLUÍDOS DA CORPORAÇÃO MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA.

Ementa: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE MANTER O PAGAMENTO DE PROVENTOS AOS POLICIAIS MILITARES REFORMADOS OU DA RESERVA REMUNERADA EXCLUÍDOS DA CORPORAÇÃO MILITAR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL OU ADMINISTRATIVA E POSSIBILIDADE DE APLICAR DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE EXCLUIU DA CONDENAÇÃO A PENA ACESSÓRIA DE EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO AOS DEMAIS PRAÇAS JÁ EXCLUÍDOS.

1 - A suspensão de pagamento dos proventos de policiais militares excluídos da PMMS a bem da disciplina ou por decisão judicial é consequência legal do ato, prevista na legislação previdenciária estadual.

2 - As decisões judiciais aplicam-se às partes do processo, não se estendem aos demais membros da corporação.

3 - A Administração Pública tem o dever de guiar-se com obediência ao princípio da legalidade, inserido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Senhor Procurador Geral do Estado,

O Exmº Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul PMMS encaminhou consultas ao Exmº Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul quanto às conseqüências de edição de atos de exclusão de oficiais e praças da Corporação e sobre a possibilidade de estender decisão proferida em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal aos demais praças da Corporação.

Por se tratar de expediente de cunho eminentemente administrativo, passível de solução no âmbito do Poder Executivo, a consulta foi remetida a esta Procuradoria Geral do Estado, por meio do Of. n.150.01.0101/2003 de lavra do Exmº Vice-Presidente do egrégio TJMS.

Constam dos autos o Ofício nº 437/Gab/PMMS/2003, com as razões da Corporação acerca das conseqüências da exclusão de membros da Corporação que já se encontram na inatividade, e o Ofício n.399/Gab/PMMS, versando sobre a possibilidade de aplicar às demais praças a decisão monocrática do Min. Rel. Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário n.375522-8 - MS.

É o relatório, passamos à análise das questões apresentadas.

1 - O Comandante Geral da PMMS informa que, no âmbito do Comando Geral da PMMS, estão sendo efetuadas modificações relativas às exclusões dos policiais militares inativos que já pertencem aos quadros do MS-PREV.

Argumenta que se trata de policiais reformados ou da reserva remunerada excluídos dos quadros da PMMS com o termo “excluir das fileiras da polícia militar do Estado de Mato Grosso do Sul” por terem sido condenados à perda da graduação ou posto pelo Poder Judiciário, ou quando julgados administrativamente incapazes de permanecerem na corporação, pelos respectivos conselhos de justificação ou disciplina.

Aduz que estão tomando tais providências porque a publicação da Portaria de exclusão dos inativos do Estado de Mato Grosso do Sul provoca a suspensão automática do pagamento dos proventos daqueles que se encontram vinculados ao MS-PREV.

Assim, entendendo que o Comandante Geral não detém a prerrogativa de excluir policiais inativos dos quadros do MS-PREV, informa que está revendo os atos praticados porque eivados de nulidade, com o intuito de fazer com que os policiais militares inativos respondam na medida exata de suas penas, com a conseqüente perda de suas patentes ou graduações dentro da Polícia Militar, sem afetar sua relação já consolidada com o MS-PREV, tendo em vista terem contribuído previamente para tanto.

Afirma, ainda, que o direito aos proventos não dependem do ato de exclusão da perda de graduação ou posto, quando a penalidade decorre de ilícito praticado posteriormente à transferência para a inatividade (momento em que passam a usufruir dos frutos de sua contribuição à previdência), de modo que os policiais militares estão sendo duplamente penalizados pelo mesmo ilícito, o que é vedado pela Constituição, além de não estar sendo respeitado o direito adquirido à aposentadoria, configurando descumprimento de preceitos fundamentais (arts. 5º, XXXVI, 7º, XXIV, e § 1º do art. 102, todos da CF).

Data maxima venia, as consultas são improcedentes, por vários motivos.

1.1 Temos que as mudanças efetuadas no âmbito da Corporação, em que pese a seu caráter humanitário, contraria todo ordenamento jurídico vigente, seja das normas constitucionais, seja daquelas inseridas na legislação federal e estadual, quando é dever de todo administrador público guiar-se pelo princípio da legalidade, inserto no caput do art. 37 da Carta Magna.

1.2 Argumenta o Comandante Geral da PMMS que não possui competência para excluir os policiais militares penalizados dos quadros do MS-PREV, isto é, do quadro de inativos vinculados ao Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo em vista o direito adquirido à aposentadoria.

Entretanto a questão não deve ser observada pelo ângulo apresentado.

A perda da condição de segurado do policial militar do quadro de beneficiários do MS-PREV é decorrência legal do ato de exclusão das fileiras da PMMS, o que corresponde ao instituto da cassação de aposentadoria dos servidores civis, conforme previsto na Lei n.2.207, de 28.12.2000, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul. Veja-se:

Art. 5º São segurados obrigatórios do regime de previdência social de Mato Grosso do Sul:

I - os servidores efetivos e os militares estaduais do Poder Executivo;

.....

Art. 10. Perderá a condição de segurado aquele que, não estando em gozo de benefício proporcionado por este regime de previdência, perder a condição de servidor do Estado de Mato Grosso do Sul. (grifo nosso)

Norma de igual teor já existia na antiga legislação previdenciária do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo que o art. 6º da Lei n.204, de 29.12.1980, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.317, de 16 de dezembro de 1981, prescrevia *in verbis*:

art. 6º - Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, perderá a condição de segurado obrigatório:

I - o servidor, do Estado ou da autarquia, exonerado, dispensado ou demitido;

II - o militar que tenha dado baixa a pedido ou sido excluído do serviço. (grifo nosso)

Corroborando nossa tese, a Medida Provisória n.2.215-10, de 31.08.2000, que dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas e altera as Leis n.3.765, de 04.05.1960, e n.6.880, de 09.12.1960, ao dispor sobre os proventos na inatividade prescreve:

Art. 13. Cessa o direito à percepção dos proventos na inatividade na data:

I – do falecimento do militar;

II – do ato que prive o Oficial do posto e da patente;
ou

III – do ato da exclusão a bem da disciplina das Forças armadas, para a praça. (grifo nosso)

Portanto, não se trata de competência ou não do Comandante-Geral, mas sim consequência da edição e publicação do ato de exclusão do policial militar das fileiras da PMMS, o qual, por determinação legal, automaticamente perde a condição de segurado do regime de previdência social do Estado de Mato Grosso do Sul e o direito aos proventos.

1.3 Quanto ao argumento de que se trata de penalidade por ilícito praticado após transferência para a inatividade do militar, temos que nos socorrer da legislação peculiar da corporação, que, por norma expressa é aplicável tanto para os militares em atividade, como para os inativos.

Assim é em razão dos princípios da hierarquia e da disciplina que são os pilares da formação da força policial militar, princípios que por sua importância, estão inseridos, primeiramente, na Constituição Federal.

Vejamos, assim, as normas constitucionais, com a redação dada pela EC n.18/98:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiro Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º, do art. 40, § 9º, e do art. 142 §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos

oficiais conferidas pelos respectivos governadores.
(grifo nosso)

Por sua vez, o art. 142 da CF/88, ao dispor sobre as Forças Armadas, impõe os mesmos princípios de organização com base na hierarquia e disciplina, assegurando aos militares da ativa, da reserva e da reforma as patentes, as prerrogativas, os direitos e os deveres a elas inerentes. É explícito o inciso X sobre a necessidade de lei específica que disponha sobre o ingresso e demais situações funcionais na Instituição:

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.” (grifo nosso)

Portanto, deduz-se que é fundamental às instituições militares o regime embasado nos princípios da hierarquia e disciplina.

Quanto aos princípios da hierarquia e da disciplina, a Lei Complementar n.53/90 prescreve que são as bases institucionais da PMMS, definindo a disciplina como:

a rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas, disposições e ordens que fundamentam o organismo policial-militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos” (art. 13, § 2º).

O Estatuto em comento também dispõe sobre a ética policial militar nos seguintes termos: “*o sentimento do dever, o pundonor policial-militar e decoro da classe impõem a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensível*” (caput do art. 26).

Por sua vez, o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul define a situação funcional do integrantes da Corporação Militar, sendo expressa ao ordenar que suas normas aplicam-se aos policiais militares transferidos para a reserva remunerada e aos reformados.

É legalmente possível que os policiais da reserva remunerada ou reformados sejam submetidos às normas do estatuto, mesmo que tenham praticado qualquer transgressão posteriormente à inativação, conforme se depreende do disposto no artigo 45 e 46 da LC n.53/90, *in verbis*:

Art. 45 – O Oficial, presumivelmente, incapaz de permanecer como policial-militar da ativa será submetido ao Conselho de Justificação na forma da legislação específica e observado o artigo 41.

.....

§ 2º - Ao Conselho de Justificação também poderão ser submetidos os Oficiais reformados e da reserva remunerada.

Art. 46 – Os Aspirantes a Oficial PM e as Praças com estabilidade assegurada, presumivelmente incapazes de permanecerem como policiais da ativa, serão submetidos ao Conselho de Disciplina na forma da legislação peculiar.

.....

§ 2º Ao Conselho de Disciplina também poderão ser submetidos as Praças reformados e da reserva remunerada (...) (grifo nosso)

Tanto é possível o policial militar inativo ser submetido à penalidade imposta em decisão judicial ou administrativa e sofrer suas conseqüências que o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, editado pelo do Decreto n.1.260, de 02/10.1981, é mais explícito sobre a responsabilidade desse policial. Veja-se:

Art. 9º As disposições deste Regulamento aplicam-se aos policiais-militares na inatividade quando,

ainda que no meio civil, se conduzam, inclusive por manifestações através da imprensa, de modo a prejudicar os princípios da hierarquia, da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar. (grifo nosso)

Analisando questão semelhante em processo anterior, ao emitir o PARECER PGE n.074/2002 e PP n.023/2002, esta Procuradoria firmou o seguinte posicionamento:

Assim, é possível que os policiais militares da reserva remunerada ou reformados (aposentados) sejam submetidos ao Conselho de Justificação e Disciplina e posteriormente sejam julgados pelo Tribunal de Justiça em caso de condutas incompatíveis com a atuação da Polícia Militar. Destarte, de acordo com o sistema legislativo vigente, pode haver inclusive, a cassação de aposentadoria pela prática de falta disciplinar punível com demissão.

Assim o é, devido ao *status* de defensor da sociedade que o Policial carrega, o que implica em dizer que mesmo aposentado, deve pautar-se por princípios de conduta irrepreensíveis pela comunidade em geral.

Ainda com fundamento no Estatuto da Polícia Militar (LCE n.053/90), verifica-se da leitura do artigo 93, que o oficial da reserva remunerada (aposentado) poderá ser convocado para o serviço ativo em determinadas situações, fato que resta impossível ao Requerente, diante da demissão *ex officio*, através de sentença transitada em julgado.” (grifo nosso)

Reforçando nossa tese, o art. 10 da Lei Complementar nº 53/90 é expresso ao prever que “as normas do Estatuto dos Policiais Militares aplicam-se, também, aos membros da Corporação transferidos para a reserva remunerada e reformados.”

1.4 Por outro vértice, insta esclarecer que, nem sempre, os ilícitos são praticados somente após a transferência para a reserva ou reforma do policial.

Esta Procuradoria-Geral do Estado em outras consultas referentes à transferência de policial militar para a inatividade na pendência de Inquérito Policial Militar ou dos Conselhos de Justificação ou de Disciplina, tem-se manifestado no seguinte sentido:

Assim, o fato do servidor militar estar sendo submetido a processo na esfera da Justiça Militar, por denúncia de crime previsto no CPM, não impede a instauração de Conselho de Disciplina, uma vez que a conduta demonstra procedimento incorreto no desempenho do cargo, além de ser irregular, afetando a honra e o pundonor policial-militar, nos termos do art. 2º, I, do Decreto n.1.261/81.

Por outro lado, a inatividade do servidor militar não é garantia de permanência de seu vínculo com o Estado, uma vez que, como servidor policial militar inativo, seja em decorrência de reforma ou reserva remunerada, continua submetido tanto às normas do direito penal militar quanto às normas disciplinares constantes do Estatuto dos Policiais Militares, submetendo-se, inclusive, ao Conselho de Disciplina na hipótese de cometer qualquer ato que afronte as obrigações e os deveres constantes das disposições estatutárias aplicáveis a essa categoria de servidores, podendo ser julgado incapaz de permanecer na inatividade, cassando-se a sua aposentadoria/reforma, conforme previsão do art. 45, § 2º, e disposições do Decreto n.1261, de 02/10/81.” (MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 041/2001). (grifo nosso)

“Inicialmente cumpre ressaltar que em data recente analisamos a proposta de reforma ex officio de servidor militar considerado incapaz definitivamente para o serviço militar, inválido, sem condição de prover os meios de subsistência, sem

relação de causa e efeito com o serviço militar, na pendência de inquérito penal militar contra ele instaurado.

Naquela oportunidade concluímos pela efetivação da reforma, uma vez que sequer existia sentença condenatória, bem como pela instauração imediata de Conselho de Disciplina, já que o ilícito penal no qual foi denunciado também implicava em ilícito administrativo, pois a conduta praticada também afetava a honra, o pundonor policial-militar e o decoro da classe.

Ademais, foi dito também que a inatividade não impede a ruptura do vínculo com o Estado, uma vez que, nessa situação, o servidor militar continua sujeito às normas disciplinares e às normas do Código Penal Militar, podendo ser excluído da inatividade por afronta a tais normas.” (MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 050 /2001)

1.5 O atual Estatuto dos Militares das Forças Armadas, Lei Federal nº 6.880/80, cujas normas são o norte da legislação estadual que não pode conter direitos e garantias superiores às concedidas na legislação federal, em seus artigos 94, inciso VIII, § 1º e 122 a 127, define a situação dos ex militares excluídos do serviço ativo das Forças Armadas, deixando claro que, uma vez punido, o militar perde qualquer vínculo com as Forças Armadas, não ficando nem mesmo como reserva da instituição, *in verbis*:

Art. 127. A exclusão da praça a bem da disciplina acarreta a perda do seu grau hierárquico e não isenta das indenizações dos prejuízos causados à Fazenda Nacional ou a terceiros, nem pensões decorrentes de sentença judicial.

Parágrafo único - A praça excluída a bem da disciplina receberá o certificado de isenção do serviço militar previsto na legislação que trata do serviço militar, sem direito a qualquer remuneração ou indenização. (grifo nosso)

Por sua vez o Estatuto da PMMS prescreve:

Art. 107. O oficial que houver perdido o posto e a patente será demitido “ex officio”, sem direito a nenhuma remuneração, e terá sua situação militar definida pela Lei do Serviço Militar (LSM), salvo o prescrito no art. 117 e seus parágrafos.

.....
Art. 115.....

Parágrafo único A praça excluída, a bem da disciplina, não terá direito a qualquer remuneração ou indenização ...” (grifo nosso)

Portanto a transferência do policial militar para a inatividade não o isenta de responsabilidades passadas ou futuras, podendo perfeitamente ser excluído das fileiras da Corporação Militar e perder os proventos que vinha auferindo, sem que tal ato configure ofensa a direito adquirido ou descumprimento de preceito constitucional fundamental.

O Poder Judiciário corrobora nosso entendimento, pois, em casos semelhantes, tem o seguinte posicionamento:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE EXTORSÃO QUALIFICADA, COM IMPOSIÇÃO DA PERDA DO CARGO. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA. SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CASSAÇÃO DO ATO DE APOSENTAÇÃO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I - Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público.

II - Alegação de prescrição da penalidade administrativa que não tem razão de ser, na medida em que a cassação da aposentadoria do recorrente não resultou de sanção administrativo-disciplinar, mas de sentença penal condenatória. Recurso desprovido. (ROMS nº 13.934/SP, STJ, 5º T., Min. Rel. Félix Fischer, DOU de 12.08.2003). (grifo nosso)

Do voto proferido no acórdão do feito em epígrafe, destacamos os seguintes fundamentos, que se aplicam como uma luva à presente questão.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Objetiva o recorrente a anulação do ato de cassação de sua aposentadoria, insistindo na tese de que a mesma não poderia ter sido cassada, eis que obtida antes da imposição da pena em esfera criminal, não podendo ser refeito o procedimento administrativo anterior, e nem tampouco devendo ser instaurado novo procedimento, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito. Reitera o argumento de que ocorreu a prescrição relativamente ao poder punitivo disciplinar da Administração, repisando também ter havido locupletamento ilícito do IPESP, porque as contribuições foram cobradas mensalmente durante todo o período em que esteve no exercício do cargo, de maneira que o dinheiro arrecadado deve servir para custear sua aposentação (fls. 303/328).

Não obstante o esforço do impetrante em tentar demonstrar que a cassação de sua aposentadoria consubstanciou ato abusivo e ilegal, a sua irresignação não merece prosperar.

Embora tente insistentemente demonstrar que a cassação da sua aposentadoria resultou de dupla punição na esfera administrativa, o que representaria inadmissível *bis in idem*, a verdade é que a anulação do ato de aposentação do recorrente nada mais é do que mera consequência

da sentença penal condenatória, já transitada em julgado, que lhe impôs a pena de (...) bem como determinou expressamente, como efeito extrapenal da condenação, a perda do cargo público de investigador de polícia por ele ocupado, nos termos do art. 92, I, também do CP, em face das circunstâncias que envolveram o ilícito (fls. 160/161). Assim, recebendo a Administração a comunicação do Poder Judiciário, para fiel cumprimento, do inteiro teor da decisão penal condenatória que determinou a perda do cargo, outra alternativa não restava à autoridade impetrada senão cumprir o v. julgado, cassando a aposentadoria do recorrente. Assim, não há que se falar *que in casu* teria ocorrido *bis in idem* quanto à punição, porquanto as instâncias criminal e administrativa são independentes entre si. Decorrendo a cassação da aposentadoria de decisão judicial criminal transitada em julgado, a punição resultante do processo administrativo disciplinar não configura dupla punição.

Por outro lado, não prospera a alegação de que a decisão judicial condenatória, quanto à perda da função pública não podia gerar efeitos em relação ao recorrente, sob alegação de que este, já aposentado, não mais exercia cargo público.

Já decidiu o Pleno do col. Supremo Tribunal Federal que a cassação de aposentadoria decorrente da prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão não ofende a garantia do ato jurídico perfeito. Confira-se:

“I. Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (Lei n.8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improcedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III. Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o

fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV. Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.” (MS 23.299/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.04.2002)

No mais, os fundamentos contidos no v. acórdão *a quo* são por si sós suficientes para espancar qualquer ofensa a direito líquido e certo do impetrante. Ei-los:

(...) visto que se cuidava, essencialmente, de observar o princípio constitucional do respeito à coisa julgada da Justiça Criminal, que é corolário do Princípio da Separação dos Poderes do Estado (art. 2º da Constituição Federal). (...)

A questão era, como ainda é neste mandado de segurança, a de dar cumprimento a um ato legítimo de um do Poderes do Estado, vale dizer, a um ato emanado de órgão do Poder Judiciário, que detém poder político caracterizado pela supremacia, por força do qual o Estado, através do respectivo órgão, pode exigir certos atos ou uma determinada conduta.

Ou, como preleciona muito bem José Afonso da Silva:

Os órgão do Estado são supremos (constitucionais) ou dependentes (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina governo ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração, considerados de natureza administrativa. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 1990, p.95).

A administração, portanto, estando em plano hierárquico inferior, não podia mesmo deixar de dar cumprimento à decisão judicial.

(...)

Nessas condições, a questão que se colocava, como ora se coloca, era a de saber se a aposentadoria do servidor condenado prejudicava o cumprimento da ordem judicial, ou se, ao contrário, o seu cumprimento implicava necessariamente na cassação da aposentadoria.

(...)

Tais considerações são necessárias, de um lado para delimitar o tema de mérito ora em debate, e, de outro, para evidenciar que as irregularidades verificadas no processo administrativo são mesmo irrelevantes. O entendimento de que o cumprimento da decisão condenatória criminal se cumpriria adequadamente pela cassação da aposentadoria mediante simples declaração da autoridade administrativa competente, (...)

Agora já quanto ao mérito, o fato é que a perda do cargo público, como efeito dessa natureza, implica realmente na cassação da aposentadoria.

É preciso ver, a propósito, que são a ocupação de cargo público e o exercício eficiente de suas funções o fundamento da aposentadoria, de tal modo que esta, que subsiste ligada intrinsecamente ao cargo, perde sua legitimidade se o funcionário inativo, por fato ocorrido ao tempo da atividade, perde o cargo.

Como lembrava **Brandão Cavalcanti**, o afastamento do funcionário do serviço público não se verifica, necessariamente, em caráter definitivo, dadas as possibilidades legais, previstas nos estatutos funcionais, de seu retorno às atividades, nos casos de cassação e reversão.

Por outro lado, é inquestionável que o instituto da aposentadoria tem por finalidade a eficiência do serviço público, ou, no dizer de Duguit, citado por Brandão Cavalcanti (*op. cit.*, pág. 315). “a garantia da boa execução dos serviços públicos”, o que implica na conclusão de que a aposentadoria

guarda um caráter retributivo, quer dizer, como prêmio pelo longo tempo de serviço, ou compensação pelos bons serviços prestados.

Daí a perfeita definição de Hely Lopes Meirelles, para quem a aposentadoria “é a garantia de inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para as suas funções” (Direito Administrativo Brasileiro, 1986, p.381).

Essas considerações permitem destacar com segurança alguns importantes aspectos do instituto da aposentadoria:

Primeiro, o de que ela não importa no desligamento definitivo do cargo público, mas mero afastamento do exercício das funções do cargo, ou a retirada do funcionário do serviço ativo, como ressalta a Doutrina (Abreu Oliveira, *op. cit.*, p.6-7). Isso significa, claramente, como já se adiantou, que a aposentadoria se mantém condicionada pelo cargo público, cujo exercício serviu de fundamento à sua concessão.

(...)

Ainda a esse propósito, é interessante lembrar que o Colendo Supremo Tribunal Federal, em memorável julgamento sobre a proibição constitucional da acumulação de proventos da aposentadoria, enfatizou precisamente esse aspecto do instituto da aposentadoria. Embora a Carta Magna falasse apenas, nesse tema, em cargos públicos (artigo 37, inciso XVI), entendeu a Corte Suprema que a vedação também alcançava os proventos da aposentadoria, porque, decorrendo estes, sempre, de um cargo exercido na atividade, e achando-se a aposentadoria ligada diretamente ao cargo ou posto ocupado na atividade, a proibição decorrida dos próprios fundamentos do instituto. Por isso, em suma, estavam os proventos da aposentadoria implícitos na regra (Recurso Extraordinário n.163.204-6, de São Paulo, Relator

Ministro Carlos Veloso, julgado em 19 de novembro de 1994).

É o que também se dá no caso presente, em que, por força dos próprios fundamentos do instituto da aposentadoria, sua cassação está implícita na norma do artigo 91, inciso I, do Código Penal. Isto é: condenado o servidor por crime cometido no exercício do cargo público, o efeito da sua perda implica em cassação da aposentadoria, se ele a obteve antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Em segundo lugar, considere-se que, cometido o delito no exercício das funções do cargo público, restaria prejudicada a segunda característica do instituto, ligada à sua finalidade, que é de atender, precipuamente, não tanto a pessoa humana do funcionário, mas a “eficiência do Serviço (Abreu Oliveira, *op. cit.*, p.12).

O pormenor esclarece a circunstância de que, condenado o servidor por crime que enseja a declaração da perda do cargo, a falta retira a legitimidade do ato concessivo da aposentadoria posterior, o que é motivo suficiente para a sua anulação.

É por essa razão que a própria Lei Complementar n.207/79 (Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo) prevê a pena de cassação da aposentadoria ou disponibilidade, se o funcionário, na atividade, cometeu falta para a qual estivesse cominada a pena de demissão ou demissão a bem do serviço público.

O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo contém norma idêntica, a respeito do que a Doutrina e a Jurisprudência estão concordes em afirmá-la justa e adequada à finalidade do instituto da aposentadoria, como bem demonstrado no excelente parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, mediante pertinente citação. É velha a regra do Direito Administrativo

que permite a reversão do funcionário inativo para puni-lo, pois a aposentadoria não pode servir de abrigo àquele que, no exercício do cargo ou função pública, praticou falta grave suscetível de determinar sua demissão (...).

Essa regra vem sempre entre as penalidades estabelecidas nos 'Estatutos' para evitar que o aposentado continue recebendo proventos dos cofres públicos que lesou (Revista Forense, 247/198).

A pretensão do impetrante, qual a de continuar a receber proventos do Estado contraria, por conseguinte, a própria natureza do instituto da aposentadoria, além de apresentar manifestamente iníqua, não apenas em relação à própria coletividade, que foi por ele lesada, como também em relação a outros servidores, como foi o caso do co-réu Irani Campilongo, os quais, só por ainda estarem na ativa, perdem definitivamente a possibilidade de chegar à inatividade remunerada.

Acrescente-se que o fato da cassação da aposentadoria do impetrante ter resultado de sua condenação criminal, e não da aplicação de uma pena disciplinar, põe por terra toda a sua argumentação.

A perda do cargo e, portanto, a cassação da aposentadoria, não se confundem, absolutamente, com as medidas de ordem administrativa tomadas contra o Investigador de Polícia, dentre elas a imposição de sanção disciplinar. A perda do cargo, realmente, tem natureza penal e, por representar efeito da condenação criminal, cujo objeto é o julgamento do litígio penal instaurado a partir da pretensão punitiva do Estado, a declaração de sua incidência concretiza-se através de provimento jurisdicional.

Transitada em julgado a sentença condenatória, à Administração outra conduta não cabe senão cumpri-la, a que chegará mediante a simples declaração do efeito determinado, a perda do cargo do servidor que está na ativa ou, como no caso do impetrante, a cassação da aposentadoria.

Destarte, não se há falar em imposição de uma segunda pena disciplinar ou em revisão *ex officio* do processo disciplinar.

E como a legitimidade da aposentadoria dependia da presença do requisito do exercício do cargo público, o fato da condenação com o efeito da perda do cargo, no qual podia culminar o processo criminal que estava em curso, funcionou como condição resolutive dessa legitimidade, o que impede se possa falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido à aposentadoria.

Pelas mesmas razões, não se pode falar em prescrição da pena disciplinar. E como a cassação da aposentadoria decorreu de condenação criminal, a que é estranha a contribuição previdenciária, de modo algum teria esta o condão de impedir a incidência daquele efeito.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, denega-se a segurança, deferindo-se, outrossim, a extração de peças do processo, para posterior encaminhamento a Procuradoria-Geral de Justiça, para as providências cabíveis. (Fls. 268/275).

Os autos, enfim, exteriorizam situação onde não se vislumbra direito líquido e certo do impetrante, razão pela qual não procede o reclamo.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto. (grifo nosso)

1.6 Por outro lado, os policiais que perderam a condição de segurados do Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, sempre poderão ingressar como segurados do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e averbar seu tempo de serviço, conforme garante o art. 201, § 9.º, da Carta Magna, porém, jamais poderão permanecer vinculados ao quadro de inativos do Estado de Mato Grosso do Sul, com recebimento de proventos correspondentes ao posto ou graduação de que eram detentores, pois repita-se, foram demitidos *ex officio*, com perda da graduação ou patente e posto.

O § 9º do art. 201 da Constituição assegura a contagem recíproca de tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural ou urbana, para efeito de aposentadoria, ocasião em que os respectivos regimes de previdência social se compensar-se-ão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos na Lei n.9.796, de 05.05.1999.

Isto posto, concluímos pela ilegalidade das providências tomadas no âmbito da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, com vistas à manutenção dos proventos dos Policiais Militares excluídos da Corporação.

2. Quanto a consulta a respeito da possibilidade de aplicar decisão do Supremo Tribunal Federal aos demais praças já excluídos da corporação, temos, também, que é impossível a pretensão.

Trata-se de decisão prolatada no recurso extraordinário n.375552 - MS, que excluiu da condenação do recorrente pena acessória de exclusão da PMMS.

É cânone do direito que o processo judicial faz lei entre as partes, não sendo a decisão proferida no feito extensível a outras pessoas que não integram a lide.

O Comando Geral da Polícia Militar do Estado não pode, simplesmente, com base em decisão isolada do Poder Judiciário, rever a situação funcional de integrantes da categoria que foram anteriormente condenados à perda da graduação ou posto, sob pena de mais uma vez estar atuando de forma contrária ao princípio da legalidade.

Os pedidos administrativos mencionados na consulta devem ser indeferidos de plano.

Ante o exposto, conclui-se pela improcedência das consultas.

É o parecer que submetemos à elevada apreciação.

Campo Grande, MS, 26 de janeiro de 2004.

Sandra Calligaris
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com espeque no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, o Parecer PGE n.003/2004 - PP nº 001/2004, subscrito pela Procuradora do Estado Sandra Calligaris, da Procuradoria de Pessoal, constante de folhas 16-33, do processo em destaque.

2. Observo, quanto à alegação de conduta contrária às disposições do artigo 5º, inciso XXXVI, artigo 7º, inciso XXIV e artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, feita na proemial, que tais dispositivos não podem ser analisados isoladamente, devendo haver interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal, pelo que se impõe a análise e ponderação com os artigos 2º, 5º, inciso XXXV e 37, *caput*, do mesmo diploma, que consagram, respectivamente, os princípios da separação dos poderes, da inafastabilidade e efetividade, da decisão judicial, e da legalidade na atuação da Administração Pública.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

- a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado Sandra Calligaris e à Procuradora Chefe de Pessoal, Judith Amaral Lajeano;
- b) destinar cópia integral dos autos à autoridade consulente; e
- c) arquivar os autos, depois de cumprido o acima determinado.

Campo Grande, MS, 28 de janeiro de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 010/2004

PARECER PGE/PF Nº 001/2004

Processo n. 15/000594/04

Interessado: Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Assunto: Requerimento formulado pelo Presidente do SINPOL-MS no Ofício Circular n.12/02/04, de 16.02.2004, relativamente à decisão judicial proferida no Mandado de Segurança n.2003.008086-4/0000-00.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. 1 - REQUERIMENTO FORMULADO POR SINDICATO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO REPRESENTADO. ILEGITIMIDADE DA ENTIDADE. 2 - ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO EM “WRIT”. PROCESSO EM GRAU DE RECURSO. EFEITOS CONDICIONADOS AO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO JUDICIAL. 3 - EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL A TERCEIROS ALHEIOS À LIDE. FALTA DE AMPARO LEGAL.

A entidade sindical não possui legitimidade para postular em nome de terceiro, se não restar provada a condição de associado e a autorização expressa deste.

Enquanto não houver o trânsito em julgado de decisão judicial desfavorável à Administração Pública, esta não se obriga ao seu cumprimento, em caráter definitivo.

Não há amparo legal para obrigar a Administração Pública a estender os efeitos de determinada decisão judicial a terceiros alheios à lide.

1 RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, José Orcírio Miranda dos Santos, encaminha consulta a esta Procuradoria-Geral, a respeito do teor do Ofício Circular nº 12/02/04/SINPOL-MS, de 16.02.2004, que encaminhou ao Chefe do Poder Executivo, para conhecimento e providências cabíveis, cópia do requerimento daquela entidade, endereçado ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

O teor do referido documento é em síntese, o seguinte:

a) O SINPOL encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública cópia do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, proferida no mandado de segurança n. 003.008086-4/0000-00, impetrado por aquela entidade sindical em favor do Agente de Polícia Civil José Teodoro de Souza, apontando como autoridade coatora o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública;

b) a ementa do referido acórdão é:

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 003.008086-4/0000-00 - Capital.

Relator: Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Impetrante: Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Mato Grosso do Sul - Sinpol/MS

Impetrado: Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul.

Litisconsorte passivo: Estado de Mato Grosso do Sul.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA - SINDICATO - AFASTADA - MÉRITO - NÃO-CABIMENTO DO MANDAMUS - ART. 5º, III, DA LEI Nº 1533/51 - APRECIÇÃO QUE

NÃO EXORBITA O LIMITE FIXADO - IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO DISCIPLINAR - ATIPICIDADE DA CONDOTA - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ILEGALIDADE CARACTERIZADA - SEGURANÇA CONCEDIDA.

Segundo entendimento do STJ, aos sindicatos cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria que representam, sem necessidade de autorização expressa dos seus filiados para atuar em juízo.

O ato administrativo é passível de exame pelo Judiciário em sua substância jurídica, para aferição de sua legalidade, hipótese em que a atuação se adstringe aos limites fixados pelo art. 5º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança (Lei n.1533, de 31.01.1951).

Se a conduta do paciente não é prevista em lei como infratora (já que não é dever do Agente de Polícia Civil a custódia de presos), o ato punitivo não contém motivação válida para embasá-lo. E motivação falsa (ou inválida) é o mesmo que ausência de motivação, caracterizando ilegalidade a ser corrigida pelo “*writ* constitucional”.

c) após várias considerações a respeito do ato punitivo, o SINPOL, estribado no v. acórdão, pugna pela ilegalidade da imposição aos agentes da polícia civil da tarefa de guarda dos detentos, alegando que tais atribuições são típicas do DEPARTAMENTO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO - AGEPEN, o que, no seu entender, constituiu flagrante desvio de função, e ainda, a perda da capacidade operacional de INVESTIGAÇÃO;

d) o SINPOL alega que não é tarefa dos agentes de polícia civil custodiar presos dentro das Delegacias de Polícia; atender às necessidades básicas daqueles (fornecer alimentação, proceder à revista pessoal de seus visitantes) ou ainda, transferir presos (provisórios ou condenados definitivamente pela justiça) da Delegacia de Polícia para estabelecimentos penais adequados;

e) Concluiu a exposição de suas alegações, requerendo:

1. a imediata desobrigação ao Agente de Polícia Civil JOSÉ TEODORO DE SOUZA, em custodiar presos;

2. a revisão das punições aos demais policiais, punidos pelos mesmos atos, pois quando há vícios nos atos administrativos, a própria Administração Pública tem a obrigação de saná-los;
3. a imediata retirada dos Policiais Civis da tarefa de custodiar presos nas Delegacias de Polícia do Estado de Mato Grosso do Sul, em caráter de urgência, por ser desvio de função, ficando a cargo destes Policiais Civis somente a sua capacidade operacional de investigação, conforme preceitos institucionais, constitucionais e da própria sentença judicial.

É o relatório sucinto.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Da Ausência do Requisito da Legitimidade do Sindicato

Os Sindicatos e as Associações, para agirem na qualidade de SUBSTITUTOS PROCESSUAIS dos sindicalizados e associados em ações coletivas contra órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, devem demonstrar que foram previamente autorizados por aqueles, instruindo a petição inicial com a relação nominal de todos os sindicalizados e respectivos endereços e com a ata da assembléia que os autorizou a intentar a ação.

Tais exigências encontram-se no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.494/97, alterado pela Medida Provisória n.1.798-2 e reedições posteriores, a seguir transcrito:

Art. 2º - A (acrescido pela Med. Prov. 2.180-35, de 24.08.2001) - A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá ser obrigatoriamente instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal de seus associados e a indicação dos respectivos endereços.

O Código de Processo Civil, por sua vez, estabelece em seu artigo 6º, que NINGUÉM PODERÁ PLEITEAR, EM NOME PRÓPRIO, DIREITO ALHEIO, SALVO QUANDO AUTORIZADO POR LEI.

“*Mutatis mutanti*”, os referidos dispositivos legais aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo.

Para que o SINPOL possa postular providências administrativas, representando a pessoa de JOSÉ TEODORO DE SOUZA, e outros, deveria ter provado que possui legitimidade para tal.

Entretanto, o referido Sindicato não instruiu o requerimento com os documentos indispensáveis para provar que o referido servidor é sindicalizado e que autorizou a entidade de classe a representá-lo.

Ante o exposto, é forçoso reconhecer que o requerimento em análise não mereceria ser conhecido.

2.2 O Ato Administrativo Impugnado pelo SINPOL

Antes de enfrentarmos as questões propostas na presente Consulta, convém esclarecer que, anteriormente, o referido Sindicato havia se insurgido administrativamente contra a custódia dos presos pelos Agentes de Polícia Civil.

O Dr. Almir Silva Paixão, à época Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, formulou consulta a esta Procuradoria-Geral, a qual foi atendida através da Manifestação PGE/PAG/Nº 008/2002, de 29.08.2002, aprovada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado, em despacho de 30.08.2002 (doc. 01. - f. 28).

Por meio da referida Manifestação, a Administração Pública foi orientada quanto à legalidade da convocação dos Policiais Civis para efetuar custódia de presos nas Delegacias de Polícia do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em síntese, foi firmado o entendimento de que:

...

1. Não restou demonstrada a autorização dos associados do SINPOL/MS para representá-los na comunicação e requerimento feito ao Exmo. Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.
2. A Administração Pública Estadual já está promovendo as medidas cabíveis para o integral cumprimento da Lei de Execução Penal, no que se refere aos presos atualmente recolhidos às celas dos Distritos Policiais, estando em fase de construção mais quatro estabelecimentos penais para acomodar devidamente todos os presos.
3. A custódia de presos é serviço público inadiável, sendo proibida por lei a sua interrupção.
4. A custódia de presos não é atividade estranha à função policial, e o seu descumprimento, noticiado pelo Ofício do Presidente do SINPOL, sujeitará os policiais civis infratores às medidas administrativas cabíveis.

A Administração Pública recebeu idêntica orientação em outra consulta formulada pelo Dr. Almir Silva Paixão, então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, relativamente à custódia de presos efetuada por Policiais Militares.

Por meio do Parecer PGE/PAG/Nº 064/2002, de 04.10.2002, aprovado pelo Excelentíssimo Procurador-Geral do Estado em 09.10.2002, a Administração Pública, foi orientada no sentido de que, por ser serviço público essencial, a custódia de presos não pode ser interrompida e, em caráter excepcional, pode ser cometida ao Policial Militar (doc. 02 - f. 44).

O aludido Parecer possui a seguinte ementa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONVOCAÇÃO, PELO GOVERNO DO ESTADO, DE POLICIAL MILITAR PARA CUSTODIAR PRESOS EM DELEGACIAS DE POLÍCIA. IMINÊNCIA DE REBELIÕES E FUGAS. SITUAÇÃO EM QUE HÁ AMEAÇA À SEGURANÇA PÚBLICA. PREVISÃO LEGAL PARA ATUAÇÃO DO POLICIAL MILITAR NA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA.

A custódia de presos é serviço público essencial. O Governo do Estado deve garantir a sua manutenção, mormente se há iminência de rebeliões, fugas e ocorrência de outros delitos no interior das celas existentes nas Delegacias de Polícia de Mato Grosso do Sul.

A convocação de Policial Militar, para assumir ou coadjuvar a custódia de presos, é necessária para reprimir grave perturbação da ordem ou a ameaça de sua irrupção, e encontra amparo legal no artigo 3º, do Decreto Estadual n.1091, de 12.06.81.

Em suma, as razões que obrigaram a Administração Pública, a cometer tais funções aos Policiais Civis e aos Policiais Militares, são:

1. A custódia de presos não é função estranha à atividade policial;
2. A preponderância do interesse público de coibir a desordem e o risco para a população, que não dispõe de outros instrumentos para retirar de seu meio e manter presos os criminosos, condenados ou com prisão provisória decretada;
3. A transitoriedade de tal situação, pois a Administração Pública está concluindo a construção de diversos presídios para receber o contingente que se encontra recolhido nas Delegacias de Polícia.

2.3 A Execução da Decisão Judicial Invocada pelo SINPOL está Condicionada ao seu Trânsito em Julgado

O requerimento formulado pelo Sindicato dos Policiais Civis de Mato Grosso do Sul fundamentou-se no v. acórdão proferido pela Segunda Seção Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concedeu a segurança no Mandado de Segurança n.2003.008086-4/0000-00, cuja ementa foi anteriormente transcrita.

Porém, o Estado de Mato Grosso do Sul não se conformou com o v. acórdão emanado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, e dele recorreu.

Em 25.02.2004, foram interpostos o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial (docs. 03 e 04 - f. 61 e 69).

Em decorrência da interposição dos mencionados recursos, o v. acórdão que estribou o requerimento do SINPOL ainda não transitou em julgado.

O instituto da coisa julgada está previsto no artigo 467 da Lei Adjetiva Civil, a seguir transcrito, *in verbis*:

Art. 467 - Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A imutabilidade da sentença tem por fundamento a necessidade de não se permitir que conflitos de interesse se protraiam no tempo, indefinidamente, causando a insegurança social.

A “*res iudicata*” apresenta-se como qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas qualidade dela representada pela imutabilidade do julgado e de seus efeitos.

A coisa julgada perfaz-se em duas modalidades, quais sejam, a formal e a material. A primeira decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida, haja vista que

impossibilita a interposição de recursos, que porque a lei não mais os admite, quer em face do esgotamento do prazo legalmente fixado para o recurso.

A coisa julgada material, por sua vez, caracteriza-se pelo impedimento do reexame do litígio por qualquer tribunal ou juiz.

A interposição dos recursos extraordinário e especial, impediu que o v. acórdão adquirisse a qualidade de coisa julgada, pois devolveu o conhecimento da matéria impugnada pelo Estado de Mato Grosso do Sul ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

Destarte, a referida decisão encontra-se sujeita a exame pela instância “*ad quem*”, com probabilidade de vir a ser reformada.

Observa-se que ambos os recursos interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul possuem apenas o efeito devolutivo, “*ex vi*” do disposto no art. 497 do Código de Processo Civil:

Art. 497 - O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 588 desta Lei.

Apesar de os recursos interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul não serem dotados do efeito suspensivo, a execução do v. acórdão somente poderá ocorrer de modo PROVISÓRIO.

Rodolfo de Camargo Mancuso nos esclarece que a interposição dos recursos extraordinário e o especial, mesmo dotados apenas do efeito devolutivo, impede a execução definitiva do acórdão, *in verbis*:

Estão hoje superadas antigas celeumas acerca dos efeitos em que são recebidos os recursos excepcionais, dissensões essas de que, todavia, oportunamente se dará breve notícia histórica, em respeito ao papel importante que à época desempenharam. O § 4º do art. 543 do CPC, acrescido pela Lei n.5.925/73 era explícito em

que o RE era 'recebido unicamente no efeito devolutivo'. Tal configuração viria a ser mantida na Lei n.8.038/90 (art. 27, § 2º) já aí se incluindo o Resp. Presentemente, com a Lei n.8.950/94, a matéria voltou a ter sede no bojo do CPC, lendo-se no § 2º do art. 542 que tais recursos 'serão recebidos no efeito devolutivo.

...

Também Sérgio Rizzi pronunciou-se sobre a matéria: 'O recurso extraordinário se caracteriza por não ter o efeito suspensivo. Mas sempre terá o devolutivo, e o efeito devolutivo impede a execução definitiva. Não há execução definitiva na pendência de recurso extraordinário, não há execução definitiva na pendência de agravo de instrumento contra decisão denegatória do Presidente do Tribunal local (...).¹ Aliás, esse entendimento encontrou guarida no STJ, lendo-se no despacho proferido no Resp 384-MT, rel. Min. Cláudio Santos, DJU 31.8.89, p. 13.875: 'Não há assim, previsão legal para que o relator confira efeito suspensivo ao especial visto ser de natureza dele e do extraordinário apenas o efeito devolutivo.' E este julgado, também do STJ: 'O recurso especial interposto em ação rescisória impede a execução do acórdão que a julgou procedente, em razão do só efeito devolutivo, não havendo necessidade de atribuição do efeito suspensivo' (STJ - 2ª T. Med. Caut. 390-BA - Ag.Rg. rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.12.95, maioria, DJU 18.3.96, p. 7.553).²

Ante o exposto, parece-nos que, além de faltar legitimidade ao SINPOL para formular o requerimento em exame, o mesmo é intempestivo, posto que o cumprimento da ordem mandamental, em caráter definitivo, está condicionado à sua confirmação pelo Egrégio Tribunal "ad quem".

¹ RIZZI, Sérgio Souza. *Do recurso extraordinário*. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.27, p.46, 1989.

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 7.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.148-149.

2.4 Da Extensão dos Efeitos de Decisão Judicial a Terceiros Estranhos a Lide

O requerimento formulado pelo SINPOL diz respeito, ainda, à extensão dos efeitos do v. acórdão proferido pela Segunda Turma Cível do Egrégio Tribunal de Justiça local, no Mandado de Segurança n.003.008086-4/0000-00 - Capital, aos demais Agentes de Polícia Civil que, segundo informa, teriam sido punidos pelos mesmos atos.

Referido “writ” não se tratou de ação coletiva, foi intentado com a finalidade única de proteger suposto direito individual.

Já se demonstrou que a interposição de recursos para a instância superior, por si só, impede o cumprimento do “writ” em caráter definitivo.

Caso a ordem mandamental venha posteriormente a confirmar-se por decisão irrecurável, os seus efeitos ficarão adstritos exclusivamente ao Agente de Polícia Civil José Teodoro de Souza, em obediência ao que dispõe o artigo 472 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoas, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Ao comentar a respeito do referido dispositivo legal, Adolf Schönke pontifica:

A coisa julgada se limita, por regra geral, às partes em juízo (limite subjetivo da coisa julgada) e os terceiros somente ficam vinculados pelas declarações contidas em uma sentença final, quando assim expressamente ordena a lei. Semelhante estreitamento da coisa julgada, no aspecto subjetivo, se deve da circunstância de que normalmente tão somente as partes tem a

oportunidade de influir com sua atuação no conteúdo da sentença, enquanto que os terceiros que não tenham participado no juízo, não se lhes pode fundamentalmente obrigar pelo estabelecido na sentença, já que nenhuma influência tem exercido sobre a mesma, e em tal medida dita limitação da coisa julgada, é uma manifestação do princípio dispositivo.

Excepcionalmente, a coisa julgada se estende também a terceiros, entre os que ocupam um lugar especial aqueles que, depois da litispendência, são sucessores de uma das partes, fora deste caso de extensão da coisa julgada a terceiros, existe em uma série de suposições causalmente reguladas.³

Não poderíamos deixar de mencionar que, apesar de não estar obrigada a estender a terceiros os efeitos das decisões judiciais nos processos em que é parte, casos houve em que a Administração Pública, valendo-se do poder discricionário, assim procedeu.

Ou seja, tendo sido condenada por decisão final e irrecorrível em determinado processo judicial, a Administração Pública houve por bem adotar determinada decisão judicial como paradigma e passou a decidir administrativamente, em casos semelhantes, em conformidade com o julgado-paradigma.

O princípio norteador desse procedimento administrativo é o reconhecimento, por parte da Administração Pública, de que havia um ato administrativo que merecia ser corrigido, evitando-se certas condenações judiciais e as respectivas sucumbências.

Salvo melhor juízo, não nos parece ser esse o caso em exame. A designação de policiais civis e militares para assumir ou coadjuvar na custódia de presos decorre do fato de que tal atividade não se caracteriza como desvio de função e foi motivada pelo interesse público em não interromper um serviço inadiável.

³ SCHÖNKE, Adolf. Direito processual civil. Campinas: Romana, 2003. p.361.

Ademais, no caso presente, o Estado de Mato Grosso do Sul não se conformou com a ordem judicial e dela recorreu, apresentando, em síntese, as seguintes razões para sua reforma:

- 1) Ofensa ao art. 6º do Código de Processo Civil e ao art. 5º XXI da Constituição Federal ilegitimidade ativa do SINPOL;
- 2) Contrariedade ao art. 5º, III da Lei n.1.531/51 (não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial);
- 3) Ofensa ao art. 2º e ao art. 5º, LIII da Constituição Federal (o v. acórdão cassou a punição disciplinar aplicada mediante incursão no mérito do ato administrativo em verdadeira substituição do julgamento do administrador pelo subjetivo posicionamento constante do voto vencedor, ou seja, houve substituição da Administração pelo Poder Judiciário quanto ao juízo de mérito de atividade eminentemente administrativa, em prejuízo da garantia do juízo natural e do princípio da independência harmônica entre os poderes).

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos, salvo melhor juízo, que o requerimento formulado pelo Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul não mereceria ser conhecido, uma vez que a referida entidade sindical não provou possuir legitimidade para postular administrativamente em nome de terceiros, ainda que estes sejam seus afiliados.

Entendemos, ainda, salvo melhor juízo, que se conhecido for, o requerimento formulado pelo Sindicato dos Policiais Cíveis do Estado de Mato Grosso do Sul merece ser indeferido, uma vez que o v. acórdão proferido no Mandado de Segurança n.2003.008086-4/0000-00 ainda se encontra em grau de recurso e, por ora, não pode produzir plenamente seus efeitos.

Estando, porém, a matéria ‘sub judice, a Administração Pública deverá provisoriamente abster-se de determinar ao Agente de Polícia Civil José Teodoro de Souza, que assuma ou venha a coadjuvar na custódia de presos.

Nos assentamentos funcionais do referido servidor, deverá constar, junto com o registro da penalidade a ele aplicada, a averbação do teor do v. acórdão em comento, com a observação de que o cancelamento ou manutenção definitiva da penalidade está pendente dos julgamentos dos Recursos Especial e Extraordinário interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Entendemos, salvo melhor juízo, que na hipótese da referida decisão de vir a ser confirmada pelos Tribunais *ad quem*, os seus efeitos se produzirão com relação ao Agente de Polícia Civil José Teodoro de Souza, para o fim de liberá-lo, em caráter definitivo, das aludidas atribuições funcionais e para cancelar a penalidade que lhe foi aplicada.

Por derradeiro, entendemos, salvo melhor juízo, que os efeitos da eventual confirmação do “writ”, não poderão ser estendidos a terceiros, alheios ao litígio judicial, “*ex vi*” do disposto no art. 472 do Código de Processo Civil.

É o parecer que submetemos à elevada apreciação do Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

Campo Grande, MS, 09 de março de 2004.

Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria Fiscal

Despacho

Vistos, etc.

1. Aprovo, nos termos do art. 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, e pelos fundamentos jurídicos que contém, o Parecer PGE/N. 010/2004 – PF/Nº 001/2004 – PF/Nº 001/2004, de lavra da Procuradora do Estado Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras, acostado às f. 83-95 dos autos epigrafados, por mim rubricadas.

2. À Assessoria Técnica do Gabinete para:

a) providenciar o registro do Parecer;

b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado Vaneli Fabrício de J. Gouliouras, na Procuradoria Fiscal;

c) remeter cópia do Parecer aprovado, com esta decisão, ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado para conhecimento e deliberações pertinentes;

d) após, arquivar estes autos.

3. Cumpra-se.

Campo Grande, MS, 11 de março de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Chefe do Estado

PARECER PGE/Nº 013/2004

PARECER PAT/Nº 001/2004

Processo n. 15/000693/2004

Interessado: Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - DETRAN/MS.

Assunto: Possibilidade de subdelegação das atividades referidas no inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro a terceiros.

Ementa: SERVIÇO PÚBLICO - ATIVIDADES PREVISTAS NO INCISO III, DO ARTIGO 22, DA LEI N.9.503/97 - DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO POR OUTORGA DA UNIÃO MEDIANTE LEI - IMPOSSIBILIDADE DE A ENTIDADE DELEGATÁRIA (DETRAN-MS) SUBDELEGAR O EXERCÍCIO DESTA ATIVIDADE A TERCEIROS - MEDIDA QUE NÃO POSSUI AMPARO LEGAL.

O exercício das atividades estatuídas no inciso III, do artigo 22, da Lei n.9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro, porque transferidas por lei ao Departamento Estadual de Trânsito por outorga da União - titular única do serviço público - somente pode ser exercitado pela entidade delegatária, a qual está, ante a ausência de previsão legal, impedida de subdelegar o seu exercício a terceiros estranhos ao ato de outorga.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Trata-se de consulta formulada pelo Diretor Presidente do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - DETRAN-MS, que encaminhou o Ofício PRESI n.062 de 17.03.2004 a esta Procuradoria-Geral do Estado, objetivando manifestação a respeito da possibilidade de se subdelegar a terceiros a competência que lhe foi outorgada pelo órgão federal competente, nos termos do inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro, "presentes os

aspectos de responsabilidade e segurança que a medida - se exequível - envolve”.

Aduziu que “já houve precedente nesse sentido, conforme revela o teor do Convênio n.011/2001/PJU, firmado em 03.05.01, entre o DETRAN-MS e o Sindicato dos Despachantes de Mato Grosso do Sul (cópia anexa), através do qual o DETRAN-MS autorizou os Despachantes a exercerem as atividades que lhe competiam, pelo prazo de dois anos.”

Acostou-se ao ofício os seguintes documentos: 1) Processo Administrativo n.31/751397/2001 - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO, datado de 3 de maio de 2001, contendo 19 folhas; 2) Parecer n.º 409/02 - PJU, contendo 3 folhas; 3) Ofício n.0019/04/CRDD/MS, de 04 de fevereiro de 2004, contendo 5 folhas; 4) Ofício n.0064/2004/CRDD, de 15 de março de 2004, contendo 7 folhas; 5) Reportagens retiradas do site www.campogrande.com do dia 11.03.2004, contendo 6 folhas.

Vieram esses autos para emissão de parecer.

É o breve relato. Analisa-se o caso.

Ao que se colhe, o ponto nodal da situação submetida a análise desta Procuradoria, cinge-se em saber se é permitido ao Departamento Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - DETRAN-MS subdelegar a terceiros a prestação dos serviços de vistoria, constante no inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro¹.

O Código de Trânsito Brasileiro, cuja elaboração por força dos disposto no artigo 22, XI, da Constituição Federal², é de competência privativa da União, instituiu o Sistema Nacional de Trânsito, composto

¹ Art. 22 do CTB. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:

...

III - vistoriar, inspecionar quanto às condições de segurança veicular, registrar, emplacar, selar a placa, e licenciar veículos, expedindo o Certificado de Registro e o Licenciamento Anual, mediante delegação do órgão federal competente;

² Art. 22 da CF. Compete privativamente a União legislar sobre:

...

XI - trânsito e transporte.

de órgãos federais, estaduais e municipais, dos quais dependem toda a eficácia da organização, direção e implantação do trânsito em todo o País.

Compõe-se o Sistema de órgãos e entidades executivos e normativos, de âmbito federal, estadual e municipal, visando a atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento e infrações, aplicação de penalidade e julgamento de recursos.

Os órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito, por sua vez, e nos termos do que dispõe o artigo 7º do Código de Trânsito Brasileiro, são:

I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo;

II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores;

III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - a Polícia Rodoviária Federal;

VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e

VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI.

A competência dos órgãos executivos de trânsito dos Estados, está prevista no artigo 22 do Código de Trânsito Brasileiro, que, descendo às minudências do caso concreto, em seu inciso III, dispõe:

Art. 22. Compete aos órgãos ou entidades executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, no âmbito de sua circunscrição:

...

III - vistoriar, inspecionar quanto às condições de segurança veicular, registrar, emplacar, selar a placa, e licenciar veículos, expedindo o Certificado de Registro e o Licenciamento Anual, mediante delegação do órgão federal competente;

Verifica-se, destarte, que, dentro do Sistema Nacional de Trânsito a competência para “*vistoriar, inspecionar quanto às condições de segurança veicular, registrar, emplacar, selar a placa, e licenciar veículos*” foi atribuída, por força de lei, às entidades executivas de trânsito dos Estados o que no caso do Estado de Mato Grosso do Sul é exercido pelo Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN-MS.

É, pois, um serviço público, cujo exercício, primo *ictu oculi*, está afeto à competência única e exclusiva das entidades executivas estaduais, já que somente a expedição de Certificado de Registro e Licenciamento Anual dependem de delegação do órgão federal competente.

Com efeito, o serviço público em comento é de titularidade privativa da União, que o outorgou, por meio da Lei n.9.503/97, aos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, dentre os quais, atribuiu aos Departamentos Estaduais de Trânsito, a competência para o exercício da vistoria, inspeção quanto às condições de segurança veicular, registro, emplacamento, selamento de placa, licenciamento de veículo, podendo ainda, mediante delegação do órgão federal competente, expedir o Certificado de Registro e o Licenciamento Anual.

A Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviço público³.

A regulamentação e controle do serviço público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação, caberá sempre ao Poder Público, cuja competência a própria Constituição Federal atribui. O fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à administração pública direta, não retira dos entes federados sua titularidade única e indeclinável.

Assim, a transferência da execução do serviço, somente poderá sair da esfera de atribuições do Poder Público, titular do serviço, mediante outorga ou delegação.

Dá-se a outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço. A delegação, por sua vez, ocorre quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão), a execução desse mesmo serviço.

Somente quem possui a titularidade do serviço pode transferir o seu exercício a terceiros e, ainda assim, mediante lei que autorize e discipline as condições dessa transferência.⁴ Qualquer novo serviço, que as entidades pretendam delegar por meio de concessão ou permissão, dependerá, todavia, da prévia manifestação de vontade do legislador. Acerca desta questão, preleciona José dos Santos Carvalho Filho:⁵

³ Art. 175 da Constituição Federal. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁴ Art. 2º da Lei n.º 9.074/95. É vedado a União aos Estado e ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos casos referidos na Constituição Federal, nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n.8.987/95.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9.ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2002..

Nestes casos, por seguinte, duas serão as vontades necessárias à instituição da concessão ou da permissão do serviço público: a primeira, do administrado que, com vistas à prestação do serviço delegado, proporá a promulgação de lei autorizativa, e a segunda do legislador, que, aceitando a proposta, consignará a sua autorização.

Verifica-se, destarte, que, *in casu*, o Departamento Estadual de Trânsito, não possui a titularidade dos serviços elencados no inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro, mas simplesmente possui, por outorga da União (Lei n.9.503, de 23.09.97), o exercício desses serviços, que deverão ser exercidos nos estritos limites da delegação.

Não podem, por conseguinte, os serviços que lhe foram, mediante lei, delegados por outorga da União, serem delegados ou “subdelegados” a terceiros, simplesmente porque o Departamento Estadual de Trânsito não possui a titularidade de tais serviços.

Por não haver possibilidade de subdelegação, irrelevante se me afigura-se tecer pormenores acerca dos “*aspectos de responsabilidade e segurança que a medida -se exequível - envolve*”.

De nenhuma importância, ainda, é o fato de existir precedente que autoriza o exercício, por terceiros, das atividades constantes no inciso III, do artigo 22, da Lei n.9.503/97, já que, como dito alhures, o exercício das atividades constantes no dispositivo citado, porque de titularidade exclusiva da União, somente poderia, por ela, ser transferido e jamais pela entidade delegatária, mormente quando inexistente esta possibilidade no ato de outorga.

Tecidas estas considerações, forçoso é convir que a subdelegação, pelo Departamento de Estadual de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - DETRAN-MS, das atividades constantes no inciso III, do artigo 22, do Código de Trânsito Brasileiro, a terceiros é totalmente contrária não só a legislação pertinente ao trânsito, como também ao próprio ordenamento jurídico constitucional hoje vigente.

É o parecer que se submete à elevada consideração superior.

Campo Grande, MS, 22 de março de 2004.

Luciano dos Santos Mendes
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 013/2004 – PAT Nº 001/2004, subscrito pelo Procurador do Estado Luciano dos Santos Mendes, constante de folhas 44-9, vistas por mim, do processo em destaque.

2. Anoto, pela pertinência e oportunidade e em abono ao já asseverado pelo parecerista, que, em relação ao exercício de competência institucional, tem-se entendimento pacífico na doutrina de que esta é inderrogável. *“seja por ato da Administração, seja por acordo com terceiros”*¹, e que *“considerando que os agentes públicos devem exercer pessoalmente suas atribuições, a delegação de competência depende de norma que a autorize, expressa ou implicitamente”*².

3. A Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão ao subscritor do Parecer ora aprovado; e

¹ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.197.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p.640.

c) extrair cópia desta decisão e do aludido Parecer à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 22 de março de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 016/2004

PARECER PAT/Nº 002/2004

Processo n.15/000641/04

Interessados: Secretário do Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos.

Instituto de Meio Ambiente Pantanal - IMAP.

Assunto: Viabilidade jurídica de serem os custos dos serviços públicos prestados pelo IMAP fixados por meio de resolução.

Ementa: INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - ANÁLISE E VISTORIA DE ÁREA DESTINADA À IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE RECOMPOSIÇÃO, REGENERAÇÃO E COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL - ATIVIDADE CONCERNENTE AO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO ENTE ESTATAL - IMPOSSIBILIDADE DE SE INSTITUIR A COBRANÇA POR INTERMÉDIO DE RESOLUÇÃO - MATÉRIA QUE DEVE SER IMPLEMENTADA MEDIANTE ATIVIDADE LEGISLATIVA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 78 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL CUMULADO COM O INCISO I, DO ARTIGO 150, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A instituição de cobrança pelo desempenho de atividade de análise e vistoria de área destinada à implantação do Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal, porque imbricada ao exercício de poder de polícia, somente pode ser instituída e implementada por intermédio de atividade legislativa.

Somente se pode exigir o pagamento de contraprestação pelo exercício do poder de polícia se, além de, previamente, ser editada lei administrativa criando a atividade de fiscalização, for editada lei tributária autorizadora da cobrança da referida exação.

Senhor Procurador-Geral do Estado

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul - SEMA, que encaminhou o Ofício n.095/2004 - GAB/SEMA de 02.03.2004 a esta Procuradoria-Geral do Estado, objetivando manifestação a respeito da viabilidade jurídica de os custos dos serviços prestados pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, referentes à implantação do Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal, serem fixados mediante resolução, independentemente de lei anterior específica.

Acostou-se ao ofício a Manifestação/SEMA/IMAP/AJU/Nº 003/2004, datada de 02.03.2004 (f. 3-11).

Vieram esses autos para manifestação (f. 12), ocasião em que se constatou a necessidade de verificar o teor dos autos do Processo Administrativo n.15/000405/2003 - PGE, porquanto expressamente referido na manifestação que instrui a presente consulta (f. 13).

Por intermédio do despacho de f. 15, a par de ser deferida a solicitação formulada, determinou-se encaminhar, a esta especializada, os autos do processo administrativo referido, os quais me foram entregues na data de 01.04.2004.

É o breve relato. Passa-se, pois, a análise do caso.

Ao que se colhe, o ponto nodal da situação submetida à análise desta Procuradoria, cinge-se em saber se é juridicamente viável se estabelecer, por meio de resolução, a cobrança dos custos do serviço público a ser prestado pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, para a implantação do Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal.

Nos termos do que dispõe o inciso III, § 2º, do artigo 1º do Código Florestal,¹ a Reserva Legal consiste na:

¹ Redação da pela Medida Provisória n.2.166-7, de 24.08.2001, DOU 25.08.2001 - Ed. Extra.

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas.

Conforme estatui o artigo 2º do Decreto Estadual n.10.707 de 22/03/02,² *in verbis*:

o Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal tem por finalidade garantir que o território do Estado de Mato Grosso do Sul tenha, no mínimo, o índice de vinte por cento de cobertura florestal, por meio da conjugação de esforços do Poder Público e da iniciativa privada.

Para tanto, dispõe o artigo 6º do referido Decreto que:

o proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou outra forma de vegetação nativa com extensão inferior a vinte por cento ... deve adotar as seguintes medidas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com os critérios estabelecidos em regulamento do Instituto de Meio Ambiente - Pantanal;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal;

III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento do Instituto de Meio Ambiente - Pantanal.

² Institui o Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal no Estado do Mato Grosso do Sul.

De outro viés, acerca da averbação da Reserva Legal, dispõe, com efeito, o artigo 17 do referido Decreto, com redação análoga ao disposto no § 8º, do artigo 16, do Código Florestal,³ *in verbis*:

Art. 17. A Reserva Legal deverá ser averbada à margem da matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramentos ou de retificação da área, com exceção dos casos previstos em lei federal.

Nunca é demais lembrar que, nos termos do que dispõe o § 4º, do artigo 16 do Código Florestal, *in verbis*:

A localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerados, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver:

I - o plano de bacia hidrográfica;

II - o plano diretor municipal;

III - o zoneamento ecológico-econômico;

IV - outras categorias de zoneamento ambiental; e

V - a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida.

³ § 8º do artigo 16 do Código Florestal. A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

E foi justamente para o exercício destas atividades, quais sejam, de implantação do Sistema de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal, que o Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, por intermédio da MANIFESTAÇÃO/ SEMA/IMAP/ AJU/Nº 003/2004, propôs a instituição da cobrança dos custos dos serviços de análise e vistoria para a finalidade de emissão de documento de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal, mediante a expedição de Resolução da Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, independentemente de lei anterior específica.

Não se trata de atuação que possa ser, facultativamente, utilizada pelos destinatários da norma. Mas, sim, de atuação estatal que deve ser, compulsoriamente, fruída por seus destinatários - sujeitos passivos da obrigação - sob pena de, em sua ausência, não ser possível a averbação da reserva legal instituída pelo ordenamento jurídico vigente.

Assim, diante da compulsoriedade da atuação estatal, de caráter pecuniário, forçoso é convir que a exação que se pretende exigir por meio da aludida resolução, se subsume-se, perfeita e unicamente, à figura disposta no inciso II, do artigo 145, da Constituição Federal, assim redigido, *in verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

...

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, dos serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

Segundo Luciano Amaro,⁴ taxa seria:

tributo cujo fato gerador é configurado por uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte, que pode consistir: a) No exercício do poder regular

⁴ AMARO, Luciano da Silva, *Direito tributário brasileiro*, 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1999. p.30.

de polícia; b) na prestação ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de serviço público específico e divisível (art. 145, II: CTN, art.77).

Bernardo Ribeiro de Moraes⁵ ensina que taxa é um:

tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente da atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte, seja em razão do exercício de polícia, seja em razão da utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Portanto taxa é uma das espécies tributárias, cuja hipótese de incidência é a prática de uma atividade estatal, no exercício do seu poder de polícia ou na utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

É um tributo vinculado, cuja referibilidade é imediata e direta, com objetivo de compartilhar o gasto público pela atividade prestada pelo Estado a um determinado grupo, e não a sociedade em geral.

Ao que se denota do caso concreto, a atividade a ser desenvolvida pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, consubstanciada na análise e vistoria para o fim de emissão de documento de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal, melhor se amolda em típico caso de exercício do poder de polícia, a qual, nos termos do artigo 78 do Código Tributário Nacional, significa, *in verbis*:

Art. 78. CTN. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à

⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de,. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p.6.

disciplinada da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Vale ressaltar que a enumeração feita no artigo referido não é taxativa. A mesma é exemplificativa, cabendo outras hipóteses de exercício do poder de polícia.

Não é por outra razão que Diógenes Gasparini⁶ ensina:

A par do conceito legal de polícia administrativa dado pelo art. 78 do CTN, pode-se considerar essa atribuição como sendo a que dispõe a administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social (12). Vê-se que essa atribuição não se presta a condicionar os direitos de liberdade ou de propriedade. As limitações, os condicionamentos, as restrições incidem sobre a liberdade e a propriedade, não sobre os respectivos direitos.

A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que a atividade estatal que tem por fim "condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos designa-se poder de polícia.(...) Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente da liberdade e da propriedade dos cidadãos".

⁶ GASPARINI, Diógenes, *Direito administrativo*. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1992. p.114.

Poder de polícia não é atividade da Administração e sim, poder do Estado. Por tais razões, não pode ser exercido por meio de singela resolução administrativa. Somente deve ser exercido mediante produção legislativa.

O princípio da legalidade é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do Direito Público e, em especial, o Tributário. A raiz de todo ato administrativo tributário deve buscar suporte em uma norma legal. Não se pode, em hipótese alguma, inovar o ordenamento jurídico sem que haja amparo, previamente, delimitado em lei.

Com efeito, dispõe o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal que *"Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça"*.

Vale dizer, ainda, e utilizando-se das palavras do insigne Luciano Amaro,⁷ que:

a legalidade tributária implica, por conseguinte, não a simples preeminência da lei, mas a reserva absoluta de lei, vale dizer, 'a necessidade de que toda a conduta da Administração tenha o seu fundamento positivo na lei, ou, por outras palavras, que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa.

Nunca é demais lembrar que somente, em tese seria, possível a instituição da cobrança da contraprestação devida pelo exercício da atividade de "análise" e "vistoria" a ser desenvolvida, pretensamente, pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, se houvesse, anteriormente, a existência lei que, a despeito de instituir essa atividade, outorgasse o seu exercício ao Instituto em questão.

Somente após criação dessa atividade mediante lei, é que se poderia falar em exigência de contraprestação pelo seu exercício,

⁷ AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.112

momento quando disposto, compulsoriamente, à disposição dos contribuintes jurisdicionados neste Estado.

Acerca dessa questão, cumpre colacionar, a sempre oportuna lição de Roque Antônio Carrazza,⁸ que, com singularidade, preleciona:

A hipótese de incidência das taxas só pode consistir num destes dois fatos, regido pelo Direito Público:

I - a prestação de serviço público; e

II - o exercício do poder de polícia. Portanto, a lei da pessoa política tributante deve colocar na hipótese de incidência de taxas ou a prestação de um dado serviço público ou a prática de um ato de polícia.

Frisamos que tais fatos não podem ser produzidos por particulares ou empresas privadas, mas, tão-somente, pelo Estado, mediante determinação legal. Sem lei, ele não pode nem prestar serviços públicos, nem exercer o poder de polícia.

...

Logo, para que a tributação por via de taxas ocorra validamente, é preciso sejam editadas duas leis: uma, de natureza administrativa, regulando o exercício do poder de polícia ou a prestação do serviço público, e outra, de índole tributária, qualificando estas atuações estatais e atribuindo-lhes o efeito de, uma vez realizadas, darem nascimento, in concreto, à modalidade de tributo ora em estudo. (original sem grifo).

E, mais à frente, ainda sobre a instituição de taxa referente ao exercício do poder de polícia, arremata:

⁸ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 353-354.

É bom lembrarmos que o poder de polícia, no Brasil, deve - por força do princípio da legalidade - ser exercitado, num primeiro momento, por meio de lei, editada pela pessoa política que, nos termos da Constituição, tiver competência administrativa para, em homenagem ao interesse público, ordenar e restringir direitos e liberdades individuais. Só depois de editada a lei - e com apoio nela - é que a Administração Pública poderá ocupar-se com o assunto, por meio de regulamentos (que disciplinarão abstratamente determinada conduta) e atos administrativos de efeitos concretos. O exercício do poder de polícia impõe, sempre, abstenções, para os membros da comunidade.

Exercendo, com base em lei, seu poder de polícia, o Estado (*latu sensu*) limita o exercício dos direitos à propriedade e à liberdade das pessoas, de modo a permitir que, observado o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, todas possam desfrutar igualmente desses dois bens supremos.⁹

Verifica-se, pois, e com base no excerto colacionado, que somente poderia se exigir o pagamento de contraprestação pelos "serviços de análise e vistoria para o fim de emissão de documento de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal" se, além de previamente ser editada lei administrativa criando o serviço de fiscalização que se pretende instituir, se editar lei tributária que autorize a cobrança da contraprestação devida em razão deste exercício de poder de polícia exercitado pelo Estado, seja diretamente, por seus órgãos, seja indiretamente, por seus entes delegatários.

Nem se diga, por absurdo, que o fato de se atribuir à exação a denominação de "custos de serviços" em vez de "taxa" possa ter o condão de alterar a natureza jurídica da exigência pretendida.

Isso porque o próprio Código Tributário Estadual, em seu artigo 4º, foi incisivo ao dispor que a *natureza jurídica e específica de cada tributo* é dada pelo *fato gerador da respectiva obrigação tributária*,

⁹ CARAZZA, *op. cit.*, 1999. p.356.

sendo irrelevantes, para determinar a espécie de tributo, o exame de sua denominação e demais características formais que a lei possa adotar.

Calcado nessas razões, forçoso convir que a instituição, por meio de resolução, da cobrança dos custos dos serviços públicos prestados pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP, consubstanciados na análise e vistoria para a finalidade de emissão de documento de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal, é totalmente contrária não só a legislação pertinente, como ao próprio ordenamento jurídico constitucional hoje vigente.

É o parecer que se submete à elevada consideração superior.

Campo Grande, MS, 12 de abril de 2004

Luciano dos Santos Mendes
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com a observação que segue, com suporte no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 016/2004 - PAT Nº 002/2004, subscrito pelo Procurador do Estado Luciano dos Santos Mendes e com a anuência de mérito do Procurador-Chefe de Assuntos Tributários Denis Cleiber Miyashiro Castilho, constante de folhas 55-63, vistas por mim, do processo em destaque.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) extrair duas cópias desta decisão e do Parecer ora aprovado e, ato contínuo:

a.1) juntar uma ao processo n.15/000405/2003, e

a.2) encaminhar outra ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos; e

b) desanexar o processo n.15/000641/2004 dos processos n.15/000772/2002 e 15/000405/2003, devolvendo o primeiro à Procuradoria de Assuntos Tributários, para ciência desta decisão aos Procuradores do Estado citados no item precedente e arquivo naquela Especializada, e aos demais destinar à Procuradora do Estado Carina Souza Cardoso Pompeu, na Procuradoria-Regional de Aquidauana (MS).

Campo Grande, MS, 14 de abril de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 019/2004

PARECER PAT/Nº 003/2004

Processo n.15/000846/04

Interessado: Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer.

Assunto: Aplicação do artigo 216, § 6º da Constituição Federal à Lei Estadual n.2.645/03, que reorganizou o Fundo de Investimentos Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ementa: LEI ESTADUAL N.2.645/03 - FUNDO DE INVESTIMENTOS CULTURAIS - FUNDO CONSTITUÍDO POR VERBAS ORIUNDAS DA INICIATIVA PRIVADA E POR VERBAS PÚBLICAS DECORRENTES DE TRANSFERÊNCIA À CONTA DO ORÇAMENTO GERAL DO ESTADO - LIMITAÇÕES DO ART. 216 §6º CF/88 - SUJEIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

A Lei Estadual n.2.645/03 não está sujeita às limitações contidas nos incisos I a III do § 6º do artigo 216 da Constituição Federal, posto que o Fundo criado pela Lei Estadual não é formado por verbas vinculadas à arrecadação líquida tributária.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer encaminha consulta a esta Procuradoria indagando sobre a compatibilização da Lei Estadual n.2.645/2003, que reorganizou o Fundo de Investimentos Culturais de Mato Grosso do Sul - FIC/MS, com o artigo 216, § 6º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n.42, de 19.12.2003.

Em sua consulta, o Sr. Secretário de Estado esclarece que a finalidade prioritária do Fundo de Investimentos Culturais - FIC/MS é apoiar os projetos de natureza estritamente culturais de iniciativa de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, estimulando e fomentando a produção artístico-cultural de Mato Grosso do Sul.

Para melhor análise, o Consultente anexa cartilha sobre o Fundo de Investimentos Culturais contendo notas de Apresentação, texto da Lei Estadual n.2.645/03 e do Decreto Estadual n.11.299/03, bem como modelo de formulário a ser preenchido para obtenção do benefício.

Após o breve relato das etapas de análise, aprovação, acompanhamento e fiscalização dos projetos apoiados pelo Fundo, o Sr. Secretário apresenta os quesitos de sua consulta, a saber:

1º - Podemos considerar como despesas correntes vinculadas diretamente aos investimentos ou ações apoiados (III, § 6º artigo 216 da CF) as despesas especificadas nos itens já mencionados anteriormente? Sim ou não, por quê?

2º - Pode a Coordenadoria do Fundo de Investimentos Culturais diante de despesas eminentemente vinculadas aos investimentos ou ações apoiadas pelo FIC, continuar o seu mister de fazer valer os artigos 6º §2º da Lei n.2.645/2003? Sim ou não, por quê?

3º - o profissional responsável pela análise dos projetos culturais apresentados no FIC/MS, com atuação comprovada e notório saber em específica área da produção e difusão cultural, tem em sua atuação a vinculação diretamente ligada aos investimentos do FIC/MS? Sim ou não, Por quê?

4º - Os profissionais que farão a fiscalização, bem como os acompanhamentos da execução dos projetos beneficiados com recursos do FIC/MS terão suas atuações vinculadas aos referidos investimentos culturais? Sim ou não, Por quê?"

É este o Relatório.

1 Da Circunscrição do Problema

Os quesitos formulados a esta Procuradoria-Geral giram, em síntese, em torno da compatibilização da Lei Estadual n.2.645, de 11.07.2003, que reorganizou o Fundo de Investimentos Culturais criado pela Lei Estadual n.2.366/01, com o § 6º do artigo 216 da Constituição

Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional n.42, de 19.12.2003.

Questiona o Consulente se as despesas descritas em sua consulta são ou não tidas como despesas correntes, nos termos do artigo 216, § 6º, inciso III, da Constituição Federal, e se poderia continuar dando aplicação ao artigo 6º, § 2º da Lei Estadual n.2.645/03.

2 Da Legislação Estadual

Historicamente, as políticas públicas e de administração de orçamentos no Brasil consideraram os investimentos na cultura absolutamente secundários e de pouco retorno social ou econômico. Dentro dessa realidade, a cultura esteve sempre restrita às “belas artes” ou às artes ditas eruditas, retirando-se dela a sua capacidade de gerar desenvolvimento local e qualidade de vida entre comunidades, povos e nações.

Contudo, essa visão pouco sociável vem mudando. Os governantes começaram a perceber que a cultura, além de ser um processo de criação de signos que definem identidades entre grupos sociais, é também um produto da população concretizada a partir de suportes materiais. Ao mesmo tempo, processo e produto, algo tangível e intangível, a cultura não significa mero mosaico, repertório ou inventário, mas exprime o enredamento do homem em crenças comuns, em valores compartilhados, em éticas compactuadas.

Nesse contexto, utilizando-se de sua competência legislativa concorrente estatuída no artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o Estado de Mato Grosso do Sul instituiu o Fundo de Investimentos Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul - FIC/MS através da Lei Estadual n.2.366, de 20.12.2001, fundo este destinado a apoiar projetos estritamente culturais de iniciativa de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, tendo como finalidade fomentar a produção artístico-cultural do Estado de Mato Grosso do Sul (art. 1º da Lei n.2.366/01).

A Lei Estadual n.2.645, de 11.07.2003, veio a reorganizar o Fundo de Investimentos Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul, revogando-se, assim, quase todos os dispositivos da Lei n.2.366/01, com exceção dos artigos 11 e 12, os quais nada se referiam diretamente ao Fundo.

Esta nova Lei, atualmente em vigor, prevê em seus artigos 1º e 8º que o Fundo de Investimentos Culturais estará vinculado à Secretaria de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, a quem compete geri-lo, incluindo prestação de contas.

As fontes de receita do FIC/MS está expressamente prevista no artigo 4º da Lei n.2.645/03, que reza:

Art. 4º Constituem receitas do FIC/MS:

I - contribuições de empresas, na forma do art. 6º;

II - transferência à conta do Orçamento Geral do Estado;

III - auxílios, subvenções e outras contribuições de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

IV - rendimentos de aplicações financeiras;

V - doações e legados;

VI - multas previstas no regulamento;

VII - devolução prevista no art. 22;

VIII - outros recursos a ele destinados e quaisquer outras rendas obtidas.

No que tange às contribuições das empresas, o artigo 6º desse instrumento normativo vem disciplinar um incentivo fiscal de fomento à cultura, prevendo a possibilidade de se deduzir o valor efetivamente depositado pelos contribuintes do ICMS em benefício do FIC/MS no saldo devedor final do Imposto, este apurado a cada período.

Acaba por criar a Lei um benefício fiscal concedido aos contribuintes do ICMS, como forma de fomentar as contribuições da iniciativa privada ao Fundo de Investimentos Culturais. Assim, caso venha o contribuinte do ICMS a investir na cultura sul-mato-grossense, por meio de depósito em favor do FIC/MS, poderá ter este valor deduzido do saldo devedor do ICMS.

Todavia, acertadamente, tratou a Lei de limitar o valor a ser deduzido como benefício, de modo a não comprometer a arrecadação estadual com o referido imposto. Estabeleceu-se, assim, como parâmetro de cota máxima permitida para dedução o teto de 0,55% (cinquenta e cinco centésimos por cento).

Mister salientar que não trata o caso de vinculação de receita, posto que o limite de 0,55% (cinquenta e cinco centésimos por cento) da arrecadação estadual do ICMS representa apenas um parâmetro para teto máximo que a Lei permite deduzir do ICMS e não um percentual de repasse certo e afetado.

Destaca-se, aqui, que não é o produto da arrecadação do ICMS que está atrelado ao fundo, mas tão somente o parâmetro da base de cálculo a ser utilizada como limite máximo de dedução do ICMS, isto é, 0,55% (cinquenta e cinco centésimos) da arrecadação do ICMS.

Ora, da forma como previsto no artigo 6º da Lei Estadual n.2.645/03, trata-se somente da previsão legal de uma das várias fontes de receita do Fundo advindas do capital privado, mero disciplinamento de uma liberalidade concedida ao contribuinte, qual seja: de deduzir o valor efetivamente contribuído para o FIC/MS.

O intuito do legislador, ao criar a norma, certamente foi o de criar um incentivo aos particulares, contribuintes do ICMS, para que contribuíssem com o Fundo, ou seja, para que contribuíssem com a própria cultura sul-mato-grossense. Assim, o Fundo poderá ou não receber receita dessa fonte. E mais: se receber, independente do valor que ingressar, somente o equivalente a 0,55% da arrecadação do ICMS poderá ser deduzido.

De se observar que as contribuições são facultativas, feitas diretamente pelo particular ao Fundo, do mesmo modo que os auxílios,

subvenções, doações e legados também previstos no artigo 4º daquele diploma legal, não havendo que se falar, então, em vinculação de receita.

A única fonte derivada de verba pública é aquela prevista no inciso II do artigo 4º, ou seja, aquela decorrente de transferências correntes à conta do Orçamento Geral do Estado, prevista na Lei de Orçamentária Anual, nos termos do artigo 13 da Lei Federal n.4.320/64.

Certo é que a Lei n.2.645/03, da forma como se mostra, encontra-se perfeitamente em consonância com a Constituição Federal, não padecendo de qualquer vício quer possa macular.

3 Da Emenda Constitucional n.42

A Emenda Constitucional n.42, de 19.12.2003, portanto posterior a Lei Estadual n.2.645/03, no intuito de valorizar a cultura brasileira, respeitando, sobretudo, a sua diversidade, criou mais uma possibilidade de fomento a cultura, facultando aos Estados e ao Distrito Federal a possibilidade de vincular até 0,5% (cinco décimos por cento) de sua receita tributária líquida a fundo estadual de fomento à cultura.

O que se verifica é que a Emenda veio a criar uma nova possibilidade de investimento à cultura, independente daquela já prevista na Lei Estadual n.2.645/03. Ess nova possibilidade seria financiada por recursos públicos vinculados diretamente às receitas tributárias líquidas, como forma de exceção ao princípio da universalidade disposto no artigo 167, inciso IV da Carta Constitucional.

Cumpra, todavia, esclarecer que a inovação trazida pela Emenda Constitucional n.42 necessita de regulamentação dos Estados, regulamentação esta a ser veiculada por meio de lei em sentido estrito, permitindo-se o abastecimento de um fundo de fomento à cultura por receitas tributárias previamente vinculadas.

Nesse caso, em sendo criado um fundo nos termos do § 6º do artigo 216 da Constituição Federal pelo Estado de Mato Grosso do Sul, mister salientar que a utilização dos recursos do fundo ficaram

limitadas somente aos projetos e ações apoiados. Se criado esse novo fundo, derivado de receitas tributárias vinculadas a arrecadação tributária líquida, a verba arrecadada não poderá ser utilizada para pagamento de pessoal ou encargos sociais ou, tampouco, para pagamento de serviços da dívida ou quaisquer outras despesas correntes não vinculadas diretamente aos projetos culturais apoiados pelo programa.

O legislador constituinte derivado, ao prever o disposto nos incisos I a III do § 6º do artigo 216 da Constituição Federal, quis assegurar que toda a receita angariada pelo fundo que estivesse vinculado à arrecadação dos Estados e do Distrito Federal fosse utilizada diretamente para as ações e projetos apoiados, impedindo, assim, que se dissipasse essa receita com pagamento de pessoal ou com outras despesas de fiscalização e acompanhamento dos projetos.

E mais: os incisos I e II vêm apenas a corroborar com a vedação mais genérica estatuída no inciso III, que prevê a impossibilidade de se utilizar os recursos financeiros com “qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados”.

Ora, despesas correntes, segundo o ilustre Luiz Emydio F. da Rosa Jr¹, são as despesas operacionais e economicamente improdutivas, aí incluindo-se as despesas de custeio (pessoal, material de consumo, serviços de terceiro, encargos diversos) que objetivam assegurar o funcionamento dos serviços públicos; e as despesas de transferências correntes (subvenções, inativos, serviços da dívida, etc.) compreendendo todos os gastos sem aplicação direta dos recursos de produção.

Sendo assim, os recursos do fundo previsto no artigo 216 da Constituição Federal somente poderiam ser utilizados em benefício direto das ações e projetos beneficiados, sendo vedada sua utilização para pagamento de pro-labore ou pareceristas, bem como para pagamento das despesas de acompanhamento e fiscalização dos projetos beneficiados.

¹ ROSA JR, Luiz Emydio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16.ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Ronovar. 2002, p.36-38.

Na prática, isso representaria mais recursos para a execução dos projetos em todas as áreas. Ampliaria, sem dúvida, o foco de ação da gestão cultural. Influenciaria, de forma direta, na criação de equipamentos e de projetos culturais para todo o Mato Grosso do Sul. Ao mesmo tempo, permitiria o crescimento do projeto de capacitação na área cultural, qualificando novos quadros para a demanda cultural no setor público ou privado.

De se observar, ainda, que a emenda constitucional, corroborando com aquela idéia já presente na Lei Estadual n.2.645/03, aponta para um caminho irreversível ao apostar na cultura como um direito inalienável dos povos, considerando-a uma via direta para se atingir a cidadania cultural, via direta de inclusão social.

4 A Lei n.2.645/03 após a Emenda Constitucional n.42

A edição da Emenda Constitucional n.42, de 19.12.2003, em nada alterou a Lei Estadual n.2.645/03, permanecendo esta inalterada.

A Lei Estadual n.2.645/03, promulgada anteriormente à Emenda Constitucional n.42, traz a previsão de um outro Fundo, diverso do disposto no artigo 216, § 6º da Carta Magna.

O Fundo criado pela Lei Estadual é financiado por recursos privados, oriundos das contribuições das empresas, auxílios e subvenções particulares, doações e legados e públicos; bem como por recursos públicos, advindos das transferências correntes à conta do Orçamento Geral do Estado. Já a previsão constitucional do artigo 216, § 6º, ao contrário da Lei Estadual, prevê uma exceção à regra de vinculação de receita estatuída no artigo 167, inciso IV da Constituição Federal, possibilitando a destinação de até 0,5% (cinco décimos por cento) de toda a receita tributária líquida do Estado para um fundo de fomento a cultura.

Assim, de se ver que são situações distintas nas quais o Fundo estadual da Lei nº 2.645/03, por ser abastecido por verbas privadas e públicas decorrentes das transferências orçamentárias expressamente previstas nas leis financeiras, não estaria sujeito as limitações contidas

nos incisos I a III do § 6º do artigo 216, CF/88, enquanto que o fundo abastecido pelas receitas tributárias líquidas, ou seja, vinculadas à arrecadação, caso fosse criado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, consistiria em uma exceção ao disposto no artigo 167, inciso IV da Constituição, de forma que se sujeitaria a todas as limitações contidas no texto constitucional.

São casos distintos cuja receita se dá de forma distinta, uma desvinculada da arrecadação líquida tributária do Estado e outra vinculada em até 0,5% (cinco décimos por cento). Ora, a vinculação consiste em estabelecer um automatismo, ou seja, em comprometer para um certo fim um percentual das receitas de certo imposto, ou conjunto de impostos, ou mesmo a totalidade de um imposto. Parece inofensivo, mas a prática viria a mostrar que as vinculações resultam em criar sub-orçamentos, assim enfraquecendo a noção de um Orçamento Geral da União. A Lei n.2.645/03, da forma como foi elaborada, não estabelece qualquer caso de vinculação de receita, não se confundindo, assim, com o fundo previsto no artigo 216, §6º da CF.

5 Das Respostas aos Quesitos

Tudo posto e considerado, resta apenas responder objetivamente aos quesitos formulados:

1º - Podemos considerar como despesas correntes vinculadas diretamente aos investimentos ou ações apoiados (III, § 6º artigo 216 da CF) as despesas especificadas nos itens já mencionados anteriormente? Sim ou não, por quê?

Resposta: Não. As despesas especificadas na consulta, tais como contratação de parecerista e despesas de acompanhamento e fiscalização dos projetos aprovados são consideradas despesas correntes não vinculadas diretamente aos investimentos ou ações apoiados. Todavia, cumpre salientar que a vedação contida nos incisos I a III do § 6º do artigo 216 da Constituição Federal não se aplica à Lei Estadual n.2.645/03, já que esta não é financiada por verbas públicas vinculadas à arrecadação tributária líquida do Estado.

2º - Pode a Coordenadoria do Fundo de Investimentos Culturais, diante de despesas eminentemente vinculadas aos investimentos ou ações apoiadas pelo FIC, continuar o seu mister de fazer valer os artigos 6º §2º da Lei n.2.645/2003? Sim ou não, por quê?

Resposta: Sim. A Coordenadoria do FIC/MS pode e deve continuar seu mister na forma do que dispõe o artigo 6º, §2º da Lei n.2.645/03, já que o FIC/MS, da forma como está estruturado, não se condiciona as limitações contidas no artigo 216, §6º da Constituição Federal. Contudo, caso haja alteração da Lei Estadual n.2.645/03 para prever o abastecimento do FIC com verbas públicas vinculadas à arrecadação tributária, nos termos da Emenda Constitucional n.42, certamente as despesas com pessoal, análise, acompanhamento e fiscalização do projetos não poderão ser custeadas com verbas deste Fundo.

3º - O profissional responsável pela análise dos projetos culturais apresentados no FIC/MS com atuação comprovada e notório saber em específica área da produção e difusão cultural, tem em sua atuação a vinculação diretamente ligada aos investimentos do FIC/MS? Sim ou não, Por quê?

Resposta: Não. A despesa decorrente da contratação de parecerista inclui-se como despesas com pessoal (despesa corrente de custeio) e não guarda, seguramente, uma vinculação diretamente ligada aos investimentos apoiados, mas sim uma vinculação indireta. O parecer do profissional responsável pela análise do projeto constitui uma atividade-meio necessária a concessão do benefício, classificado como despesa corrente de custeio. Contudo, vale salientar que a Lei Estadual n.2.645/03, da forma como se apresenta atualmente, não está sujeita as limitações introduzidas pelos incisos I a III do §6º, introduzidas pela Emenda Constitucional n.42.

4º - Os Profissionais que farão a fiscalização, bem como os acompanhamentos da execução dos projetos beneficiados com recursos do FIC/MS terão suas atuações vinculadas aos referidos investimentos culturais? Sim ou não, Por quê?

Resposta: Sim. Os profissionais que farão a fiscalização, bem como o acompanhamento da execução dos projetos beneficiados com recursos do FIC/MS, terão suas atuações vinculadas aos referidos investimentos culturais, mesmo porque não há como acompanhar ou fiscalizar algo a que não se está, de uma maneira ou de outra, vinculado. Todavia, as despesas, e não atuações, com a fiscalização e acompanhamento são tidas como despesas correntes não vinculadas diretamente aos projetos apoiados. Sendo assim, se instituído um fundo financiado por receitas tributárias diretamente vinculadas, as despesas de acompanhamento e fiscalização deverão ficar a cargo da Secretaria ou órgão responsável pela gestão do fundo. Todavia, no tocante ao fundo reorganizado pela Lei Estadual n.2.645/03, por se tratar de fundo financiado pela iniciativa privada e por transferências correntes às custas do orçamento geral do Estado, as despesas de fiscalização e acompanhamento deverão ser custeadas segundo prevê o § 3º, artigo 6º, da Lei Estadual n.2.645/03.

É este o parecer que se submete à elevada apreciação.

Campo Grande, MS, 23 de abril de 2004.

Rômulo Augustus Sugihara Miranda
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, pelos fundamentos jurídicos que contém, o PARECER PGE Nº 019/2004 - PAT Nº 003/2004, subscrito pelo Procurador do Estado Rômulo Augustus Sugihara Miranda, da Procuradoria de Assuntos Administrativos, constante de folhas 06-15, vistas por mim, do processo em destaque.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado acima citado e ao Procurador Chefe de Assuntos Tributários, Denis Cleiber Miyashiro Castilho, consignando que não foi exigida a sua manifestação, nos termos do artigo 20, inciso VII, da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado, tendo em vista que fiz designação direta do parecerista, por não estar a matéria afeta àquela Especializada; e

c) extrair e destinar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado a digna autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 27 de abril de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 024/2004

PARECER PAA/Nº 017/2004

Processo n.15/001114/2004

Interessado: Diretor-Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - SANESUL.

Assunto: Lei Municipal que dispõe sobre serviço de abastecimento de água.

Ementa: LEI MUNICIPAL N.1.730/2002 QUE DISPÕE SOBRE SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. QUESTÃO CONTROVERSA. ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 22, XXVII DA CF. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO.

Prestação do serviço de fornecimento de água aos cidadãos corumbaenses, identifica-se como um serviço de interesse local. Realização de Convênio de Concessão, com gestão compartilhada entre o Município de Corumbá e a empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul.

Competência privativa da União para legislar. Inteligência do art. 22, inciso XXVII da CF.

Possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade, não pelo Governador do Estado, que não se encontra legitimado para tal. Caberá à Sanesul tomar as providências que entenda cabíveis.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Sr. Diretor-Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - SANESUL, encaminhou ofício n.428/2004/PRES/SANESUL (fls.04/6) à Procuradoria-Geral do Estado, solicitando manifestação a respeito da legalidade da Lei Municipal n.1.730, de

09.12.2002, que dispõe sobre a normatização dos serviços de abastecimento de água e energia elétrica.

Instruem estes autos:

- 1) Manifestação PGE/PF/Nº 007/2004 (fls. 02/03);
- 2) Ofício Nº 428/2004/PRES/SANESUL (fls. 04-06);
- 3) Lei Nº 1.730/2002 da Prefeitura Municipal de Corumbá (fls. 07);
- 4) Convênio de Concessão com Gestão Compartilhada (fls. 08-15);
- 5) Cópia do Diário Oficial Nº 5100, de 14.09.1999, página 11 (fls. 16);
- 6) Cópia do Diário Oficial Nº 5444, de 07.02.2001, página 04 (fls.17);
- 7) Cópia do Diário Oficial Nº 5444, de 07.02.2001, página 05 (fls. 18);
- 8) Resolução/PGE/MS Nº 027/2001, de 23.02.2001 (fls. 19-21);
- 9) Regulamento dos Serviços de Água e de Esgotamento Sanitário (fls. 22);
- 10) Lei Orgânica de Corumbá-MS (fls.23-54);

É o Relatório, passamos à análise solicitada.

I DA ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Lei Municipal n.1.730/02 (fl. 07), de autoria de dois vereadores da Câmara Municipal de Corumbá/MS, trata da normatização dos serviços de abastecimento de água e energia elétrica daquele município.

Inicialmente, cabe observar que o art. 30, inciso V da Constituição Federal, admite competência executiva aos municípios, em se tratando de organização de serviço público de interesse local:

Art. 30. Compete aos Municípios:

...

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Nesse sentido, a prestação do serviço de fornecimento de água aos cidadãos corumbaenses, identifica-se como um serviço de interesse local.

Daí a razão de o Município de Corumbá haver realizado um Convênio de Concessão, com gestão compartilhada, com a empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul (fls. 08/15).

Por outro lado, o art. 22, inciso XXVII da CF dispõe que compete privativamente à União:

legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo primeiro, inciso III.

Desse modo, já tendo inclusive firmado Convênio de Concessão, estipulando as regras executivas a serem seguidas, não poderia o referido Município alterá-las mediante lei, sobretudo, sendo a mesma de iniciativa do Poder Legislativo e não do Poder Executivo, como deveria sê-lo, posto que altera meios de a Administração Municipal relacionar-se com o administrado por meio do serviço público, conforme se apreende da leitura do art. 61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea b, da CF.

Porém, é de se notar que o art. 24, inciso V, da Carta Maior, outorga competência concorrente entre os entes federados para legislar sobre consumo, sendo certo que o conteúdo da referida lei municipal igualmente perpassa pela matéria, bem como, sobre eventual responsabilidade por dano ao consumidor (inciso VIII).

De todo modo, a matéria atinente à organização e prestação do serviço, já se encontra regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal n.8.987/95, pelo Regulamento dos Serviços de Água e de Esgotamento Sanitário (Decreto Estadual n.6.689/92) e pelo Convênio supramencionado.

Em conclusão, a despeito dos questionamentos aventados, é forte a tese que imputa o vício de inconstitucionalidade à Lei Municipal n.1.730/02.

II DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Feitas as presentes considerações e uma vez admitida a tese pela inconstitucionalidade da referida lei municipal, cabe analisar quanto à possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

A Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, Lei Complementar n.95, de 26.12.2001, confere a este órgão, em caráter especial, a atribuição da indicação da propositura ao Exmo. Governador do Estado, bem como, a elaboração da peça correspondente:

Art. 2º A Procuradoria-Geral do Estado é instituição essencial à Administração Pública Estadual, cabendo aos Procuradores do Estado, em caráter exclusivo, a representação do Estado e a defesa dos seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa e, em especial:

(...)

III - propor ao Governador o oferecimento de ação de inconstitucionalidade de quaisquer normas, na forma da Constituição Federal, elaborando o correspondente instrumento.

Entretanto o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente aplicado ao caso presente, revela os seguintes dispositivos da Constituição Estadual:

Art. 89. Compete privativamente ao Governador do Estado:

...

XXIV- propor ação de inconstitucionalidade, nos termos desta Constituição,"

Art. 114. Compete ao Tribunal de Justiça:

...

processar e julgar, originariamente:

...

e) as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal e as que tiverem por objetivo a intervenção em Município, nos termos desta Constituição;

Art. 123. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição:

I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa, se tratar de lei ou ato normativo estadual. (grifo nosso)

Conforme se observa do art. 123, inciso I, da Constituição Estadual, o Governador do Estado não se encontra legitimado para

propor a referida ação direta de inconstitucionalidade contra a lei em questão, uma vez que se trata de lei municipal.

III CONCLUSÕES

À vista das considerações expostas, verifica-se que:

a) embora controversa, há plausibilidade jurídica na tese de que a Lei Municipal encontra-se eivada de inconstitucionalidade;

b) no presente caso, caberá à Sanesul tomar outras providências que entenda cabíveis, uma vez que, quanto à possibilidade de propositura de ação direta de constitucionalidade pelo Governador, não se encontra este legitimado para tal.

É a manifestação, salvo melhor entendimento.

Campo Grande, MS, 28 de maio de 2004.

Marcos Costa Vianna Moog
Chefe da Procuradoria Especializada
de Assuntos Administrativos

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 024/2004 - PAA Nº 017/2004, da lavra do Procurador do Estado Marcos Costa Vianna Moog, também subscrito pela Assistente Paula Fernanda Pezarico, da Procuradoria de Assuntos Administrativos, constante de folhas 56-62, vistas por mim, do processo em destaque.

2. Registro, por oportuno, que se faz necessária uma análise do termo de contrato de concessão firmado entre o Município de Corumbá e a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A, cuja conclusão permitirá, quiçá, o questionamento da lei municipal sob exame no parecer ora aprovado, sob o prisma da legalidade, por meio de controle difuso, em ação de natureza declaratória, até porque é possível que não se encontre ressonância à pretensão de controle concentrado entre quaisquer dos legitimados do artigo 123, incisos II usque V, da Constituição Estadual.

Esse entendimento é reforçado ao se constatar que o artigo 1º da Lei n.1.730, de 09.12.2002, estabelece que *“à empresa de abastecimento de água [...] no Município de Corumbá cabe somente a cobrança pelo produto consumido pelos consumidores”*, dispositivo que, no meu entender e em princípio, afigura-se contrário ao regime de socialização do uso da água e acaba com o regime de tarifa mínima, o que resulta, em última instância, em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, desde que previsto neste.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão aos mencionados no item 1, supra; e

c) extrair cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, e encaminhar para o Diretor-Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul.

Campo Grande, MS, 31 de maio de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 029/2004

PARECER PAG/Nº 002/2004

Processo n.15/000867/2004

Referência: Ofício n.193/2004-GAB/DGPC.

Interessado: Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública.

Assunto: Prestação de informações em Mandados de Segurança por autoridades estaduais. Aplicação do Decreto Estadual n.1.303, de 21 de julho de 2003.

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE AUTORIDADE ESTADUAL SUBORDINADA AO PODER EXECUTIVO. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES REQUISITADAS PELO JUÍZO. PEÇA PROCESSUAL PREPARADA POR PROCURADOR DO ESTADO E ASSINADA EM CONJUNTO COM A AUTORIDADE IMPETRADA. PROCEDIMENTO ESCORREITO PREVISTO NA LEI FEDERAL N.4.348/64, LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.95/2001 E REGULAMENTADO PELO DECRETO ESTADUAL N. 11.303, DE 21.06.2003. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO EM FACE DA NATUREZA DAS INFORMAÇÕES.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

I RELATÓRIO

O Excelentíssimo Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública, por meio do expediente contido no Ofício n.193/2004-GAB/DGPC (f. 02 vº), formula consulta a esta Procuradoria-Geral do Estado acerca do cumprimento do Decreto Estadual n.11.303, de 21.07.2003, que dispõe sobre a prestação de informações pelos órgãos administrativos do Poder Executivo para a defesa do Estado em juízo.

A presente consulta decorre dos questionamentos formulados pelos Delegados de Polícia de Camapuã, Coxim, Pedro Gomes e São Gabriel do Oeste, os quais considerando as normas estabelecidas no referido decreto, mormente as contidas no caput do art. 2º e seu parágrafo único, indagam:

1) O Delegado de Polícia lotado nas cidades do interior onde não há Procurador do Estado, pode preparar e prestar as informações requisitadas pelo Juiz? Em caso positivo, deve enviar cópia das informações prestadas à Procuradoria-Geral do Estado, na Capital, ou pode remetê-las à Procuradoria do Estado mais próxima a sua sede?

2) Nas cidades do interior, onde há Procuradoria do Estado instalada, o Delegado de Polícia deve enviar o expediente encaminhado pelo Juízo solicitando informações ao Procurador do Estado para que ele prepare a informação a ser prestada ou pode prepará-la e prestá-la por conta própria encaminhando cópia à Procuradoria do Estado para conhecimento e acompanhamento judicial?

3) Como devem proceder os Delegados de Polícia lotados na Capital do Estado?

4) Não é questionável a legalidade do art. 2º do Decreto n.11.303, ao estabelecer que as informações serão elaboradas por um ente do estado (não apontado como coator) e assinada por outro (apontado como coator)? E se a autoridade apontada como coatora não concordar com as informações elaboradas pelo Procurador do Estado, mesmo assim está obrigada a assinar algo que não elaborou? Qual a solução para a hipótese aventada? Só a título de exemplo seria o mesmo caso de o Delegado Regional de Polícia lavrar um auto de prisão em flagrante delito e pedir a qualquer dos Delegados da sub-região que assinasse. Qual a posição dessa Assessoria quanto a esse fato?

É o relatório do essencial. Passamos ao Parecer.

II FUNDAMENTAÇÃO

A matéria versada na presente consulta refere-se ao procedimento a ser adotado pelas autoridades estaduais, no âmbito do Poder Executivo, na prestação de informações em mandados de segurança, nos quais figurem como coatoras, com vistas a defesa do Estado em juízo.

Como cediço, o mandado de segurança tem assento constitucional no art. 5º, inciso LXIX e LXX, da CF/88, bem assim na Lei Federal n.1.533/51, e consiste no meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for, e sejam quais forem as funções que exerça.¹

Abstraindo-se a expressão “por ato de autoridade, seja de que categoria for, e sejam quais forem as funções que exerça”, pode-se afirmar que todas autoridades públicas, ou particulares no exercício da função pública, que pratiquem atos administrativos decisórios, são suscetíveis de figurarem no pólo passivo da ação de mandado de segurança.

Nesse diapasão, responderão como autoridades coatoras sempre que praticarem ato ilegal ou com abuso de poder apto a causar ameaça ou violação a direito líquido e certo de qualquer pessoa física ou jurídica, órgão ou universalidade com capacidade processual.

Assim, a teor do disposto no inciso I, do art. 7º, da Lei n.1.533, de 31 de dezembro de 1951, a autoridade indigitada será notificada do conteúdo da petição e dos documentos que a instruem, para, no prazo de 10 dias, prestar as informações que julgue necessárias.

O dispositivo em comento não deixa dúvida de que as informações serão prestadas pela autoridade apontada como coatora, ainda que ao final da ação seja reconhecida sua ilegitimidade passiva para figurar no pólo passivo da relação processual do *mandamus*, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 23.ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p.21.

Decidiu-se, também, que é caso de extinção do processo se o impetrante, ao invés de indicar a autoridade coatora, move ação contra a pessoa jurídica de direito público em nome da qual ela agiu (RJTJESP 111/118).

É certo, portanto, que as informações serão prestadas pela autoridade coatora, tanto que ela é notificada pessoalmente da impetração, seja para cumprir a ordem liminar (em caso de concessão) e prestar informações, seja apenas para prestar informações. Não é menos certo, porém, que esta limitar-se-á a prática do referido ato processual, sendo que os demais atos, tais como petições ao juízo e recursos às instâncias superiores estarão a cargo da pessoa jurídica de direito público por ela representada.

Da mesma forma, o ônus de eventual sucumbência na ação mandamental será suportado exclusivamente pela pessoa jurídica de direito público, ressalvada a responsabilidade dos agentes administrativos que praticarem atos com infração à lei.

Assim, visando minimizar as conseqüências da impetração, tanto de ordem material quanto de ordem processual, a defesa do ato administrativo impugnado será realizada pelo órgão encarregado de representação judicial da pessoa jurídica de direito público que a autoridade representa.

Nesse sentido, o art. 3º da Lei Federal n.4.348, de 26.06.1964, dispõe, *in verbis*:

Art. 3º. As autoridades administrativas, no prazo de (48) quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

Importa aqui fazer um parênteses para esclarecer que, ao tempo da edição da referida lei, a representação judicial da União era exercida pela Procuradoria-Geral do República, e não pela Advocacia-Geral da União, como é feita hodiernamente.

De outra banda, a representação judicial do Estado de Mato Grosso do Sul, a teor do art. 2º da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001², é feita em caráter exclusivo pela Procuradoria-Geral do Estado.

Assim, ao que se colhe do art. 3º da Lei n. 4.348/64, aos órgãos de representação judicial das pessoas jurídicas de direito público serão encaminhados a cópia da notificação da medida liminar e os demais elementos necessários para suspensão da medida e a defesa do ato impugnado.

Conquanto a norma em comento fale em notificação da medida liminar, é forçoso concluir pela necessidade de adoção do mesmo procedimento (remessa da cópia da notificação judicial e demais documentos) ainda que não haja concessão de medida liminar, uma vez que o dispositivo fala também em defesa do ato.

Com vistas a regulamentar a questão no âmbito do Poder Executivo Estadual, expediu-se o Decreto n.11.303, de 21.07.2003, no qual consignou-se que *a autoridade que receber notificação para a prestação de informações em mandado de segurança deverá encaminhar o expediente, acompanhado dos documentos e elementos necessários à defesa, à Procuradoria-Geral do Estado no prazo de vinte e quatro horas contadas do recebimento* (art. 1º).

E mais: se a notificação judicial para prestação das informações vier acompanhada da intimação da concessão de medida liminar, a autoridade deverá encaminhar cópia da decisão à Procuradoria-Geral do Estado no mesmo prazo supramencionado.

² Art. 2º. A Procuradoria-Geral do Estado é instituição essencial à Administração Pública Estadual, cabendo aos Procuradores do Estado, caráter exclusivo, a representação do Estado e a defesa dos seus direitos e interesses nas áreas judicial, extrajudicial e administrativa e, em especial: (...)

O referido decreto determina, ainda, que as informações serão preparadas pelos Procuradores de Estado e assinadas pela autoridade impetrada.

Considerando a extensão territorial do Estado de Mato Grosso do Sul, a quantidade de agentes administrativos a ele subordinados, passíveis de sofrerem impetração de mandado de segurança, bem como o fato de inexistirem Procuradorias do Estado em todos municípios, o mencionado decreto possibilitou, implicitamente, e ainda, em caráter excepcional, que as informações sejam prestadas diretamente pela autoridade impetrada, ressaltando, entretanto, que as informações preparadas diretamente pela autoridade deverão ser encaminhadas à Procuradoria-Geral do Estado, no prazo de vinte e quatro horas, para o acompanhamento processual e as providências cabíveis.

Diz-se em excepcional as informações prestadas diretamente pela autoridade impetrada, haja vista a necessidade de se abordarem, na peça processual, todas as matérias passíveis de argumentação, não apenas as relacionadas ao ato em si, mas também as de ordem procedimental e processual, que, por vezes, não são de conhecimento da autoridade, mesmo aquelas com formação jurídica.

Há que se destacar, neste ponto, que a atuação dos Procuradores do Estado não visa cancelar as informações prestadas pela autoridade, mas sim defender, sob todos os aspectos (materiais, legais, procedimentais, etc), o ato acoimado de ilegal ou abusivo de poder, com vistas à defesa judicial da Administração, porquanto função institucional da Procuradoria-Geral do Estado.

Nesse sentido, dispõem os artigo 3º, inc. V, e § 4º, da Lei Complementar (Estadual) n. 95, de 26.12.2001:

Art. 3º. São atribuições institucionais da Procuradoria-Geral do Estado, por meio de seus órgãos:

.....

V - exercer a defesa em juízo, ou fora dele, ativa ou passivamente, dos autos do Governador ou de autoridades, elaborando minutas de informações

a serem prestadas ao Judiciário em mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data, ações diretas de inconstitucionalidade, bem como ações afins;

.....

§ 4º Os pedidos de informações e de diligências formulados por Procurador do Estado terão prioridade e deverão ser atendidos no prazo estabelecido no requerimento, sob pena de responsabilidade.

É certo que, em alguns casos a autoridade impetrada estará apta a exercer a plenitude da defesa do ato impugnado, abordando não apenas a matéria fática, mas também as questões procedimentais e processuais inerentes ao caso; entretanto, conforme mencionado alhures, esse procedimento deverá ser medida excepcional, a fim de evitar ou minorar prejuízos à defesa da Administração.

Assim, a autoridade que sofrer impetração de mandado de segurança e, ao seu alvedrio, prestar diretamente as informações solicitadas pelo juízo, deverá assumir o ônus não só da defesa de seu ato, mas também da Administração, uma vez que, no dizer de Hely Lopes Meirelles³, as informações constituem a defesa da Administração, não se desincumbindo, entretanto, de cumprir o Decreto n.11.303, de 21.07.2003, mesmo porque, a teor do artigo 4º,⁴ em caso de descumprimento de suas normas, será responsabilizada pelos danos causados à plena defesa do Estado juízo.

Há que se destacar, ainda, que o Decreto n.11.303 tem seu âmbito de aplicação aos órgãos administrativos do Poder Executivo, sendo que, no tocante à administração indireta, poderão ser adotadas as mesmas regras, haja vista o disposto em seu art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º. As autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações instituídas pelo Estado de Mato Grosso do Sul,

³ MEIRELLES, *op. cit.*, p.88.

⁴ Art. 4º. A autoridade que não atender às determinações contidas neste Decreto será responsabilizada pelos danos causados à plena defesa do Estado em juízo.

deverão articular-se com a Procuradoria-Geral do Estado, e desta receberão a orientação, através dos órgãos próprios, a fim de manterem entendimento uniforme e constante para o encaminhamento dos assuntos jurídicos de interesse do Estado.

A par disso, no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público Estadual, as normas do Decreto n.11.303/03 não são aplicáveis, mormente se considerarmos que esses Poderes e o MP são dotados agentes políticos e assessores jurídicos qualificados para desempenhar essa função.

Pode-se afirmar, portanto, que as informações em mandados de segurança impetrados contra autoridades estaduais, subordinadas ao Poder Executivo, deverão ser prestadas por Procuradores de Estado, devendo ser encaminhados os documentos pertinentes à impetração à Procuradoria-Geral do Estado no prazo de vinte e quatro horas, prorrogáveis por cinco dias, desde que acompanhados de justificativa formalmente apresentada.

De outro lado, em caráter excepcional, poderão as informações solicitadas pelo juízo ser prestadas diretamente pela autoridade impetrada, que deverá assumir o ônus da defesa do ato e da Administração, suscitando todas as matérias cabíveis. Em casos tais, entretanto, deverá encaminhar cópia das informações, bem como todos os demais documentos referentes ao mandado de segurança, à sede da Procuradoria-Geral do Estado para acompanhamento processual.

Destarte, considerando o tudo o que foi exposto, passamos a responder aos questionamentos ventilados na consulta.

1) O Delegado de Polícia lotado nas cidades do interior onde não há Procurador do Estado, em caráter excepcional, pode prestar, diretamente ao juízo, as informações requisitadas, devendo, entretanto, assumir o ônus da defesa do ato e da Administração. Em casos tais, deverá remeter cópia das informações e dos demais documentos à sede da Procuradoria-Geral do Estado, na Capital, no prazo de vinte e quatro horas, mormente se houver concessão de medida liminar, quando deverá ser encaminhada também cópia da decisão judicial.

2) Conforme explanado anteriormente, as informações em mandados de segurança prestadas diretamente por agentes

administrativos revestem-se de caráter excepcional, não havendo, entretanto, proibição deste procedimento quando houver Procurador do Estado na localidade. Preferencialmente, deve a autoridade impetrada observar as normas do Decreto n.11.303/03 e encaminhar o expediente judicial ao Procurador do Estado para que este prepare as informações, contudo, se estiver apta a exercitar a defesa do ato e da Administração em sua plenitude, poderá prestá-las diretamente ao juízo.

3) Os delegados de Polícia da Capital, assim como os Delegados lotados no interior onde haja Procurador do Estado, deverão observar as normas do Decreto, ou seja, encaminhar o expediente à Procuradoria-Geral do Estado para que esta prepare as informações, ou, se assim preferir, podem prestar diretamente as informações, encaminhando suas cópias à PGE para acompanhamento processual.

4) O artigo 2º, assim como as demais normas do Decreto Estadual n.11.303/03, de 21.07.2003, não apresentam qualquer ilegalidade, eis que encontram espeque no artigos 2º, caput e 3º, inciso III e § 4º, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, e artigo 3º da Lei (Federal) n.4.348, de 26.06.1964, acima transcritos. Ademais, não há qualquer anomalia jurídica no fato de as informações serem prestadas por um agente e assinada por outro, porquanto na referida peça, ventila-se matéria fática e processual, impondo assim, a atuação efetiva do órgão encarregado da defesa judicial do Estado, no caso a PGE, sendo certo, ainda, que o Procurador do Estado também assina a peça endereçada ao juízo. Registre-se, neste ponto, que este procedimento também é observado pelo Governador, autoridade máxima do Poder Executivo estadual.

No que tange ao conteúdo das informações, a autoridade impetrada limitar-se-á a fornecer subsídios fáticos, os quais nortearão o Procurador do Estado na elaboração da peça. Em caso de divergência e de autoridade se recusar a assinar as informações preparadas, estas serão assinadas somente pelo Procurador e protocolizadas em juízo como defesa da Administração.

São essas, em linhas gerais, as considerações a serem feitas acerca dos questionamentos encaminhados pela autoridade consulente.

É o parecer que submetemos à apreciação superior.

Campo Grande, MS, 15 de junho de 2004.

Eduardo Siravegna Jr.
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, sem acréscimos ou reparos, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 029/2004 - PAG Nº 002/2004, da lavra do Procurador do Estadual Eduardo Eugênio Siravegna Júnior, que conta com o de acordo da Procuradora-Chefe de Assessoria ao Gabinete, constantes de folhas 08-18 e 19, vistas por mim, do processo em destaque.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão aos Procuradores do Estado citados no item precedente; e

c) extrair e encaminhar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, para conhecimento.

Campo Grande, MS, 15 de junho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 031/2004

PARECER PAT/Nº 008/2004

Processo n.13/002100/2004

Interessado: Coordenadoria de Gestão Patrimonial e de Transportes

Assunto: Leilão de bens desnecessários, inservíveis ou imprestáveis para o serviço público. Possibilidade de realização por servidor e não leiloeiro oficial.

Ementa: LICITAÇÃO - LEILÃO - LEILOEIRO OFICIAL - REALIZAÇÃO POR SERVIDOR PÚBLICO - AUTORIZAÇÃO DO ARTIGO 53 DA LEI Nº 8.666/93.

É legal a condução de leilão de bens disponíveis pela Administração Pública por servidor público designado para tanto. A condução por leiloeiro oficial não é obrigatória. Há autorização legal para condução por leiloeiro oficial, para os casos em que sua atuação for recomendável. Essa autorização legal permite a prestação de serviços por leiloeiro oficial sem a realização de licitação ou concurso, bem como veda a contratação de outro profissional que não seja leiloeiro oficial no caso de o leilão não ser realizado por servidor. Somente no caso de realização por leiloeiro deve ser paga a comissão pelo arrematante.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

A Secretaria de Estado de Gestão Pública, por meio de sua Coordenadoria de Gestão Patrimonial e de Transportes, pelo processo de n.13/002100/2004, efetua Consulta a esta Procuradoria, questionando acerca da possibilidade de realização de leilão conduzido por agentes da própria Administração em vez de Leiloeiro Oficial designado pela Junta Comercial do Estado.

Instruem os autos manifestação de Leiloeiros Oficiais, endereçada ao Tribunal de Contas do Estado, em que formulam

questos acerca da legalidade e probidade quanto à realização de leilões sem a participação deles, bem como Parecer Jurídico da Assessoria Jurídica da SEGES sobre o mesmo tema.

É o breve relatório.

Trata-se de análise de um aspecto específico quanto ao procedimento de licitação na modalidade de leilão, correspondente à sua condução, no âmbito da Administração Pública Estadual, por leiloeiro ou servidor, no que se refere à alienação de bens considerados disponíveis.

Considerando que a previsão legal do assunto em geral, bem como o seu procedimento, tanto da licitação em geral quanto do leilão em si, foram bem expostos na manifestação de fls. 02/05, passa-se diretamente à análise da possibilidade de realização do leilão por servidor público e não por leiloeiro oficial registrado na Junta Comercial competente.

O artigo 53, *caput*, da Lei n.8.666/93 é expresso em prever a possibilidade de condução de leilão por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

Por outro lado, a regulamentação da profissão de leiloeiro oficial, realizada pelo Decreto-Lei n.21.981, de 29.10.1932, prevê, no seu artigo 19, que:

competete aos leiloeiros públicos, pessoal e privativamente, a venda, em público leilão, dentro de suas próprias casas ou fora dessas, de tudo de que, por autorização de seus donos, forem encarregados, tais como móveis, imóveis, utensílios, semoventes e demais efeitos, e de bens móveis e imóveis pertencentes às massas falidas ou liquidandas, quando não gravados com hipoteca.

Sem prejuízo de referido Decreto, editado em exercício à regulamentação de profissão, hoje prevista como sendo de competência da União, conforme consigna o artigo 23, inciso XVI, da

Constituição Federal, a profissão de leiloeiro público foi erigida à qualidade de auxiliar do comércio, conforme consignado no artigo 35 do Código Comercial.

Apesar de a parte do referido diploma que albergava o dispositivo mencionado ter sido revogada pelo Código Civil de 2.002, tem-se que a atividade em questão, historicamente, sempre foi tratada como eminentemente privada.

O Decreto-Lei regulamentador da profissão ora em tela data de 1932, enquanto que a lei geral de licitações data de 1993, havendo, portanto, transcorrido grande lapso temporal entre a edição de cada uma, inclusive com a promulgação de nova Constituição Federal em 1988. Sendo assim, referido decreto não pode ser considerado isoladamente, exigindo o caso uma interpretação sistemática da legislação, a fim de se alcançar uma conclusão mais lógica e condizente com a intenção do legislador, bem como um melhor atendimento aos princípios regentes da atividade administrativa.

Primeiramente cumpre notar que o termo “público leilão” a que se refere ao artigo 19 do Decreto 21.981, de 29.10.1932, não significa leilão realizado por órgãos públicos, mas sim leilões que envolvam grande quantidade de interessados nas alienações por eles abarcadas, ou seja, tem sentido de coletividade e não de leilão sediado no âmbito da Administração Pública. E é justamente por conta dessa grande quantidade de pessoas envolvidas, o que dificulta identifica-las que se faz necessária a condução do ato por profissional capacitado para tanto - no caso, o leiloeiro - a fim que imprimir maior credibilidade aos negócios neles realizados, bem como maior segurança os licitantes.

O Decreto-Lei a que se refere, em nenhum momento, faz menção a leilão realizado pela Administração Pública, regendo tão somente os realizados na vida privada. A regulamentação da profissão, levando em conta a classificação dos leiloeiros como auxiliares do comércio, tem cunho privado, dispondo apenas sobre o aspecto negocial do leilão.

Embora o leilão realizado no âmbito da Administração Pública siga, em geral, os mesmos trâmites e praxes do leilão privado, é-lhe dispensado esse elemento emanador de credibilidade e segurança,

tendo em vista os atributos a que faz, tais como presunção de veracidade, de legitimidade e autotela. Desse modo, um leilão público, realizado por órgão componente da Administração Pública, por si só, já é o bastante para tanto.

Outrossim, há de se ressaltar que a Lei de Licitações (8.666/93) é específica no que tange à matéria e suas disposições é que devem prevalecer. No caso, o artigo 53 é expresso em permitir a realização de leilão conduzido por servidor público designado para tal tarefa. Isso sem que a lei faça qualquer ressalva ou imponha qualquer condição especial. Desse modo, vê-se que não há óbice algum para que leilões públicos, uma das modalidades de licitação, sejam feitos por servidor público.

Nesse sentido, conclui-se que a expressão “*procedendo-se na forma da legislação pertinente*”, constante na parte final do dispositivo legal ora em foco, refere-se ao procedimento de licitação e não ao emprego de leiloeiro oficial. Isso porque a lei é omissa em prever um procedimento específico para a realização do leilão, de tal sorte que quando ocorrer, devem ser observados os trâmites do procedimento geral, previsto na Lei de Licitações como um todo. Essa expressão, portanto, reporta ao dever do realizador do leilão, seja ele servidor, ou seja leiloeiro oficial, de observar o procedimento genérico de licitação, previsto na Lei de Licitações.

No caso de realização de leilão por servidor público não se pode falar em exercício ilegal de profissão como pretendem os leiloeiros autores da manifestação de fls. 06-07, pois, quando assim atuam não o fazem na qualidade de leiloeiros oficiais, mas sim na qualidade de próprio servidor, em cujas atribuições insere-se eventual realização de leilões como forma de licitação.

Por esse mesmo motivo, não se vislumbra a possibilidade de afirmar que se trata de invasão de competência da União no que tange à regulação do exercício profissional. No caso, não há referência alguma ao exercício profissional de determinada categoria, mas sim previsão legal da forma como se realiza um ato administrativo, atinente, portanto, a um procedimento.

A previsão da possibilidade de realização de leilão por leiloeiro oficial, prevista no artigo 53 da Lei de Licitações, existe como forma de autorização para que a Administração Pública possa ser destinatária de um serviço prestado por quem está excluído de seus quadros funcionais, sem que, para isso, sejam necessárias maiores formalidades, tais como licitação ou concurso público.

Nesse aspecto, oportuno ressaltar que não existe empecilho para essa autorização, tendo em vista que, no caso de o leilão ser realizado por leiloeiro oficial, não haverá, por parte da Administração Pública, qualquer dispêndio de verba pública para remunerá-lo. Isso porque a remuneração a ele devida corresponde à comissão gerada pela realização dos leilões, sendo de incumbência exclusiva do arrematante.

Por isso, cumpre alertar que na eventualidade de realização de leilão por servidor público não há, e **não deve haver**, pagamento de referida comissão. A uma porque não é leiloeiro oficial (e somente este é destinatário de comissão desta natureza, advinda da realização de leilão) e a duas porque a realização deste ato isoladamente considerado inclui-se dentre suas atribuições, de forma que a remuneração que recebe dos cofres públicos destina-se ao pagamento do trabalho prestado, inclusive a realização de leilões quando designado para tanto. Nesse caso, não há recebimento de remuneração de qualquer espécie oriunda do leilão por parte do servidor público que o realizou, mesmo modo como previsto no artigo 45 do Decreto-Lei n. 21981, de 19.10.1932.

Tanto é assim que a Lei Estadual n.1.070, de 10.07.1990, que rege a matéria, dispõe que *“o pagamento, no ato, da comissão devida pelo arrematante ao leiloeiro, e do preço ou sinal, este nunca inferior a 20% (vinte por cento) do valor do lance, devendo, no último caso, fazer-se a complementação, no prazo assinalado no edital, sob pena de perda em favor da Administração”* (artigo 32, inciso III).

Do texto legal, denota-se que o pagamento da comissão, como forma de remuneração do condutor do leilão, é devida exclusivamente ao leiloeiro, vedando-se, pois, pagá-la ao servidor no caso de este ser o condutor. Infere-se essa exclusão, pois o *caput* do artigo supramencionado prevê a possibilidade de realização de leilão tanto

por leiloeiro oficial, quanto por servidor, nos mesmos moldes do que reza a Lei n.8.666/93; mas, quando se refere ao pagamento da comissão, menciona apenas o primeiro, de modo que somente ele é autorizado a recebê-la.

Além disso, é conveniente a permissão legal para a prestação desse serviço por leiloeiro oficial, tendo em vista que, em certas ocasiões, a Administração Pública pode necessitar de um profissional mais especializado para a realização de leilão que, eventualmente, tenha por objeto alienação de bens cuja negociação envolva maior complexidade. Nesse caso, é muito provável que a Administração Pública não disponha de servidor capacitado para tanto, justificando-se, assim, a realização do leilão por leiloeiro oficial, devidamente matriculado na Junta Comercial do Estado. Se assim ocorrer, inversamente do que se dá quando realizado o leilão por servidor público, fará jus o leiloeiro recebimento de sua comissão a ser paga pelo arrematante dos bens alienados.

Ademais, essa possibilidade de contratação de leiloeiro oficial nesses casos nada mais representa do que uma forma de aplicação do princípio da eficiência, ou seja, na eventualidade de se constatar que um leilão público não atingirá sua finalidade se realizado por servidor público, em decorrência de ausência de capacitação técnica, não é conveniente que seja realizado dessa forma. Logo, permite-se a realização por leiloeiro oficial, no intuito de que o resultado seja o mais proveitoso possível.

Por isso, não é a existência ou não de leiloeiro no local onde vá ser feito o leilão que norteia a realização deste por tal profissional ou por servidor público. Considerando que é o interesse público que deve prevalecer, já que se trata de um ato público, não é o mero fator físico ou geográfico que pode ser hábil para definir o profissional que conduzirá o procedimento. O que deve ser levado em consideração para o atendimento desta finalidade é a eficiência do resultado. Se houver necessidade de condução por leiloeiro oficial, assim o será; senão, por servidor público.

Nesse sentido, o artigo 10, § 5º, do Decreto Estadual n.699, de 30.09.1980, cujo comando é que "*os leilões serão realizados*

somente nas localidades em que houver leiloeiro registrado”, deve ser lido à luz da lei geral vigente, correspondente à Lei n.8.666/93. Da comparação das duas leis, verifica-se que não há total compatibilidade da primeira com a segunda, pois nesta não existe qualquer restrição desta natureza, já que a lei não elevou a atividade do leiloeiro como essencial para realização de um leilão. Logo não deve prevalecer a restrição de realização de leilão somente em locais onde haja leiloeiro registrado.

Um dispositivo de lei que corrobora a *ratio* de permissão de realização de leilão por leiloeiro oficial somente nos casos em que isso se mostrar necessário, é o artigo 33 da Lei Estadual n.1.070, de 10.07.1990, que prevê expressamente a realização de um determinado tipo de leilão exclusivamente por servidor (“para venda de animais ou mercadorias apreendidas ou de bens abandonados em vias, logradouros públicos ou repartições estaduais, não retirados pelos respectivos proprietários”). Neste caso, proíbe-se a atuação de leiloeiro oficial, justamente por não a reputar necessária.

Por conseguinte, diante dessa necessidade da Administração Pública, já existe prévia autorização legal para a atuação do leiloeiro oficial. Mais do que isso: entende-se que a lei não só permite a prestação desse serviço por leiloeiro oficial, mas também ordena que seja ele o prestador em caso de realização por terceiro, estranho ao funcionalismo público. Isto é, em caso de haver a necessidade de realização de leilão por quem não seja servidor público, a lei ordena que o seja por leiloeiro oficial, não havendo, pois, autorização legal para atuação de qualquer outro profissional.

Isso porque se trata de prestação de um serviço específico, atribuído por lei a determinada categoria, cujos integrantes já comprovaram, previamente, o preenchimento dos requisitos para exercer-lo, quando matricularam-se na Junta Comercial competente, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC).

Jessé Torres Pereira Junior,¹ comentando o artigo 53, leciona que:

Tem sido indagado se a faculdade prevista na cabeça do artigo (designação de servidor como leiloeiro) poderia ser exercida por empresas públicas e sociedades de economia mista em relação a seus empregados, os quais, celetistas, não seriam, propriamente, servidores públicos. A resposta é afirmativa, porque a norma confere a aptidão para designar à “Administração Pública” e nesta se incluem as entidades da Administração Pública (logo, também aquelas que integram a administração indireta), a teor do definido no art. 6º, XII. O termo servidor deve ser entendido, no caso, portanto, como abrangente dos empregados públicos (...).

Se não há, pois, óbice para a realização de leilão por empregados públicos, no âmbito da Administração Pública Indireta, muito menos o há no da Administração Pública Direta.

Diante do exposto, passa-se a responder a indagação formulada na consulta de fls. 08, no sentido da possibilidade de realização de leilão de bens disponíveis no âmbito da Administração Pública Estadual, conduzido por servidor público designado para tanto, ressaltando-se que, nessa hipótese, não deve haver pagamento de qualquer comissão por parte do arrematante ao condutor do leilão, pois ela somente será devida nos casos em que o leilão for realizado por leiloeiro oficial, conforme o interesse público assim o exija.

Sendo assim, conclui-se que a expressão “*procedendo-se na forma da legislação pertinente*”, constante na parte final do artigo 53 da Lei n.8.666/93 não se refere ao exercício profissional do leiloeiro, mas sim ao procedimento genérico das licitações, aplicável ao leilão, uma vez que não há forma específica prevista na legislação para a sua realização.

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 6.ed. São Paulo: Renovar, 2003. p.546.

Desse modo, patente, portanto, que a Administração Pública não incorre em nenhuma hipótese de ilegalidade e muito menos de improbidade quando da condução de leilões públicos por servidor público.

É o parecer, que se submete à apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande, MS, 30 de junho de 2004.

Thais Gaspar
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com as considerações que seguem, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o Parecer PGE Nº 031/2004 - PAT Nº 008/2004, da lavra da Procuradora do Estado Thais Gaspar, constantes de folhas 10-17 do processo em epígrafe.

2. Ressalto que inexistente antinomia entre o disposto no artigo 45 do Decreto (Federal) n.21.981, de 19.10.1932 (Regulamenta a profissão de leiloeiro), ao assegurar que *“somente para fins beneficentes, quando não haja remuneração de qualquer espécie, será permitido o pregão por estranhos à classe dos leiloeiros”*, e a disposição do artigo 53, da Lei (Federal) n.8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), no qual se prevê que *“o leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente”*. Esta tão-somente estabelece, a exemplo da primeira parte do dispositivo acima transcrito daquela, mais uma exceção à exigência de atuação do leiloeiro oficial, sendo, pois, ambas plenamente válidas, porque editadas pelo ente federado que detém reserva legiferante (Constituição Federal, artigo 22, incisos XVI e XXVII) e consideradas duas regras de solução de conflito de normas, as de que lei posterior revoga lei anterior e que lei especial tem preferência sobre lei geral.

3. O leilão administrativo, conduzido por servidor público, é, pois, uma exceção à exigência de atuação de leiloeiro oficial, como ocorre, também, no leilão/pregão realizado para a venda de bens constritos em processo judicial, normalmente conduzido pelo porteiro de auditórios ou outro servidor do Poder Judiciário.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete, para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado Thais Gaspar; e

c) providenciar o recâmbio dos autos à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 02 de julho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 032/2004

PARECER PAT/Nº 009/2004

Processo n.13/000732/2004/SEGES/MS.

Interessado: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Assunto: Imposto Territorial Rural de imóvel de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ementa: IMPOSTO TERRITORIAL RURAL DE IMÓVEL DE DOMÍNIO DO TERRASUL QUANDO DO FATO GERADOR - ANO CALENDÁRIO 1995 - EXERCÍCIO 1996 - IMÓVEL DENOMINADO "FAZENDA BURITIZAL" OCUPADO POR POSSEIROS - MUNICÍPIO DE AQUIDAUANA/MS - ATUAL DOMÍNIO DO ESTADO/MS A CUJO PATRIMÔNIO FOI INCORPORADO FACE EXTINÇÃO DO PREVISUL (LEI 2.152 DE 27/10/2000) - IMUNIDADE CARACTERIZADA - APLICAÇÃO DO § 2º DO INCISO VI DO ART. 150 DA CF.

A despeito da ocupação do imóvel por posseiros à época em que este era integrante do patrimônio de autarquia e da ocorrência do fato gerador do tributo que se pretende cobrar, tal circunstância não caracteriza a desvinculação de suas finalidades essenciais ou a que destas decorrem o que impede a sua tributação pela Fazenda Nacional (inteligência do § 2º do inciso VI do art. 150 da CF e do inciso IV, alínea "a" do art. 9º e art. 12 do CTN).

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Pretende este parecer dirimir as dúvidas levantadas pelo Exmº. Sr. Secretário de Estado de Gestão Pública, surgidas em decorrência de parecer emitido por órgão desta Pasta, em que se questiona a responsabilidade tributária sobre imóvel rural localizado no município de Aquidauana/MS, denominado Fazenda Buritizal, ora integrado ao

patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul em 27.07.2002 por força da Lei Estadual n.2.152/00 e suas alterações posteriores.

Conforme informação às fls. 02, o Estado/MS, sucessor do extinto PREVISUL, solicitou o cancelamento do Imposto Territorial Rural para o exercício de 1996, ano base 1995, da área rural acima descrita, com 147,3 hectares, o que se confirma com a matrícula acostada às fls. 20/25 (Av.18/1032 e Av.19/1032), fornecida pela PIMA quando da consulta do signatário sobre a real situação do imóvel, ficando este, sem dúvida nenhuma, perfeitamente identificado.

Cumpra esclarecer que a informação da PIMA às fls. 18/19 não teve condições de definir se o TERRASUL, à época, tomou efetiva medida judicial para proteger a posse do imóvel, e que a ilustre chefe da especializada terminou o seu despacho afirmando que, em face à imprecisão do imóvel, retornassem os autos a este procurador para os devidos fins, sem respostas aos quesitos formulados às fls. 17vº, por ausência de dados em arquivos daquela especializada que as tornassem possível.

No caso específico, a União, por meio da Receita Federal, está cobrando o Imposto Territorial Rural do exercício de 1996, ano base de 1995 sobre a mencionada Fazenda Buritizal, cabendo assinalar que à época do fato gerador do tributo, a propriedade integrava o patrimônio do extinto PREVISUL, autarquia estadual e que, segundo informado nos autos às fls. 02, encontrava-se ocupada por posseiros, razão que levou a Receita Federal a decidir pela manutenção do lançamento do ITR/96 e a cobrança imediata do crédito tributário.

A justificativa para a cobrança do imposto fundamenta-se na conclusão da Receita Federal de que o imóvel não faz jus à imunidade pretendida, considerando que não estava sendo utilizado pelo PREVISUL em suas finalidades essenciais ou nas destas decorrentes na data do fato gerador, posto que, conforme informação da própria administração estadual, estava ele sob ocupação de posseiros.

É o relatório.

A chamada imunidade recíproca, que exonera de qualquer imposto o patrimônio, a renda e os serviços da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios, estende-se às autarquias e às fundações instituídas e mantidas por essas pessoas políticas.

Autarquia, portanto, é pessoa jurídica de direito público interno, com administração, órgãos e patrimônio próprios, criada por lei que define os negócios que lhe competem empreender, todos de natureza pública, ou seja, atividades típicas da Administração Pública.

Ainda, segundo o mestre Hely Lopes Meirelles¹ conceituam-se como:

entes administrativos autônomos, criados por lei específica, com personalidade jurídica de Direito Público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas. São entes autônomos, mas não são autonomias. Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou.

A aplicação da imunidade tributária a essas entidades é condicionada ao patrimônio, renda ou serviços que se vinculam aos seus fins institucionais.

Vejamos o dispositivo constitucional relativo às limitações do poder de tributar aplicado ao caso presente:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - a vedação do inciso VI, a, é extensiva às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p.297.

renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

No mesmo sentido, os artigos 9º, inciso IV, § 2º e 12 do Código Tributário Nacional.

Da mesma forma, assim se pronuncia a jurisprudência:

A imunidade das autarquias é exclusiva quanto aos impostos, não sendo devido, por isso mesmo, o IPTU, o qual grava o patrimônio. - A imunidade não abrange taxas, estas devidas, mesmo que não seja o serviço usado pelo contribuinte.²

A Receita Federal negou a aplicação da imunidade no caso em tela sob a alegação de que o imóvel, à época, não estava sendo destinado para os fins específicos para os quais o PREVISUL foi instituído, posto que estava sendo utilizado por terceiros.

Ocorre que a invasão (ou ocupação) do imóvel não se deu por vontade do seu proprietário, não sendo ele seu causador; pelo contrário, foi vítima de esbulho possessório.

Portanto, não há que se falar em desvinculação do patrimônio, da renda e dos serviços do PREVISUL de suas finalidades essenciais ou delas decorrentes em relação ao imóvel em foco, devendo, destarte, a imunidade ser reconhecida pela Receita Federal, ou seja, a União, em última análise.

Ocorrendo a hipótese contida na Intimação de fls. 03 relativa à inscrição do débito em dívida ativa pela Procuradoria da Fazenda Nacional, resta ao Estado, ao ser citado do curso da ação executiva fiscal que porventura lhe for movida para pagamento do referido tributo, promover defesa por meio dos embargos à execução.

² TRF-1ª Reg., 4ª Turma, AC 95.01.29372-6-MG, Rel. Juíza Eliana Calmon, DJU 15.02.96 (no mesmo sentido: STF, 29 Turma, RE 203.839-3-SP, Carlos Velloso. DJU 02.05.97.)

É o parecer que trazemos à superior consideração de Vossa Excelência.

Campo Grande-MS, 14 de julho de 2004.

Eurildo Vieira Benjamin
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XIV, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 032/2004 - PAT Nº 009/2004, da lavra do Procurador do Estado Eurildo Vieira Benjamin, com o de acordo do Procurador-Chefe, em substituição legal, de Assuntos Tributários Felipe Marcelo Gimenez, constante de folhas 26-29, do processo em destaque.

2. Registro, apenas para corroborar o já asseverado no Parecer ora aprovado, que a imunidade tributaria recíproca, constante do artigo 150, inciso VI, alínea "a" e § 2º, da Constituição Federal, e uma extensão do princípio de igualdade dos entes da Federação (CF, art. 19, inc. III, *in fine*), e não admite ressalvas, com exceção daquelas que a própria Carta Política Nacional estabeleça.

Nesse diapasão, tratando-se de imunidade tributária do patrimônio dos entes políticos, também das autarquias *ex vi* da extensão dada pelo § 2º, do artigo 150, da Lei Fundamental, pouco importa a classificação legal do bem público, se dominial, especial ou de uso comum do povo, ou mesmo o uso e fruição, dado que, recaindo irregularmente com terceiros, incide o princípio de indisponibilidade dos bens públicos, no qual se insere a imprescritibilidade (CF, art. 183, § 3º, art. 191, parágrafo único; Código Civil, art. 102).

3. A Assessorial Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão aos Procuradores do Estado mencionados no item 1, supra; e

c) providenciar o recâmbio dos autos à origem, para ciência e providências por parte da autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 20 de julho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 034/2004

PARECER PJ/002/2004

Processo n. 15/001441/04

Interessado: Coordenadoria Especial de Políticas Públicas para a Mulher.

Assunto: Procedimentos legais para proporcionar a realização do abortamento nos hospitais da rede pública de saúde quando permitidos pela legislação penal.

Ementa: Aborto legal. Constitucionalidade. Obrigatoriedade de a Rede Pública de Saúde (SUS) realizar a interrupção da gravidez decorrente de estupro. Existência de Norma Técnica de caráter administrativo. Descumprimento da Norma pelos Hospitais Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul. Necessidade de Lei estadual para regulamentar a matéria. Competência legislativa concorrente. Possibilidade.

Trata-se de consulta formulada pela Coordenadoria Especial de Políticas Públicas para a Mulher, que encaminhou os presentes autos a esta Procuradoria-Geral do Estado, objetivando parecer a respeito dos procedimentos legais a serem adotados para que a rede pública de saúde do Estado, por intermédio do SUS, realize o denominado aborto legal.

A referida Coordenadoria é responsável pela elaboração e execução de políticas públicas de combate à violência praticada contra a mulher. Dessa maneira, no exercício de sua competência, criou uma rede de atendimento à mulher vítima de violência sexual.

A criação desse órgão específico para prestar assistência às vítimas de crimes sexuais possibilitou ao Estado verificar um grave problema: a existência de mulheres vítimas de estupro que pretendem interromper a gravidez proveniente do crime, mas não encontram no Estado de Mato Grosso do Sul, hospital credenciado que se prontifique a realizar tal procedimento. Além disso, constatou-se também que os médicos sul-mato-grossenses, de uma forma geral, negam-se a realizar a interrupção da gravidez decorrente de estupro.

A questão, nos seus termos mais simples, consiste em saber, de início, se o abortamento em casos de estupro tem amparo constitucional; em seguida, qual o procedimento legal apto a obrigar os hospitais que compõem a rede pública de saúde do Estado de Mato Grosso do Sul a realizar o denominado aborto legal por intermédio do Sistema Único de Saúde; por fim, a posição profissional do médico diante da decisão de realizar o abortamento.

Feito esse breve relato, passamos a opinar.

I RECEPÇÃO DO ART. 128 DO CP PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nos termos do art. 128 do Código Penal, não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outra maneira de salvar a vida da gestante.

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal

O Código Penal prevê no dispositivo em tela o denominado aborto legal. Em tais circunstâncias o ordenamento jurídico permite a prática do abortamento sem conseqüências penais para a gestante, tão pouco para o médico.

Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus:¹

Os dois incisos do art. 128 contêm causas de exclusão da antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há

¹ JESUS, Damásio E. de. Direito penal : parte especial. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.2 p.123.

crime por exclusão da ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”.

Dessa forma, a legislação penal vigente é explícita ao garantir a legalidade do aborto realizado por mulher vítima de estupro ou que corra risco de morte durante a gravidez.

Contudo, apesar da previsão legal, a questão envolve tema delicado e por isso deve ser analisada também sob o prisma constitucional.

A Constituição Federal de 1988, no seu Título II que trata Dos Direitos e Garantias Fundamentais, prevê no art. 5º, caput, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-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.

Conclui-se que a inviolabilidade do direito à vida é uma garantia constitucional.

Com isso pode surgir a dúvida sobre a constitucionalidade do art. 128 do CP diante da nova ordem jurídica surgida em 1988. Nesse aspecto, não pode o intérprete vacilar, deixar-se levar por falsas premissas. É evidente que a previsão do aborto legal disposta na legislação penal infraconstitucional foi recepcionada pelo novo texto constitucional.

Para tanto, é preciso lembrar algo bastante claro, mas que, às vezes, passa despercebido aos olhos do operador do Direito: os direitos fundamentais não são absolutos.

Para que o Estado Democrático de Direito alcance seus objetivos de promover o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e de proporcionar a pluralidade de idéias, faz-se necessária a previsão de garantias constitucionais que, todavia, terão seu contorno jurídico delineado por um complexo sistema valorativo

também presente no texto constitucional, ou seja, sempre existe a possibilidade de ocorrência de conflitos entre direitos fundamentais diversos.

Segundo o constitucionalista Luís Roberto Barroso,² esse conflito existe porque:

...a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

Assim, por exemplo, a garantia do direito à liberdade está condicionada aos comportamentos em sociedade previstos pela lei punitiva, ou seja, aquele que é condenado por ter cometido um fato previsto como crime no Código Penal terá tolhido seu direito de viver livre em sociedade; também no que tange ao direito de propriedade, o próprio texto constitucional o condiciona ao cumprimento da sua função social (CF, art. 5º, XXIII); em relação à manifestação do pensamento, a Constituição prevê sua liberdade (CF, art. 5º, IV) mas, adiante, nos incisos X e XLII, condiciona-a ao respeito da honra das pessoas e prevê uma pena às práticas racistas.

No sentido de reconhecer o conflito entre os direitos fundamentais e a necessidade de imposição de limites às garantias constitucionais, convém destacar o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICACAO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUACAO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.196.

(...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5., . 2., primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o .direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. .Existe um nexos estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoo sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica- se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstalação de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.³ (grifo nosso)

Ora, resta claro que a mais alta Corte do País entende que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto; pelo contrário, devem ser exercidos de maneira harmônica com os demais dispositivos constitucionais e o ordenamento jurídico como um todo.

³ Tribunal Pleno, HC 82.424-RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003.

Dessa maneira, a previsão legal para o abortamento praticado nos casos do art. 128 do CP não afronta a inviolabilidade do direito à vida garantido pela Constituição.

A bem da verdade, o inciso I do art. 128, ao garantir o abortamento nos casos de risco de morte em decorrência da gestação, está sem sombra de dúvida, assegurando a inviolabilidade do direito à vida da mulher gestante e, não, desrespeitando um direito fundamental.

Quando, no inciso II, o mesmo dispositivo garante à mulher que foi vítima de estupro interromper a gravidez, uma vez mais não há violação do direito à vida, existe, antes, a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal, art. 1º, III, in verbis:

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:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

(...)

Entenderam o constituinte e o legislador penal que não seria razoável punir criminalmente uma mulher que já sofreu a traumática e dolorosa violência do estupro, sendo submetida a um tratamento cruel e degradante.

A previsão legal do abortamento para os casos de gravidez resultante de estupro é dispositivo vigente e constitucional, que deve ser observado e cumprido como forma de respeitar a dignidade da mulher e libertá-la da angústia e dor moral de prolongar uma gestação oriunda de crime do qual foi vítima.

O não cumprimento da lei, ou seja, negar vigência ao art. 128 do CP, além de impor à mulher uma gravidez indesejada, resultará outras consequências jurídicas. Nesse sentido, são cristalinas as

palavras do advogado e jurista José Saulo Pereira Ramos⁴, publicadas no Jornal Folha de São Paulo em 12.12.2003, na seção Tendências/Debates, a seguir transcritas:

(...) Se desconhecido o estuprador, a criança será registrada no civil como tendo pai desconhecido. Se a mulher for casada, não poderá recorrer a este tipo de registro, pois a própria lei manda presumir que são do marido os filhos concebidos na vigência do casamento.

Se, por qualquer circunstância, o estuprador for conhecido, a mulher, obrigada a ter a criança, vai cometer falsidade no registro de nascimento, declarando pai desconhecido? Se for casada, não pode; se for solteira, ou menor, convém mentir no assento civil para esconder dos outros uma situação que toda a sua família conhece? Não é fácil tolerar essas soluções de horrível desespero. E haverá sempre falsidade ideológica. Continuando no estrito limite das implicações jurídicas, permitido o nascimento da criança, tanto a mãe como os demais familiares terão obrigação legal de ampará-la, educá-la, levá-la à escola, cuidar-lhe da saúde, dar-lhe toda a assistência imposta por lei, pois o direito não obriga as pessoas a amarem nem mesmo seus filhos legítimos e desejados. É a frieza objetiva da lei.

Se for a criança registrada como filha do estuprador conhecido, a mãe e a família terão, para sempre, que conviver e honrar o nome do criminoso. E se a família tiver algum patrimônio, a criança terá sua parte na herança ou o que pode acontecer se ela, havendo herdado, vier a morrer o estuprador será o herdeiro do patrimônio da família que violentou. (...)

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre o abortamento legal em recente decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio, por liminar proferida na Arguição de Descumprimento de

⁴ RAMOS, José Saulo Pereira. *Aborto, uma questão legal*. **Folha de São Paulo**, 12.dez. 2003. Tendências e Debates, A3.

Preceito Fundamental 54-8/DF, julgada em 01.07.2004, no sentido de autorizar a interrupção da gravidez quando houver laudo médico comprovando a anencefalia do feto, independentemente da gestante dispor de ordem judicial destinada a permitir se faça essa interrupção. (www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimasler.asp?CODIGO=96961&tip=UM)

A decisão do Supremo, certamente, presume a vigência do art. 128 do CP e, ainda, vai além, pois autoriza a prática do abortamento para caso não previsto na legislação penal com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim, não resta dúvida sobre a constitucionalidade do direito ao abortamento para os casos de risco de morte para a gestante, gravidez decorrente de estupro e, de acordo com decisão supra, nas hipóteses em que haja afronta à dignidade da mulher.

Diante disso, fica bastante claro que o aborto legal é tema que deve ser discutido no âmbito das políticas públicas de saúde e, não, na seara penal.

2 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA GARANTIR A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DO ABORTO LEGAL POR HOSPITAL DA REDE PÚBLICA DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL

A Constituição Federal de 1988, preocupada em atender os anseios da sociedade civil e garantir o desenvolvimento social pleno e eficaz, prevê, no art. 196, o direito universal à saúde.

Como forma de concretizar o princípio de que todos têm direito à saúde, o próprio texto constitucional traça um modelo de atuação denominado Sistema Único, expresso no art. 198, caput e incisos, in verbis:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

(...)

O constituinte não poderia ter sido mais claro. A saúde é assunto de interesse nacional, estratégico, por isso a previsão de um sistema hierárquico-uniformizador, que permite uma descentralização gerencial aos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas que, por outro lado, impõe a atuação conjunta dos entes federativos para a implementação das políticas públicas de saúde, forma assim uma espécie de cooperativismo federativo.

Nesse aspecto, Estados, Distrito Federal, Municípios e União, segundo o art. 23, II da CF/88, têm competência material comum para traçar estratégias que resolvam os problemas relacionados à área de saúde.

Pensando dessa forma, o Ministério da Saúde editou, em 09 de novembro de 1998, Norma Técnica, com vigência nacional, para a prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes.

Tal norma, entre outros assuntos, regulou um procedimento padrão a ser adotado por hospitais públicos conveniados ao SUS para os casos de gravidez decorrente de estupro, prevê:

VI. ATENDIMENTO À MULHER COM GRAVIDEZ DECORRENTE DE ESTUPRO

Esse atendimento deverá ser dado a mulheres que foram estupradas, engravidaram e solicitam a interrupção da gravidez aos serviços públicos de saúde.

Documentos e procedimentos obrigatórios

- Autorização da grávida - ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal -, para a realização do abortamento, firmada em documento de seu próprio punho, na presença de duas testemunhas - exceto pessoas integrantes da equipe do hospital -, que será anexada ao prontuário médico.
- Informação à mulher - ou a seu representante legal -, de que ela poderá ser responsabilizada criminalmente caso as declarações constantes no Boletim de Ocorrência Policial (BOP) forem falsas.
- Registro em prontuário médico, e de forma separada, das consultas, da equipe multidisciplinar e da decisão por ela adotada, assim como dos resultados de exames clínicos ou laboratoriais.
- Cópia do Boletim de Ocorrência Policial.

Recomendados

- Cópia do Registro de Atendimento Médico à época da violência sofrida.
- Cópia do Laudo do Instituto de Medicina Legal, quando se dispuser.

Procedimentos para a interrupção da gravidez

O procedimento deverá ser diferenciado, de acordo com a idade gestacional.

I. Até 12 semanas, podem ser utilizados, para o esvaziamento da cavidade uterina, os dois métodos identificados a seguir.

1. Dilatação do colo uterino e curetagem

Deverá ser realizada em centro cirúrgico equipado adequadamente, com todos os cuidados de assepsia e antisepsia, sob anestesia, devendo-se evitar a anestesia paracervical. A dilatação do colo uterino deverá ser suficiente para a introdução de pinça de Winter, que servirá para a tração das membranas ovulares. Depois, será procedida a curetagem da cavidade uterina. É recomendável que se introduza um comprimido de misoprostol 200mcg (Cytotec) intravaginal, no mínimo 12 horas antes do procedimento, destinado ao preparo do colo uterino com vistas ao menor traumatismo durante a dilatação.

2. Aspiração Manual Intra-Uterina (AMIU)

A aspiração manual compreende um jogo de cânulas plásticas flexíveis de tamanhos que variam de 4 a 12mm de diâmetro, além de um jogo de dilatadores anatômicos nos mesmos diâmetros, seringas de vácuo com capacidade para 60ml e um jogo de adaptadores para conectar a cânula à seringa. Preferentemente, deve ser feita sob anestesia local (paracervical) ou outra anestesia.

A técnica consiste em dilatar o colo uterino até que fique compatível com a idade gestacional. Introduce-se a cânula correspondente e se procede à aspiração da cavidade uterina, tomando-se o cuidado de verificar o momento correto do término do procedimento, ocasião esta em que se sente a aspereza das paredes uterinas, a formação de sangue espumoso e o enlucamento da cânula pelo útero, e em que as pacientes sob anestesia paracervical referem cólicas.

II. Idade Gestacional entre 13 e 20 semanas

A interrupção da gravidez dar-se-á mediante a indução prévia com misoprostol na dose de 100 a 200mcg no fundo de saco vaginal, após limpeza

local com soro fisiológico, a cada 6 horas. A critério clínico, poderá ser associado o uso de misoprostol oral ou ocitocina endovenosa. Após a eliminação do conceito, proceder-se-á a complementação do esvaziamento uterino com curetagem, se necessário. Deve ser considerado que há um risco de complicações, que varia de 3 a 5%, nos casos de interrupção da gravidez neste período.

III. Idade Gestacional acima de 20 semanas

Nesses casos, não se recomenda a interrupção da gravidez. Deve-se oferecer acompanhamento pré-natal e psicológico, procurando-se facilitar os mecanismos de adoção, se a mulher assim o desejar.

Observações importantes

Nos locais onde o exame puder ser realizado, sugere-se guardar uma amostra do material do embrionário ou fetal eliminado, que deverá ser congelada para a eventualidade de comprovação de paternidade, na justiça, por meio da análise do DNA.

As gestantes com fator RH negativo e teste de Coombs indireto negativo deverão receber uma ampola de imunoglobulina anti-RH, até 72 horas após a interrupção da gravidez.

Não se recomenda o uso de antibióticos, a menos que a paciente apresente sinais de infecção ou se houver suspeita de contaminação da cavidade uterina durante o ato cirúrgico.

O uso de ocitócitos fica reservado para quando houver indicação clínica.

Alta Hospitalar

No momento da alta, o serviço de saúde deverá assegurar orientação e métodos anticoncepcionais.

A mulher deverá retornar ao serviço de saúde entre 15 e 30 dias depois da interrupção da gravidez, para acompanhamento médico e psicológico. Se necessário, deverá retornar antes. A sorologia para sífilis deverá ser repetida 30 dias após a violência sexual; a sorologia anti-HIV deverá ser solicitada com 90 e 180 dias; e, para a hepatite B, com 60 e 180 dias.

IV - Profilaxia e Controle da Dor

Um importante a ser considerado pelos serviços é o controle da dor durante todo o procedimento de interrupção da gestação. Para a dilatação e a curetagem, é necessário anestesia geral ou analgesia locorregional (raquidiana ou peridural). Para o processo de aspiração manual intra-uterina, até a 10ª. semana, poderá ser realizada anestesia local paracervical. A anestesia ou analgesia por via endovenosa deverá ser realizada sempre que o caso requerer, particularmente nas gestações acima de 12 semanas. Não se deve economizar analgésicos, até mesmo analgésicos maiores, durante o processo de indução para minimizar a dor decorrente da contração uterina.(<http://www.saude.gov.br/programas/mulher/norviol.html>)

O fato de a Norma Técnica ter sido editada pelo Ministério da Saúde não afasta a obrigatoriedade dos hospitais públicos, vinculados aos Estados e Municípios, realizarem a interrupção da gravidez em mulheres vítimas de estupro que demonstrem expressamente essa vontade.

Isso porque os hospitais conveniados ao SUS, segundo art. 77, caput e parágrafos, do ADCT combinado ao art. 159, caput e parágrafos da CF/88, são custeados, também, por recursos provenientes de transferência de receitas da União, fator que une toda a rede pública de saúde em torno das diretrizes e normas traçadas pelo Ministério da Saúde.

Contudo, os Hospitais Públicos sul-mato-grossenses recusam-se a cumprir as determinações contidas na referida Norma. O fato da

regulamentação ter caráter administrativo, já que decorre de ato do Ministro da Saúde, proporciona a falsa idéia de que o seu cumprimento é facultativo, que não passa de uma orientação. Nesse passo, para que a matéria seja regulamentada de maneira a ter respaldo jurídico satisfatório, há necessidade, premente, da edição de lei ordinária.

Na verdade já existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional que regulamenta a obrigatoriedade dos hospitais conveniados ao SUS realizarem o aborto legal.

O PL 20/91 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 20.08.1997. Mas, por tratar de tema polêmico e por conta de alguns dispositivos do regimento interno da Câmara, está aguardando a apreciação de recurso pelo Plenário da Casa desde 05.12.1997.

O Projeto prevê, em síntese, que: a) os hospitais públicos conveniados ao SUS ficam obrigados a realizar o aborto legal nos casos previstos no art. 128 do CP; b) fica assegurado ao médico a possibilidade de se escusar do abortamento por razões de consciência, em conformidade com o Código de Ética Médica; c) o fato de o médico recusar-se a realizar o abortamento não afasta a responsabilidade da Unidade de Saúde. (www.camara.gov.br/sileg/Prop.)

Enquanto não sancionada a lei nacional que obriga os hospitais públicos a realizar o aborto legal pelo Sistema Único de Saúde, devem os Estados elaborar suas próprias normas para regulamentar o assunto.

O Estado de Mato Grosso do Sul, com base na divisão constitucional de competências legislativas prevista no art. 24, XII, §3º c/c art.198, caput, inciso I da CF/88, deve editar lei estadual, de iniciativa do Poder Executivo, regulando a matéria e implementando uma política pública de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual.

Editar uma legislação estadual sobre o tema é o procedimento legal adequado para possibilitar a efetivação do direito da mulher interromper uma gravidez de risco ou proveniente de estupro.

A própria lei n.8.080/90, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, traz nos arts. 15 e 17, uma divisão de competências o que

permite aos Estados a elaboração das regras estaduais de saúde. A descentralização do sistema único prevista pelo legislador constituinte, também permite a feitura de leis de cunho estadual.

Assim, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul regulamentar a matéria por meio de lei para propiciar uma base jurídica mais sólida que garanta a efetividade do direito ao aborto legal.

3 A CLASSE MÉDICA E A ESCUSA DE REALIZAR O ABORTAMENTO LEGAL

Definidas a constitucionalidade do aborto legal e o procedimento para obrigar os hospitais da rede pública a realizarem o abortamento nos casos permitidos por lei e de acordo com normas traçadas pelo Ministério da Saúde, resta analisar a questão da recusa dos médicos em realizar tal procedimento.

A Resolução n.1.246 de 08.01.1988, editada pelo Conselho Federal de Medicina, regulamenta o Código de Ética Médica e, quando se refere aos direitos do médico, traz a seguinte regra:

Capítulo II - Direitos do Médico

É direito do médico:

(...)

Art. 28 - Recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência

(...)

Mas, a mesma Resolução também prevê:

Capítulo III - Responsabilidade Profissional

É vedado ao médico:

(...)

Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.(...)

Capítulo IV - Direitos Humanos
É vedado ao médico:

Art. 47 - Discriminar o ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar. (grifo nosso)

Ora, como cediço, a interpretação da lei deve ser feita, sempre, de forma sistemática, considerando-se todos os dispositivos de maneira harmônica para alcançar o denominado espírito da norma.

Nesse sentido, ensina Carlos Maximiliano que⁵ “...é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”.

Assim, não pode o médico apegar-se apenas e tão somente ao dispositivo que lhe permite não realizar atos que sejam contra sua consciência, deve, antes, lembrar que tem o dever de observar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa. Deve o médico exercer a sua função respeitando, sempre, a dignidade de seus pacientes.

A regulamentação do Código de Ética, feita por Resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, concede ao médico o direito de não realizar atos profissionais contrários à sua consciência. É bom lembrar que o Projeto de Lei n.20/91, que regulamenta a matéria, também prevê a possibilidade de o médico escusar-se de fazer o abortamento.

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.129.

Tecnicamente a Resolução do CFM não revoga o art. 128 do CP, lei ordinária que prevê a legalidade do aborto praticado por médico, nos casos de gravidez decorrente de estupro.

Assim, a vítima de estupro tem o direito de interromper sua gravidez e o médico, o dever de respeitar a decisão de caráter íntimo de seu paciente.

Contudo, não parece razoável obrigar um médico a realizar operação que não deseja fazer. A questão envolve bom-senso, e não a mera aplicação da lei.

Deve-se buscar um meio termo, ou seja, como já demonstrado alhures, o Estado de Mato Grosso do Sul deve editar lei para regulamentar a matéria.

Além disso, deve-se criar uma Unidade de Saúde especializada no tratamento da saúde da mulher, no amparo a vítimas de violência sexual. Tal Unidade deve contar com profissionais que tenham convicções filosóficas e religiosas voltadas para a possibilidade de realização do aborto legal.

Dessa forma, o Estado cumprirá a lei, respeitará a dignidade das mulheres pacientes e, ao mesmo tempo, a decisão do próprio médico de realizar, ou não, o aborto legal.

4 CONCLUSÃO

Assim, por todo o exposto concluímos que:

1) O art. 128 do Código Penal Brasileiro, que prevê a possibilidade de realização do aborto legal em situações de risco para a gestante ou de gravidez decorrente de estupro, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988;

2) Desde 09 de novembro de 1998, com a edição da Norma Técnica para Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes, os hospitais da rede pública de saúde conveniados ao SUS estão autorizados a realizar o aborto legal de acordo com o procedimento traçado pelo Ministério da Saúde.

3) Na prática os hospitais públicos do Estado de Mato Grosso do Sul não cumprem a referida Norma Técnica porque a interpretam como uma mera orientação do Ministério, já que editada em caráter administrativo; também a classe médica recusa-se a realizar o abortamento por motivos filosóficos e religiosos. A matéria deve ser regulamentada por lei ordinária.

4) Existe no Congresso Nacional o PL 20/91, que obriga os hospitais públicos a realizar o aborto legal nos casos previstos no art. 128 do CP. O Projeto foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça, mas aguarda manifestação do Plenário da Câmara do Deputados a respeito de recursos interpostos, desde 05.12.1997.

5) Enquanto a lei nacional que regulamenta o aborto legal não é aprovada pelo Congresso Nacional, deve o Estado de Mato Grosso do Sul, com base na divisão constitucional de competências legislativas prevista no art. 24, XII, §3º c/c art.198, caput, inciso I da CF/88 e, ainda, com base nos arts. 15 e 17 da Lei n.8.080/90, editar lei estadual, de iniciativa do Poder Executivo, a qual regulamente a matéria.

6) A legislação estadual deverá prever: a) a obrigatoriedade dos hospitais públicos realizarem o aborto legal por intermédio do SUS; b) o procedimento a ser adotado para a prática do abortamento, tendo por base o previsto na Norma Técnica editada pelo Ministério da Saúde; c) a implantação de uma Unidade de Saúde especializada no tratamento da mulher com uma equipe médica que, de acordo com suas convicções, garanta a realização do aborto nos casos previstos em lei; d) o respeito à decisão do médico de realizar, ou não, o abortamento, segundo suas convicções. Esse o procedimento legal apto a concretizar o direito da mulher ao abortamento nos casos previstos na legislação brasileira.

Tal é o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 21 de julho de 2004

Carlos Roberto Marques Júnior
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com as anotações que seguem, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 034/2004 - PJ Nº 002/2004, subscrito pelo Procurador do Estado Carlos Roberto Marques Júnior, que conta com o de acordo da Procuradora-Chefe Judicial Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva, constantes de folhas 05-24 e 25, respectivamente, vistas por mim, do processo em destaque.

2. A matéria objeto de análise no Parecer ora aprovado, permite questionamentos do ponto de vista científico, médico, sociológico, filosófico, jurídico, teológico, religioso¹ etc. Atrevo-me a tecer considerações sobre o aspecto puramente jurídico do tema, base necessária e suficiente para atender os termos da consulta formulada, mesmo porque vivemos em um país que optou, de modo peremptório,

¹ “Desde o século I, a Igreja afirmou a maldade moral de todo aborto provocado. Este ensinamento não mudou. Continua invariável. O aborto direto, quer dizer, querido como um fim ou como um meio, é gravemente contrário à lei moral: Não matarás o embrião por aborto e não farás perecer o recém-nascido” (Catecismo da Igreja Católica : edição revisada de acordo com o texto oficial em latim. São Paulo: Loyola, 1999, p. 592, verbete 2271). A Congregação da Doutrina da Fé, da Igreja Católica, na Instrução *Donum Vitae*, de 22 de fevereiro de 1987, defendendo a inalienabilidade do direito à vida de todo inocente, pondera: “Os direitos inalienáveis da pessoa devem ser reconhecidos e respeitados pela sociedade civil e pela autoridade política. Os direitos do homem não dependem nem dos indivíduos, nem dos pais, e também não representam uma concessão da sociedade e do Estado: pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa em razão do ato criador do qual esta se origina. Entre estes direitos fundamentais é preciso citar o direito à vida e à integridade física de todo ser humano, desde a concepção até a morte” (Congregação da Doutrina da Fé, Instrução *Donum Vitae*, 3). O Código de Direito Canônico de 1983, dispõe no cânone 1398: “Quem procurar o aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*”. Sobre este dispositivo, observa José Antonio da Silva Soares, in verbis: “Como se vê, se o efeito abortivo não se seguir, há pecado, mas ele não é penalizado com a excomunhão. A expressão *latae sententiae* significa que a pena é aplicada automaticamente, sem necessidade de qualquer nova intervenção da autoridade eclesiástica” (SOARES, J. A. Silva. Aborto. In: POLIS Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado : antropologia cultural : direito : economia : ciência política. v. 1. 2. ed. rev. atual. Lisboa: Verbo, 1997, p. 31, 1ª coluna.

por constituir-se como laico (CF, art. 19, inc. I) e Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

3. Em primeiro lugar, observo que não é pacífico o entendimento de que o artigo 128, do Código Penal, tenha sido recepcionado pela Carta de 5 de outubro de 1988. Posição contrária apresentam respeitáveis juristas, como é o caso de Fernando Ferreira dos Santos² e Hélio Bicudo³. De qualquer modo, neste particular, a questão está superada pela iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. Em segundo lugar, inexistem direitos absolutos, podendo, em cada caso concreto, em razão das particularidades deste, haver limitações, que haverão de estar autorizadas na lei. Nesse contexto, o mais importante direito da pessoa, que é a vida, não é absoluto; além da exceção estabelecida pela própria Constituição (art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”), que encontra regulamentação nos artigos 55, inciso I, e 56, do Decreto-lei nº 1.001, de 21.10.1969 (Código Penal Militar), onde está prevista a pena de fuzilamento, a legislação penal traz outras, como é o caso das exclusões de ilicitude, quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (Código Penal, art. 23). A própria pessoa pode - fisicamente- tirar sua vida; assim, pelo suicídio, o direito à vida deixa de ser absoluto e passa a ser relativo.

O direito à igualdade, por exemplo, desapareceu no momento em que alguém, como dito por Jean-Jacques Rousseau, “*tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele*”⁴.

² *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 101-102.

³ Aborto legal, ledô engano. *Jornal Folha de São Paulo*, 5/12/1997, p. 3; *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 102, nota de rodapé nº 274.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2. ed. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 203.

O direito de propriedade, expressamente reconhecido pela Constituição (CF, art. 5º, inc. XXII), sofre limitações em razão de interesse público por utilidade ou necessidade pública, ou por interesse social, sem olvidar que o detentor do domínio e posse deve atender à função social no seu uso.

Juridicamente, sequer os princípios são absolutos, como defende Robert Alexy⁵, de modo que, em havendo colisão, um poderá preceder a outro. Mas não é a Constituição que estabelece uma escala de valoração, e, sim, o intérprete, orientado pelas regras de hermenêutica e de exegese e tendo em conta o entendimento sócio-cultural dominante. Sobre o assunto, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em julgado de grande relevância, asseverou que a hermenêutica para a solução de conflitos exige ponderação e que os critérios para tanto,

[...] vão desde o estabelecimento de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, passando pelo reconhecimento do maior ou menor grau de fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize - a partir da adoção "*de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito*"[...] - a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência⁶.

É que a parte dogmática da constituição tem caráter "*aberto, polissêmico e indeterminado*"⁷, estando a exigir que, no caso concreto, sua interpretação seja otimizada pelos operadores do Direito, mesmo porque o conteúdo dos direitos fundamentais não tem, no ordenamento

⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, passim.

⁶ MS-21.729/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 24.5.1995.

⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 26 e 85.

jurídico, sua fonte última, reclamando tradução constante, que deve ser feita ponderando-se os interesses em conflito⁸.

A verdade é que nem mesmo as virtudes podem ser ilimitadas, pois, como preconizava Montesquieu, *“o próprio excesso da razão nem sempre é desejável e que os homens, quase sempre, se acomodam melhor no meio do que nas extremidades”*⁹.

5. Em terceiro lugar, a República Federativa do Brasil elegeu como princípio fundamental, dentre outros, o da dignidade da pessoa humana, que, a rigor, constitui o cerne, o ápice, dos valores fundantes. O aspecto em questão leva a aventar a hipótese de que toda a atuação do Estado, por quaisquer de seus Poderes, órgãos e agentes, haverá de pautar-se na lei, na justiça e na primazia do homem¹⁰, que é anterior e superior ao próprio Estado, razão por si só suficiente para que constitua em causa primária e derradeira de toda a atuação estatal.¹¹

⁸ *“A solução, como não poderia deixar de ser, está no equilíbrio, no meio termo, na devida dotação de peso a cada pólo influente, e é exatamente nesse ponderar de forças que o ordenamento jurídico insere um componente decisivo no sistema normativo, por intermédio de um processo de esclarecimento recíproco”* (Idem, ibidem, p. 78).

⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. 2. ed. rev. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 125.

¹⁰ Conforme ensinava Henry David Thoreau, por volta de 1848: *“Jamais haverá um Estado realmente livre e esclarecido até que este venha a reconhecer o indivíduo como um poder mais alto e independente, do qual deriva todo seu próprio poder e autoridade, e o trate da maneira adequada”* (A desobediência civil. Trad. Sergio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 55).

¹¹ Nesse particular, a Lei Fundamental da Alemanha, ao estabelecer, já em seu artigo 1º, a proteção da dignidade da pessoa humana, claramente coloca esse princípio em posição hierárquica orientadora de prevalência em relação aos demais valores (cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 110-111). Também a Constituição de Portugal, em seu artigo 1º, elege como esfera constitutiva da República a dignidade da pessoa humana (Sobre o assunto, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 1999, p. 221). No Brasil, considerando tal princípio como vetor interpretativo, destacam-se: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 84; ARANHA, Márcio Iório. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. *Notícia do direito brasileiro - Nova Série*. Brasília, v. 7, p. 397, 2000.

Os princípios inserem-se no âmbito deontológico, na esfera do dever ser, paira sobre todo o sistema jurídico e constituem fundamento autônomo para a argüição de inconstitucionalidade, de modo que, da interpretação deles, considerada a realidade sócio-cultural vigente à época dos fatos sob exame, possível é o reconhecimento de direitos não expressamente contemplados pela norma. Assim, considerando que no Brasil temos uma constituição principiológica, que elege a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, possível é o reconhecimento de direitos somente com base neste princípio.

Esse princípio - além de direitos, como à saúde, à liberdade e à preservação da autonomia da vontade - dá sustentação à recente manifestação do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.54-8/DF, que tem por argüente a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), e na qual decidiu monocraticamente, *in verbis*:

[...]. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.¹²

Também com base no mesmo princípio, defende-se o aborto eugenésico, que ocorre “quando há sério risco e grave perigo para o

¹² Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/>. Acesso em 22.7.2004.

filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquele, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc”¹³.

6. Por derradeiro, a questão do aborto deve ser encarada também tendo em conta a realidade em que vivemos.

A verdade é que não sabemos sequer o que é a vida - nem mesmo algo mais fácil, quem vive, na perspectiva de uma axiologia que valora a vida humana com os outros seres vivos -, muito menos a morte.

Eu sou contra o aborto ilegal. Por outro lado, entendo que ser contra o aborto legal e contra a anticoncepção eficaz, é ser a favor daquele, pois que, como asseverado pelo Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), “a ilegalidade não impede a prática do aborto; antes torna inseguras e precárias as condições em que é praticado”¹⁴.

Segundo noticia José Carlos Bruzzi Castello,

Segundo dados da ONU, de onze anos atrás, 3,4 milhões de mulheres brasileiras cometiam abortos por ano, sendo assim criminosas. Provavelmente, em torno de 3 milhões de brasileiros, seus parceiros sexuais, são co-autores desses crimes, além de milhares de médicos, enfermeiros e curiosos que assim também os cometem. Isso apenas em um ano. Mas o maior número de abortos são os espontâneos, quando a natureza os provoca, destruindo óvulos e fetos mal formados, e ninguém pensa em criminalizar a natureza¹⁵.

¹³ FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. rev. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.1663, 2ª coluna.

¹⁴ Aborto : uma questão em debate. *Revista encontros com a civilização brasileira*, n. especial Mulher Hoje. São Paulo: Civilização Brasileira, 1981, p.233-234; *apud* CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais* : ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.688.

¹⁵ CASTELLO, J. C. Bruzzi. Discriminação do aborto. In: CASTELLO, J. C. Bruzzi. *Deus e a justiça*. Rio de Janeiro, Nórdica, 1998, p.121.

A mesma informação é ratificada por Carlos Roberto Siqueira Castro, *in verbis*:

Segundo dados estatísticos comumente divulgados pela imprensa, o Brasil realiza 10% dos abortos no mundo. Esse resultado assustador levou a Organização Mundial de Saúde a conceder financiamento a institutos de pesquisa brasileiros para investigar os verdadeiros números e condições da realidade do aborto em nosso País. A OMS estima entre 3 a 5 milhões o número de abortos realizados voluntariamente no Brasil, por ano, causando a morte de cerca de 400 mil mulheres anualmente, cujas faixas etárias estão compreendidas entre 15 e 49 anos (cf. a publicação constante da Revista Planejamento Agora, editada pela Associação Brasileira de Entidades de Planejamento Familiar, volume 149, ano IV, edição de 11.01.1989)¹⁶.

A legislação brasileira somente autoriza o aborto terapêutico ou necessário (Código Penal, art. 128, inc. I) e o aborto sentimental, ético ou humanitário (Código Penal, art. 128, inc. II). O senso comum admite, também “a) a eliminação do embrião morto ou virtualmente tal (mola hidatiforme, anencefalia - casos em que é impossível a vida pessoal); b) a ablação de útero canceroso, grávido de embrião ainda não viável; c) [...] [quando ocorrer] perigo iminente à vida da mãe e, conseqüentemente, do próprio filho”¹⁷.

Poderá ocorrer que o profissional de medicina, mesmo sendo servidor público, por convicções pessoais, não queira realizar tal tarefa. Sobre este assunto, entendo lapidares as ponderações do Conselho Federal de Medicina, ditadas em 1985, *ipsis litteris*:

¹⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais* : ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 687, nota de rodapé 1181.

¹⁷ CABRAL, Roque. Aborto. In: LOGOS Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia.v. 1. Lisboa - São Paulo: Verbo, 1997, p. 18, 2ª coluna.

2. Abortamento. O primeiro de todos os princípios morais imposto ao médico é o respeito incondicional à vida humana, conforme está presente nas Declarações de Oslo e Genebra. No entanto, há situações em que os interesses morais e vitais da mãe com os do filho que vai nascer, criam um dilema e levantam questões se a gravidez deve ou não ser interrompida.

Por outro lado, não é de competência do médico determinar, através de suas convicções pessoais, condutas particulares sobre esse ou aquele caso, mas ajustar cada situação até onde a lei é contemplativa, isto é, até onde o abortamento não constitui ação contrária aos interesses ditados pelo Estado. Outra coisa: ainda que a lei permita o aborto diante de certa circunstância, mas se as convicções do médico não lhe permitem indicar ou praticar o abortamento, tal convicção deve ser respeitada, a não ser em situações de provado perigo de vida¹⁸.

Nesse contexto, do ponto de vista estritamente jurídico e tendo em conta o que preceituam os artigos 196 e 198, incisos I e II, da Lei Fundamental, não há qualquer possibilidade de o Poder Público, por seus órgãos, furtar-se à realização de aborto nas hipóteses elencadas na legislação (bem como naquelas decorrentes de decisão judicial, como é o caso de fetos anencefálicos, pela ADPF-54/DF), devendo atuar em estrita observância ao que estabelece a Norma Técnica de 9 de novembro de 1998, do Ministério da Saúde (fls. 14-18).

Registro, ainda, que, na hipótese de não dispor o Poder Público dos meios necessários à realização do abortamento, deverá provê-los, mesmo em outra localidade.

¹⁸ PC/CFM/Nº 20/1985. Processo Consulta CFM n.22/84. Interessado: Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. Conselheiro Relator: Dr. Genival Veloso de França. Assunto: Qual a legislação aplicável aos casos de transplante de órgãos ou tecidos, abortamento ou esterilização a que se refere o art. 12 do Código Brasileiro de Deontologia Médica?. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1985/20_1985.htm. Acesso em 23.7.2004.

7. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão aos Procuradores do Estado Carlos Roberto Marques Júnior e Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade Silva, na Procuradoria Judicial; e

c) extrair e encaminhar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, à Coordenadora Especial de Políticas Públicas para a Mulher e aos Excelentíssimos Secretários de Estado de Saúde, e de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária, para conhecimento.

Campo Grande, MS, 23 de julho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 040/2004

PARECER PAT/Nº 010/2004

Processo n. 15/001493/2004

Interessada: Distribuidora Produtos Alimentícios São Martinho Ltda.

Assunto: Adjudicação de imóvel com ônus de IPTU.

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL COM DÉBITOS REFERENTES A IPTU. NÃO VINCULAÇÃO DO IMÓVEL AO PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADJUDICAÇÃO. MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO DO PREÇO POR PARTE DO ESTADO. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 130, PARÁGRAFO ÚNICO E 187, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CTN.

Embora o IPTU seja classificado como um imposto real, não há imposição de ônus real sobre o imóvel, haja vista a natureza pessoal de que se reveste a obrigação tributária.

Como a adjudicação constitui um modo originário de aquisição de propriedade, é possível ao Estado, em execução fiscal, adjudicar imóvel que possua débitos relativos a IPTU, eximindo-se da obrigação de depositar o preço, em razão de seu crédito tributário ter preferência sobre o do Município, continuando a responsabilidade pelo pagamento do referido débito com o anterior proprietário.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Trata-se de consulta formulada pelo Procurador-Geral do Estado, quanto à possibilidade de o Estado de Mato Grosso do Sul, em execução fiscal, adjudicar bem imóvel que possua débitos relativos ao Imposto Territorial e Predial Urbano - IPTU, em que se indaga “sobre

a aplicação da regra da preferência descrita no art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, sobre a vinculação do imóvel à dívida referente a IPTU e sobre de quem é a responsabilidade do pagamento da dívida relativa ao imóvel”.

O Imposto Territorial e Predial Urbano – IPTU, de competência dos Municípios (artigo 156, inciso I, da Constituição Federal), é classificado pela doutrina como *imposto real*, tendo em vista incidir sobre a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel localizado na zona urbana do Município, ou seja, considera a riqueza em sua objetividade, sem levar em conta a condição pessoal do sujeito passivo do imposto.

A doutrina faz a distinção entre impostos pessoais e reais, levando-se em consideração sua forma de cálculo. Assim, seriam *pessoais*, quando forem calculados atendendo às condições pessoais do contribuinte, ou seja, quando estabelecem diferenças tributárias em função das condições próprias do contribuinte, como é o caso do Imposto de Renda; e *reais*, quando sua instituição visa única e exclusivamente à matéria tributável, segundo seus caracteres objetivos específicos, desprezadas as circunstâncias pessoais do contribuinte. É o caso, por exemplo, do IPTU, ITR.

Tratando-se de *imposto real*, ainda assim não se pode falar em imposição de ônus real. Ora, como se sabe, a obrigação tributária constitui um vínculo jurídico, de natureza pessoal, que une duas pessoas – sujeito ativo (Fisco) e sujeito passivo (contribuinte), que, em vista deste último ter praticado um fato gerador tributário, deve pagar àquele certa quantia em dinheiro denominada *tributo*.

É indubitável que a relação tributária tem caráter pessoal, pois os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária só podem ser pessoas, jamais uma coisa. Desse modo, os impostos reais não constituem direitos reais, ou seja, o vínculo não recai sobre a própria coisa, onerando-a, já que o sujeito passivo da obrigação tributária só poderá ser uma pessoa física ou jurídica, em razão de não existir relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa.

A propósito, Bernardo Ribeiro de Moraes¹ explicita:

Não podemos dizer, pois, ser o imposto um ônus real. O tributo não onera a coisa, mas, sim, a pessoa. Não possuem razão, assim, certos autores (v.g., Ranelletti, Meuci, Buloin, Laband), quando afirmam que certos tributos têm natureza de obrigações verdadeiras ou puras, por se revestirem com a natureza de ônus reais ou de obrigações propter rem, respondendo o devedor apenas enquanto possuidor da coisa. Todo tributo tem natureza de pura obrigação, constituindo um vínculo de caráter pessoal. Não deriva de ônus real ou de situações propter rem, mas, sim, de relações jurídicas nascidas pela ocorrência do respectivo fato gerador. O legislador, se desejar, pode constituir uma garantia real, vinculando a satisfação do crédito tributário por um direito real de garantia (hipoteca legal, privilégio creditório ou penhor), acessório do direito de crédito. Na ausência de norma legal expressa, criando a garantia real, o crédito tributário será simples, igual ao do direito comum.

No Código Tributário Nacional, há norma específica a respeito da matéria. Nos artigos 129 e seguintes, disciplina a responsabilidade tributária dos sucessores, tratando especificamente da *sucessão imobiliária*, em seu artigo 130, que dispõe o seguinte, *in verbis*:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

¹ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.1, p.440.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Assim, no que pertine aos créditos tributários ligados aos respectivos bens, há uma transferência da responsabilidade ao adquirente do imóvel (sucessor), que passa a compor o pólo passivo da relação tributária, no lugar do contribuinte-sucedido.

Observa Aliomar Baleeiro² que essa regra, ao transferir a responsabilidade pelo crédito tributário aos adquirentes de bens imóveis, “*não importa em reconhecer-se caráter real às obrigações tributárias*”, já que, como visto acima, obrigação tributária é sempre de natureza pessoal.

E acrescenta Bernardo Ribeiro Moraes³ que:

Na hipótese do art. 130 do CTN não existe ônus real algum (direito real que grava a coisa, cujo possuidor, pelo simples fato de ser possuidor deve realizar a prestação, podendo liberar-se dela com o simples abandono da coisa). Vários autores já se pronunciaram, em trabalho específico, que o artigo 130 do Código Tributário Nacional não cuida de ônus fiscal, como asseguram Ives Gandra da Silva Martins, Ylves José de Miranda Guimarães, Zelmo Denari e outros. No caso, trata-se de simples obrigação tributária, idêntica a qualquer obrigação, sempre pessoal, cujo crédito é garantido pelo bem imóvel. O devedor ou responsável, como qualquer devedor, responde, como tal, pelo crédito tributário com todos os bens que possui. Pela referida responsabilidade, sub-roga-se o adquirente do imóvel nas dívidas do transmitente, resguardando-se a natureza pessoal da obrigação tributária. O adquirente passa a ser sujeito passivo tributário da relação jurídica derivada.

² BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.747.

³ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v.2, p.514-515.

Dessa forma, não há que se falar que o IPTU enseja um ônus real sobre o referido imóvel, pois, como visto, a obrigação tributária possui caráter pessoal, de modo que a responsabilidade pelo seu cumprimento é transferida ao adquirente do imóvel, que passará a responder perante a Fazenda Pública Municipal com todos os bens que possui.

No caso de o imóvel vir a ser arrematado em hasta pública, o CTN estabelece que a sub-rogação ocorrerá sobre o respectivo preço, conforme estatuído no parágrafo único do citado artigo. Disso resulta que o arrematante não se torna responsável tributário, já que a sub-rogação do crédito tributário relativo ao imóvel opera-se no preço por ele pago e não sobre o imóvel, recebendo-o livre de ônus tributário.

Mais uma vez, Bernardo Ribeiro Moraes⁴ esclarece a situação:

Em conseqüência, o preço da arrematação responde pelos créditos tributários. Estes, até então assegurados pelo bem imóvel, sub-rogam-se no referido preço, para ser descontado no preço. O adquirente, em conseqüência, fica com o bem imóvel desonerado dos ônus tributários, tendo a Fazenda Pública o direito de receber o seu crédito tributário até o limite do preço alcançado em hasta pública. Se o preço alcançado na arrematação em hasta pública não for suficiente para cobrir o débito tributário, nem por isso o arrematante fica responsável pelo eventual saldo. A arrematação em praça pública tem, pois, o efeito de extinguir o ônus do bem imóvel arrematado, passando este ao arrematante livre e desembaraçado de qualquer encargo tributário ou responsabilidade tributária. (grifo nosso)

Como se vê, tratando-se de arrematação em hasta pública, o imóvel é transferido a seu sucessor (arrematante), livre de quaisquer ônus tributários, incluídos aí os débitos referentes ao Imposto de Territorial e Predial Urbano - IPTU.

⁴ Ibidem, p.513.

É sabido que a arrematação consiste na alienação judicial dos bens penhorados, com o fito de convertê-los em dinheiro, para aí satisfazer o crédito a favor do exequente. Trata-se de alienação coativa porque não depende da vontade do executado; ela se realiza mesmo contra a sua vontade. É, pois, uma das formas de expropriação executiva.

Da mesma forma que a arrematação, a adjudicação de bens pelo credor (CPC, artigo 714) também configura uma das formas de expropriação executiva, em que o órgão judiciário transfere coativamente os bens penhorados do patrimônio do executado para o credor.

Constituem, pois, instrumentos colocados à disposição do credor para satisfazer seu crédito, realizando-se a expropriação do bem, mediante sua transferência coativa pelo Estado a terceiro (arrematação) ou ao próprio exequente (adjudicação).

Em ambos os casos, a transmissão de propriedade imóvel, seja por força de arrematação, seja por força de adjudicação, é coativa. Eventual negócio jurídico dá-se apenas entre o particular adquirente e o Estado. Um oferece o lance, o preço e a forma de pagamento; o outro, diz se aceita, determina como se deve proceder e firma o necessário título aquisitivo. Ou ainda, um apenas aquiesce em aceitar o bem imóvel como pagamento de seu crédito de valor; e o outro assim concede. Inexiste negócio contratual, o negócio jurídico é de direito público e processual.

A propriedade é adquirida em virtude de ato judicial, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre o arrematante/adjudicatário e o antigo proprietário do bem. Não há qualquer consentimento do executado na alienação do aludido bem. Trata-se de transferência compulsória e onerosa de sua propriedade para uma terceira pessoa ou para o próprio exequente.

Consubstancia-se, assim, num modo originário de aquisição da propriedade imóvel.

De acordo com a doutrina, de Monteiro:⁵

...os modos de adquirir a propriedade dividem-se em originários e derivados. Nos primeiros, a aquisição é direta e independente da interposição de outra pessoa, o adquirente faz seu o bem, que lhe não é transmitido por quem quer que seja. São modos originários de aquisição da propriedade a ocupação, a especificação e a acessão. Nos segundos, a aquisição tem como pressuposto um ato de transmissão por via do qual a propriedade se transfere para o adquirente. Tais são a transcrição e a tradição.

Como se vê, a aquisição originária da propriedade imóvel ocorre quando o adquirente recebe o título aquisitivo de forma direta e independente do antigo proprietário, sem com este manter qualquer vínculo. É o que ocorre nas hipóteses de arrematação e adjudicação, em que há uma transmissão coativa do domínio, sem qualquer manifestação de vontade por parte do antigo proprietário. Como bem assevera Hugo de Brito Machado,⁶ *“entre o arrematante e o antigo proprietário do bem não se estabelece relação jurídica nenhuma”*.

Diante de tais fundamentos, cabe lembrar que a propriedade adquirida originariamente passa ao patrimônio do adquirente escoimada de quaisquer limitações ou vícios que porventura a maculavam, rompendo toda a ligação da coisa com o antigo proprietário.

Assim, nos casos de arrematação e adjudicação de imóvel, considerando que se tratam de modos originários de aquisição, como visto acima, a propriedade é repassada ao adquirente livre de quaisquer ônus que pesavam sobre o imóvel.

O já citado artigo 130, parágrafo único, do CTN, ao tratar da responsabilidade por sucessão imobiliária, no caso de arrematação

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 3v. p.101.

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.126.

em hasta pública, confirma a tese de que aqueles instrumentos processuais constituem modos originários de aquisição da propriedade imóvel, tanto que o arrematante fica inteiramente desvinculado da responsabilidade tributária do executado, no que se refere aos créditos tributários referentes a IPTU.

De outro lado, o Código Civil, no artigo 1499, inciso VI, reforça a idéia acima delineada, pois prevê a extinção da hipoteca pela arrematação ou adjudicação, desde que o praxeamento do imóvel seja precedido de intimação do credor hipotecário. Ora, esta garantia real sobre coisa alheia não poderia ser extinta, caso a propriedade fosse transferida, de modo derivado, com todos os ônus que lhe cercam.

Dessa forma, qual a razão da lei, ao deixar o imóvel integralmente livre e desembaraçado para o adquirente, se não fosse tratar a arrematação e a adjudicação como título de aquisição originária, sem qualquer laço com o anterior proprietário?

Aliomar Baleeiro⁷, ao tratar do tema, assim preleciona:

Se a transmissão do imóvel se opera por venda em hasta pública, ou seja, o leilão judicial, o arrematante escapa ao rigor do artigo 130, porque a sub-rogação se dá sobre o preço por ele depositado. Responde este pelos tributos devidos, passando o bem livre ao domínio de quem o arrematou.

Este também é o posicionamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. ARREMATAÇÃO. FALÊNCIA. TRIBUTO PREDIAL. INCIDENTE SOBRE O IMÓVEL ARREMATADO. MATÉRIA CONCERNENTE AO PROCESSO FALIMENTAR. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 130 PARÁGRAFO ÚNICO, CTN. PRECEDENTES DOUTRINA. RECURSO ESPECIAL. PROVIDO.

⁷ BALEEIRO, *op. cit.*, 2000, p. 747.

I - Na hipótese de arrematação em hasta pública, dispõe o parágrafo único do art. 130 do Código Tributário Nacional que a sub-rogação do crédito tributário, decorrente de impostos cujo fato gerador seja a propriedade do imóvel, ocorrer sobre o respectivo preço, que por eles responde. Esses créditos, até então assegurados pelo bem, passam a ser garantidos pelo referido preço da arrematação, recebendo o adquirente o imóvel desonerado dos ônus tributários devidos até a data da realização da hasta.

II - Se o preço alcançado na arrematação em hasta pública não for suficiente para cobrir o débito tributário, não fica o arrematante responsável pelo eventual saldo devedor. A arrematação tem o efeito de extinguir os ônus que incidem sobre o bem imóvel arrematado, passando este ao arrematante livre e desembaraçado dos encargos tributários. (STJ. Resp n.166.975-SP. Quarta Turma. Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira. j. em 24.08.1999. DJ 04.10.1999). (grifo nosso)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ARREMATÇÃO.
BEM HIPOTECADO.

A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária, livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido. (STJ. Resp n.40191-7-SP. Quarta Turma. Rel. Min. Dias Trindade. j. em 14.12.1993. DJU 21.03.1994). (grifo nosso)

Desse modo, resta indiscutível que, no caso de arrematação de imóvel em hasta pública, o crédito tributário, decorrente de impostos cujo fato gerador seja a propriedade do imóvel (IPTU, por ex.), sub-roga-se no preço depositado pelo arrematante, que recebe o imóvel desonerado de quaisquer ônus tributário. E é certo que, se o preço da arrematação for insuficiente para pagamento do crédito municipal, nem assim o arrematante será responsável pelo saldo que continua sendo de responsabilidade do contribuinte (anterior proprietário).

Mas e no caso de adjudicação do bem imóvel, em que se dá a coisa penhorada ao credor em satisfação, total ou parcial, de seu crédito? Como fica a questão dos tributos relativos ao imóvel, no caso os débitos referentes a IPTU?

Seja qual for a espécie de execução por quantia certa, a finalidade precípua sempre será a satisfação do crédito a favor do exeqüente. Para atingir tal finalidade, faz-se necessário transferir valores e bens do patrimônio individual e privado do devedor para o patrimônio do credor.

Essa transferência patrimonial ocorre, normalmente, por meio da penhora de bens do devedor, retirando-os de sua disponibilidade, ou com a conversão de tais bens em moeda corrente, traduzindo-se, pois, a expropriação do bem numa transferência coativa do bem para uma terceira pessoa ou para o próprio exeqüente.

Na arrematação, a transferência coacta de bens penhorados dá-se mediante pagamento em dinheiro, para ulterior satisfação do exeqüente; enquanto na adjudicação, realiza-se a expropriação do bem e sua transferência forçada ao próprio exeqüente. Possuem, portanto, a mesma natureza jurídica, qual seja, ato de expropriação, em que o órgão judiciário expropria os bens do executado, sem indagação da vontade do devedor, transferindo-os a terceira pessoa ou ao próprio credor.

Ora, a adjudicação de que trata o art. 714 do CPC homenageia a economia processual: em lugar de o credor depositar o valor da arrematação e receber de volta o dinheiro, permite-se que ele, simplesmente, passe a quitação do crédito, em montante correspondente ao valor do bem adjudicado.⁸

É de se ver, portanto, que a adjudicação possui a mesma estrutura da arrematação, sendo ato de império do Estado, que, contra a vontade do devedor, transfere os seus bens ao credor. Não é outra coisa senão a arrematação pelo próprio exeqüente.

⁸ STJ. Resp n.85.655-PR. Primeira Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 12.12.1996.

Desse modo, deve-se aplicar analogicamente o parágrafo único do artigo 130, do CTN, que trata da responsabilidade imobiliária no caso de arrematação em hasta pública.

Como, na adjudicação, não há a existência de valor depositado para o pagamento da arrematação, deverá o adjudicatário (credor) oferecer ao Juízo da execução o depósito de quantia que substitua o preço da avaliação ou o valor do crédito tributário referente à propriedade imobiliária, se inferior àquele, havendo aí a sub-rogação dos referidos créditos no preço depositado, de modo que o adjudicatário receba o imóvel, livre e desembaraçado dos referidos encargos tributários, assim como o arrematante, já que, em ambos os casos, trata-se de modo originário de aquisição da propriedade imóvel.

Se se tratar de execução fiscal promovida pelo Estado, é possível a realização de adjudicação do imóvel, todavia; não há depósito do preço por parte do Estado, para pagamento dos débitos oriundos de IPTU, já que seu crédito tributário possui preferência em relação ao do Município, a teor do artigo 187, parágrafo único, do CTN.⁹

Entendeu o STJ que a destinação do produto da arrematação, tratada no parágrafo único do artigo 130 do CTN, sucumbe na eventualidade de existir crédito com preferência, traduzindo a ementa do acórdão no seguinte:

PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL -
ARREMATANTE - ADJUDICANTE -
SOLIDARIEDADE COM DÍVIDA FISCAL O
EXECUTADO.

- O arrematante de bem penhorado não responde pela dívida fiscal do executado (CTN - Art. 130, parágrafo único).

⁹ Art. 187. Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e *pro rata*;

III - Municípios, conjuntamente e *pro rata*.

- Em não se apresentando credor preferencial, até o momento da adjudicação, nada impede se consume o ato. (STJ. Primeira Turma. Resp n.85.655-PR. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. j. em 12.12.1996)

Ora, quando houver credores concorrentes ao produto dos bens penhorados, como no caso em tela, deve-se-lhes assegurar a realização do concurso de preferência instituído no parágrafo único do artigo 187 do CTN. Caso contrário, frustrar-se-ia, por via oblíqua, a preferência do crédito assegurado por lei.

Diante do exposto, conclui-se que:

- o fato de o IPTU ser classificado como um imposto real não enseja a imposição de um ônus real sobre o respectivo imóvel, haja vista que a obrigação tributária possui natureza pessoal, de modo que os sujeitos ativo e passivo só podem ser pessoas, jamais uma coisa;

- tratando-se de transferência coativa do patrimônio do devedor para o próprio exequente, sem que se estabeleça qualquer vínculo jurídico entre eles, a adjudicação constitui-se num modo originário de aquisição da propriedade, de modo que o domínio do imóvel é transferido ao adjudicatário livre e desembaraçado de quaisquer ônus;

- dessa forma, é possível ao Estado adjudicar imóvel penhorado em execução fiscal, ainda que o referido bem possua débitos relativos a IPTU, eximindo-se da obrigação de depositar o preço da avaliação ou o valor do IPTU, se inferior àquele, haja vista a preferência de seu crédito sobre o do Município, conforme interpretação obtida do artigo 130, parágrafo único c/c artigo 187, parágrafo único, ambos do CTN, continuando a responsabilidade pelo pagamento dos referidos débitos com o contribuinte (anterior proprietário).

É o parecer que se submete à elevada apreciação.

Campo Grande, MS, 06 de agosto de 2004.

Christiana Puga de Barcelos
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, fulcrado no artigo 8º , inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 040/2004 – PAT Nº 010/2004, subscrito pela Procuradora do Estado Christiana Puga Barcelos, que conta com o de acordo do Chefe da Procuradoria de Assuntos Tributários, Denis Cleiber Miyashiro Castilho, constantes de folhas 22-32 e 33, respectivamente, vistas por mim, do processo em destaque.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão aos Procuradores do Estado acima citado; e

c) devolver-me os autos, para decisão quanto ao pleito de adjudicação.

Campo Grande, MS, 12 de agosto de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÕES

Parte IV

MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 026/2004

Processos nº 31/475073/2003 - Levi Andreu Maldonado
31/475075/2003 - Geraldo Aparecido Cavasana
31/475072/2003 - Arlindo Abreu de França

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública

Assunto: Anulação do ato de transferência para a reserva remunerada PM.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Os autos foram encaminhados pelo Secretário de Estado de Gestão Pública para manifestação quanto ao pedido de anulação do ato de transferência para a Reserva Remunerada formulado pelos interessados supracitados, em atendimento às considerações do Sr. Secretário de Estado de Segurança Pública, manifestadas por meio do OF/GAB/SEJSP/MS/1201/03, de f. 34-35.

No mencionado ofício, a ilustre autoridade solicita o encaminhamento dos autos a esta PGE, para análise dos pedidos, tendo em vista o contido no Parecer/PGE/PP/Nº 047/03, por meio do qual foi fixada a interpretação no âmbito da Administração Pública, no sentido de que o inciso II, do art. 90, da Lei Complementar Estadual n.053/90, que fundamentou a transferência dos requerentes para a reserva remunerada, porta mácula de ilegalidade.

Assim, tece consideração quanto a autotutela administrativa, que pode acarretar a anulação ou a convalidação dos seus próprios atos, de acordo com a ilegalidade apresentada, e a revogação daqueles tidos por inconvenientes ou inoportunos, independentemente de provocação do Poder Judiciário.

E ainda, ressalta o poder-dever do administrador público de, constatando atos ilegais, torná-los inválidos, se não forem passíveis de convalidação, observando os princípios insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Por fim, destaca que, além da observância dos princípios acima mencionados, é imprescindível o atendimento pelo administrador público ao princípio da proporcionalidade, ao analisar a gravidade do ato, já que não é pertinente ao interesse público fulminar um ato administrativo, taxando-o de nulo, caso suas consequências provoquem a eliminação de tantos outros direitos, que, ao fim da análise, a anulação mostre-se mais danosa do que proveitosa.

Feitas tais considerações, a autoridade sugere o encaminhamento dos autos a esta PGE, para manifestação quanto à anulação do ato que transferiu os interessados para a reserva remunerada com proventos proporcionais, transferência essa efetuada com base no dispositivo do Estatuto do Policiais Militares objeto do Parecer supradestacado.

É o relatório.

Trata o presente processo de pedido de anulação do ato que transferiu servidores militares para reserva remunerada da Polícia Militar, efetuado com fundamento no disposto no inciso II, do art. 90, da Lei Complementar Estadual 053/90, cuja redação é a seguinte, *in verbis*:

Art. 90 - A transferência para a reserva remunerada a pedido, será concedida ao policial-militar nas seguintes condições:

(..)

II - com proventos proporcionais, por ano de serviço, para os policiais-militares que contem, no mínimo 10 anos de efetivo serviço.

O dispositivo transcrito foi objeto de análise por parte desta PGE, por meio do Parecer PGE/PP/n.047/03, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado em 29.08.2003, conforme cópia de f. 07-25 (proc. 31/475073/03).

Assim, na conclusão do despacho que aprovou o mencionado Parecer, foi fixada, com suporte no art. 2º, IV, art. 3º, VI, e art. 8º, I, todos da Lei Complementar Estadual n.95/01, a interpretação

administrativa no âmbito da Administração Pública do Estado, no sentido de que o inciso II, do artigo 90, da Lei Complementar Estadual n.053/90, porta mácula de ilegalidade, por afronta ao art. 24 do Decreto-lei (federal) n.667/69, e no art. 97, da Lei (Federal) n.6880, de 09.12.80, assim como, vício de inconstitucionalidade, por ofensa reflexa ao inciso XXI, do art. 22, da Carta Federal.

Dessa forma, com fundamento na interpretação fixada pela Procuradoria-Geral do Estado, os requerentes, transferidos para a reserva remunerada com proventos proporcionais, com fulcro no dispositivo em comento, conforme atos publicados em datas anteriores a tal interpretação, pleiteiam a anulação da respectiva transferência, sob a consideração de que a ela seria ilegal, por estar embasada em dispositivo considerado ilegal pela própria Administração Pública Estadual.

Em que pesem às considerações do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Justiça quanto à anulação ou convalidação de atos administrativos, entendemos que à matéria ora tratada deve ser dada um outro enfoque.

Com efeito, verifica-se no caso que a Procuradoria-Geral do Estado, no âmbito de sua competência, fixou a interpretação administrativa quanto ao disposto no art. 90,II, da Lei Complementar Estadual n.053/90, no sentido de que tal dispositivo porta a mácula da ilegalidade por afrontar a legislação federal, bem como o vício da inconstitucionalidade, por ofensa reflexa ao inciso XXI, do art. 22, da Constituição Federal.

Portanto, a partir da fixação dessa interpretação, o entendimento deve ser aplicado pela Administração Pública, face ao seu caráter vinculativo.

Embora a conclusão seja quanto à ilegalidade ou mesmo quanto à inconstitucionalidade reflexa, não significa dizer que todos os atos praticados com fundamento no dispositivo sejam considerados de plano ilegais, ou mesmo nulos.

Ora, quando da edição dos atos de transferência dos interessados para a reserva remunerada, não havia sido fixado o entendimento quanto à interpretação da norma.

Assim, os atos, naquela época, observaram dispositivo que, até então, vinha sendo aplicado.

Dessa forma, não trata o caso de ato nulo, por fundar-se em norma que, posteriormente, foi considerada administrativamente como eivada de ilegalidade ou mesmo de inconstitucionalidade reflexa, de tal sorte a propiciar o retorno dos interessados ao serviço ativo.

Da mesma maneira, não se trata de convalidação de ato nulo.

Neste sentido, transcrevemos a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:¹

A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos.(...) O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado.

É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos. (grifo nosso)

No caso sob comento, o ato não pode convalidar-se, uma vez que hoje, face à interpretação fixada, não poderia mais ser validamente editado.

Assim, diante de um ato insuscetível de convalidação, em tese, caberia a decretação da nulidade do mesmo pela Administração.

No entanto, em certas situações, tal providência pode desencadear um resultado que, no final, venha trazer consequências até irreparáveis para a Administração, na medida em que podem ser afetadas outras relações jurídicas.

¹MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, p.430

Desse modo, aplica-se ao caso o princípio da segurança jurídica, que chancela atos com o objetivo maior da estabilização das relações jurídicas.

Continuando com os ensinamentos de Celso Antônio, transcrevemos o seguinte trecho:²

Sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja estabilizada pelo Direito. Em tal caso, já não mais haverá situação jurídica inválida ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito “prescricional”, para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

Quanto à primeira hipótese contida na transcrição supra, atualmente está assentado o entendimento de que a Administração também submete-se a prazo para anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.³

No caso em tela, verifica-se que, em pelo menos duas situações, já se transcorreram mais de cinco anos desde a transferência

² *op. cit.* p.432.

³ O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé (art. 54, caput, da Lei Federal n.9784/99)

dos interessados para a reserva remunerada, como pode ser observado quanto ao requerente Geraldo Aparecido Cavasana, transferido em 24.11.1993 (f. 05, proc. 31/475.075/03), e quanto a Arlindo Abreu França, transferido em 30.06.1998 (f. 04, proc. 31/475.072/03).

No entanto, mesmo quanto ao requerente Levi Andreu Maldonado, transferido em 21.09.99, a situação também está consolidada, não pelo prazo prescricional, mas pelos reflexos que a eventual anulação de sua transferência para a reserva remunerada ocasionaria.

Com efeito, a transferência do servidor militar para a reserva remunerada torna vago o cargo por ele ocupado.

Assim, tal vaga passa a ser preenchida por outro servidor militar, que a ela ascendeu, em decorrência de um procedimento de promoção.

Ademais, o retorno do servidor ao serviço ativo implicaria na existência de vaga, trazendo consequências quanto ao quadro de vagas, disponível para as promoções regulares, efetuadas em obediências às normas estatutárias, aplicáveis aos servidores da ativa.

Portanto, o retorno geraria um desequilíbrio quanto ao quadro de vagas, afetando eventuais direitos de terceiros de boa-fé, que estão no aguardo de suas promoções.

Também não seria o caso de se falar em agregação ou excedente no quadro,⁴ já que para estas situações a lei prevê as hipóteses possíveis.

Por outro lado, a lei estatutária militar prevê quais as hipóteses para o retorno do servidor da reserva remunerada para o serviço ativo,⁵ chamada de convocação, e a presente situação não está dentre aquelas abrangidas pela lei.

⁴ arts. 76 e 81, da LC n.053/90.

⁵ arts. 7º e 93, da LC n.053/90, e Parecer PGE/PP/Nº 073/02.

Em suma, as transferências dos requerentes para a reserva remunerada ensejam situações consolidadas no tempo, das quais efeitos práticos surgiram (a própria inatividade remunerada, as vagas abertas e já preenchidas etc), tanto para os requerentes quanto para terceiros, não sendo possível, ante a necessária segurança jurídica, a declaração de nulidade de tais atos.

Dessa forma, os atos de transferência dos interessados para a reserva remunerada devem ser mantidos, não lhes afetando a interpretação atual dada pela PGE ao dispositivo legal que fundamentou referidas transferências.

Evidente que, da interpretação fixada em diante, não poderão ser efetuadas novas transferências de servidores militares para a reserva remunerada proporcional, com fulcro no art. 90,II, da Lei Complementar n.053/90.

Do exposto, opinamos pelo indeferimento dos pedidos, face à consolidação da situação gerada pela transferência dos requerentes para a reserva remunerada da Polícia Militar.

É a manifestação que submetemos a vossa apreciação.

Campo Grande, MS, 20 de fevereiro de 2004.

Judith Amaral Lageano
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos, etc.

1. Aprecio e aprovo, com suporte no art. 25, inciso II, da Resolução PGE/MS/Nº 017/2000, com redação dada pela Resolução PGE/MS/Nº 082/2003, e com os acréscimos seguintes, a Manifestação PGE/PP/Nº 026/04, de lavra da Procuradora do Estado Judith Amaral Lageano, acostada às fls. 39-44 dos autos do Processo n.31/475073/2003, apensado aos autos dos Processos n.31/475075/2003 e 31/475072/2003, por envolver idêntica matéria, vistas por mim.

2. Acrescento que a interpretação administrativa dada ao inciso II do artigo 90 da Lei Complementar (Estadual) n.53, de 30 de agosto de 1990, por meio do Parecer Nº 047/2003 - PP/Nº 018/2003, tem efeitos *ex nunc* (para o futuro) e é vinculante para o Poder Executivo e a Administração Indireta do Estado de Mato Grosso do Sul, por força da competência outorgada a Procuradoria-Geral do Estado por intermédio da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26 de dezembro de 2001, em seu artigo 2º, inciso IV.¹

3. A irretroatividade da interpretação fixada para o dispositivo da LCE 053/90 funda-se em razões de segurança jurídica que, como asseverado na Manifestação em apreço, chancela atos com o objetivo de conferir estabilização às relações jurídicas.

4. À situação em análise deve-se aplicar o princípio da segurança jurídica em face das inúmeras repercussões fáticas e jurídicas desencadeadas por atos praticados com fundamento em dispositivo até então tido por “legal e constitucional”.

5. Ressalte-se que, mesmo em sede de controle concentrado de leis ou atos normativos, cuja regra geral e o efeito retroativo (*ex tunc*) da decisão, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, pode restringir os efeitos da decisão, conforme facultou-lhe o artigo 27 da Lei (Federal) n.9.868, de 10.11.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O dispositivo referido estabelece:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração

¹ Art. 2º. A Procuradoria-Geral do Estado (...), e em especial: IV - exercer as funções de consultoria e de assessoramento jurídico, de coordenação e supervisão técnico-jurídica do Poder Executivo e da Administração Indireta, bem como emitir pareceres normativos ou não, para fixar a interpretação administrativa na execução de leis ou atos do Poder Executivo e fazer a exegese da Constituição Estadual e Federal.

ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

6. Com esses acréscimos, aprovo a Manifestação PGE/PP/Nº 026/2004.

7. A Assessoria Técnica do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão a Procuradora do Estado Judith Amaral Lageano;

b) juntar cópia desta decisão aos Processos n.31/475075/2003 e 31/475072/2003 e, após, remeter os autos ao consulente para os fins.

Campo Grande, MS, 03 de março de 2004.

Adalberto Neves Miranda
Procurador-Geral Adjunto do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 043/2004

Processo n. 13/032954/2003

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Interessado: Haroldo Cristovan.

Assunto: Averbação de Temo de Serviço - Prescrição.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Tratam os autos em epígrafe de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Gestão Pública, solicitando análise e manifestação acerca de questões relativas ao pedido de averbação de tempo de serviço formulado por Haroldo Cristovan, servidor público aposentado desde 23 de abril de 1993.

O presente processo teve início por requerimento do interessado, de 24.11.2003, que anexou Certidão de Tempo de Contribuição expedida pelo INSS, solicitando a averbação do tempo de serviço de 14.07.1972 a 11.06.1973 (f. 03).

Foi juntado aos autos relatório de Atos e Eventos da vida funcional do servidor (f. 04/20), certidão de tempo de serviço (f. 23/24) e cópia do Diário Oficial n.3528, de 24.04.1993, no qual consta publicado o ato de aposentadoria.

Novo relatório da vida funcional do servidor foi colacionado à f. 26/51, seguido de informativo quanto às averbações ocorridas (f. 52).

Por intermédio da Manifestação n.1410/03/AJ/SRHP/SEGES (f. 53/54), reconheceu-se o direito dos servidor em requerer a averbação do tempo de serviço prestado antes da aposentadoria, para fins de refixação de proventos, desde que devidamente reconhecido.

No entanto, o pedido foi indeferido ante o reconhecimento da prescrição, com fundamento no art. 184 da Lei Estadual n.1.102/90.

Anexou-se aos autos cópia do Parecer PGE Nº 15/02 (f. 58/62) e cópia de decisão judicial (f. 63/65), seguidos do pedido de reconsideração do indeferimento, conforme manifestação de f. 66.

Em seguida foi anexada cópia do Parecer PGE Nº 064/00, que trata de matéria semelhante, f. 67/69.

A Assessoria Jurídica da Superintendência de Recursos Humanos e Previdência da Secretaria de Estado de Gestão Pública, por intermédio da Manifestação de f. 70/71, procedeu à análise do caso, solicitando orientação da Procuradoria-Geral do Estado acerca do direito reclamado, lançando as seguintes premissas:

1. Existência de dois pareceres da PGE tratando de temas semelhantes, porém com conclusões divergentes;
2. Dúvida quanto à aplicação da prescrição aos casos de requerimento de averbação de tempo de serviço anterior à aposentadoria.

É o relatório.

Passando-se à análise do caso em tela, impõe-se, antes de adentrar o mérito propriamente dito, ressaltar a forma de reconhecimento da prescrição neste e em casos análogos.

No caso em tela, decidiu-se pela aplicação da prescrição prevista no art. 184 da Lei Estadual n.1.102/90, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Mato Grosso do Sul.

Entretanto, com a reforma da previdência iniciada com a edição da Emenda Constitucional n.20/98, restou bastante clara a necessidade de se dar tratamento específico aos direitos previdenciários dos servidores públicos, sem confundi-los com direitos estatutários.

É necessário, assim, fazer uma distinção entre regime de trabalho e regime previdenciário.

Regime de trabalho refere-se ao Celetista, que submete os servidores às normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho,

e o Estatutário, que os vincula aos estatutos próprios de suas respectivas carreiras. Tais diferenciações reforçaram-se a partir da Emenda n.19/98, que não mais exige regime jurídico único aos servidores públicos.

As normas instituidoras desses regimes de trabalho devem prever diversas matérias que orientam o trabalho dos servidores a ela submetidos, como forma de ingresso, prerrogativas, deveres, atribuições, dentre outros.

Antes da reforma, era comum que as leis instituidoras de regime de trabalho dos servidores (estatutos) contivessem também matéria de natureza previdenciária, geralmente estendendo ou criando benefícios sem preocupar-se com a fonte de custeio, o que comprometia seriamente os sistemas próprios de previdência dos entes federados.

A reforma veio justamente para deixar claro a existência dos diversos regimes de previdência, prevendo o Regime Geral de Previdência, os Regimes Próprios de Previdência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e o Regime Complementar para os servidores públicos, regimes esses que não se confundem com os regimes de trabalho (celetista e estatutário), pois a matéria por eles abrangida é de natureza estritamente previdenciária.

Cada regime próprio de previdência deve ser criado por lei, e nela deverá estar disciplinada toda a matéria previdenciária os respectivos servidores, seguindo as orientações gerais contidas na Lei n.9.717/98.

Portanto, às questões de natureza previdenciária não devem ser aplicadas regras contidas nos estatutos. A partir da reforma, somente se aplicam as leis previdenciárias organizadoras dos regimes próprios.

As regras pertinentes à prescrição a ser observada são aquelas contidas na lei previdenciária, no caso, a Lei Estadual n.2.207/00.

A respeito da prescrição, o art. 75 da Lei Estadual n.2.207/00 estabelece, *in verbis*:

Art 75. Sem prejuízo do direito aos benefícios, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas em época própria, ressalvados os direitos dos incapazes ou dos ausentes, na forma da lei civil.

A regra em destaque determina que o direito aos benefícios previdenciários não prescrevem, mas somente as parcelas não reclamadas no lapso temporal de cinco anos.

Entretanto, no caso em análise, não se reclama o benefício previdenciário, pois este já foi concedido (aposentadoria voluntária), nem tampouco diferenças a ele relativas.

O que se busca é o reconhecimento de um direito, o de averbar tempo de serviço prestado anteriormente à aposentadoria.

Dessa maneira, cabe na espécie a invocação, com interpretação temperada, do Decreto n.20.910, de 06.01.1932, que regula a prescrição quinquenal não só dos créditos, mas também de qualquer direito ou ação, de qualquer natureza, contra a Fazenda Pública, conforme art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

No caso em tela, a prescrição não atinge o próprio fundo de direito, posto que nunca ocorreu negativa por parte da Fazenda Pública em averbar o tempo de serviço requerido pelo servidor.

Não há qualquer ato concreto da Administração negando o direito à averbação por entendê-la indevida, a não ser o indeferimento ocorrido em 06.01.2004 (f. 55), publicado no Diário Oficial de 09.01.2004 (f. 56), objeto da presente análise.

Ademais, aplica-se ao caso a Súmula n.85, do Superior Tribunal de Justiça, que possui o seguinte enunciado:

Súmula 85: Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (grifo nosso)

A propósito, vale trazer à colação o entendimento jurisprudencial a respeito do tema:

AGRAVO REGIMENTAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO MUNICIPAL - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA.

O recurso especial é apreciado nos limites em que é interposto. A averbação de tempo de serviço prestado em outro órgão pode ser requerida a qualquer tempo. Indeferido o pedido, na esfera administrativa, a partir daí inicia-se o prazo prescricional para a propositura da ação judicial. Agravo regimental desprovido.¹ (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR - RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA, UMA VEZ QUE O PEDIDO DE INCORPORAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO FOI NEGADO EM 1988 E A AÇÃO AJUIZADA EM 1990.² (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO A EMPRESAS ESTATAIS - PRESCRIÇÃO.

A contagem de tempo de serviço não se sujeita a prescrição. Deferida o para fins de aposentadoria e disponibilidade, o fenômeno extintivo alcançaria

¹ STJ - 5ª Turma - AGREsp 49701/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 25.03.1999, DJ 19.04.1999, p. 00154, disponível em www.stj.gov.br.

² STJ - 5ª Turma - REsp 31641/SP, Rel. Min. Assis Toledo, j. 02.10.1995, DJ 20.11.1995, p. 39612, disponível em www.stj.gov.br.

apenas as parcelas pecuniárias que se vencessem no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação.³ (grifo nosso)

Descaracterizada portanto, a prescrição do direito reclamado no caso em análise, já que não se tem notícia de qualquer ato concreto da Administração negando o direito reclamado - averbação do tempo de serviço, este sim marco inicial da prescrição.

Quanto ao mérito, com razão o servidor.

Os questionamentos lançados pela Assessoria Jurídica da Superintendência de Recursos Humanos e Previdência da Secretaria de Estado de Gestão Pública, por intermédio da Manifestação de f. 70/71, dão conta da existência de dois pareceres da Procuradoria-Geral do Estado sobre o tema, com conclusões divergentes.

O Parecer PGE Nº 064/2000 (PP Nº 020/2000), de 18 de setembro de 2000, possui a seguinte ementa:

APOSENTADORIA. VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS E CONDIÇÕES PREVISTAS PELA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA CONCESSÃO DO PEDIDO. CONCESSÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO POSTERIOR.

A aposentadoria concedida nos termos da lei vigente à época do pedido, torna-se ato jurídico perfeito, não podendo mais ser alterada, inclusive com relação aos proventos, ressalvada a hipótese prevista no § 8º do art. 40 da Constituição Federal. Aplicação da Súmula 359 do STF.

No referido parecer, ficou assentado o entendimento de que a aposentadoria é ato jurídico perfeito e acabado, não podendo ser alterada posteriormente senão nas hipóteses previstas no § 8º do art. 40 da Carta Magna.

³ STJ – 2ª Turma - REsp 14771/SP, Rel. Min. Américo Luz, j. 20.09.1993, DJ 11.10.1993, p. 21303, disponível em www.stj.gov.br.

Em contrapartida, o Parecer PGE Nº 015/2002 (PP Nº 005/2002), de 18.04.2002, possui a seguinte ementa:

AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO - APOSENTADORIA COM PROVENTOS PROPORCIONAIS - POSSIBILIDADE DE CONTAGEM DE TEMPO PRESTADO ANTES DA APOSENTADORIA, DEVIDAMENTE CERTIFICADO - REVISÃO DOS PROVENTOS PARA INTEGRAIS - NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS.

Para fins de aposentadoria com provento integrais, o aposentado com proventos proporcionais pode averbar e contar tempo de serviço anterior àquele utilizado para a aposentadoria, devidamente comprovado por certidão emitida pelo Órgão Federal para o qual o trabalho foi prestado. Por ser ato complexo, em que há conjugação de vontade de mais de um órgão, a revisão posterior do ato pela Administração, em decorrência da averbação do tempo de serviço, somente produzirá efeitos financeiros após a aprovação do Tribunal de Contas, nos termos da Súmula 6 do STF.

A tese aqui expressada é de que pode ser averbado tempo de serviço prestado anteriormente à aposentadoria, inclusive com revisão dos proventos, se for o caso, mas os efeitos financeiros somente serão gerados após a aprovação do Tribunal de Contas, conforme Súmula 6 do STF.

Tal entendimento, além de ser o mais recente emitido pela Procuradoria-Geral do Estado a respeito do tema, é o mais acertado, tendo inclusive sido acatado na manifestação de f. 53/54.

Não se pode olvidar que todo o tempo de serviço prestado foi incorporado ao patrimônio jurídico do servidor, não podendo a Administração ignorá-lo, mormente quando a Certidão do INSS somente foi emitida em 21.11.2003, e o pedido administrativo de averbação providenciado em 24.11.2003, apenas alguns dias depois. Também não há evidência de sobreposição de períodos.

Conclui-se, em resposta aos questionamentos apresentados, que o direito do servidor não se encontra prescrito e, no mérito, faz jus à averbação do tempo de serviço e eventual revisão de proventos, conforme entendimento exarado no Parecer PGE Nº 015/2002 (PP Nº 005/2002), de 18.04.2002, mas com efeitos financeiros somente a partir da aprovação do Tribunal de Contas, conforme Súmula 6 do STF.

É a manifestação que se submete à vossa apreciação.

Campo Grande, MS, 05 de abril de 2004

Suleimar Sousa Schröder Rosa
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Acolho, com suporte no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26 de dezembro de 2001, a Manifestação PGE/PP n.043/2004, subscrita pela Procuradora do Estado Suleimar Sousa Schröder Rosa, da Procuradoria de Pessoal, que recebeu a anuência da Procuradora-Chefe de Pessoal, Judith Amaral Lageano, constantes de folhas 75-84 e 85, respectivamente, todas vistas por mim, do processo em destaque.

2. Acrescento ao já exposto na Manifestação ora aprovada, que o entendimento exposto no Parecer PGE n.064/2000 - PP n.020/2000, encontra-se superado, por antinomia com o Parecer PGE n.015/2002 - PP n.005/2002, cronologicamente mais recente e adequado aos termos da legislação e da doutrina e jurisprudência dominantes.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão a Procuradora do Estado Suleimar Sousa Schroder Rosa e a Procuradora-Chefe de Pessoal Judith Amaral Lageano; e

b) restituir os autos à Secretaria de Estado de Gestão Pública, para conhecimento.

Campo Grande, MS, 15 de abril de 2004.

Jose Wanderley Bezerra Alves
Procurador -Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PAT/Nº 056/2004

Processo n. 15/000641/2004

Interessados: Secretário de Estado e Meio Ambiente e Recursos Hídricos e Instituto de Meio Ambiente Pantanal (IMAP).

Assunto: Viabilidade jurídica de serem os custos dos serviços públicos prestados pelo IMAP fixados por meio de resolução.

Ementa: INSTITUIÇÃO E COBRANÇA DE TAXA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ANÁLISE E VISTORIA DAS ÁREAS DESTINADAS À IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE RECOMPOSIÇÃO, REGENERAÇÃO E COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL - IMPOSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DE RESOLUÇÃO - PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA.

A instituição de cobrança de taxa pelo desempenho de atividade de análise e vistoria de áreas destinadas à implantação do Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal está sujeita às limitações ao poder de tributar consagradas pelo Art.150 da Constituição da República, especialmente ao Princípio da legalidade, no sentido de que, somente por meio de "lei em sentido estrito", pode exsurgir a exação e seus consectários.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul encaminha para Parecer o Processo n.15/000641/2004, que trata de Consulta formulada por meio do Ofício n.095/2004 - GAB/SEMA, objetivando manifestação a respeito da viabilidade jurídica de os custos dos serviços prestados pelo Instituto de Meio Ambiente Pantanal - IMAP, referente à implantação do Sistema de Recomposição, Regeneração e Compensação da Reserva Legal, serem fixados mediante resolução, independentemente de lei anterior específica.

Os autos foram destinados à Procuradoria de Assuntos Tributários (f. 12) que opinou pela ilegalidade da cobrança do valor visado pelo órgão ambiental, quando da análise de viabilidade para que o produtor promova a regeneração, recomposição e compensação da reserva legal por ser fixado por meio de resolução (f. 55/63).

Por intermédio do ofício n.253/03-GAB/SEMA (f. 67) e amparo da Lei Federal 10650/00 e da Resolução Conjunta SEMA/IMAP n.001/2003, o Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos solicitou reanálise da consulta da consulta formulada.

Vieram, então, os autos para elaboração de parecer (f.68).

É o que cabia relatar.

Ab initio, convém analisar o mencionado artigo 9.º da Lei Federal n.10.650 da 16.04.03, embaixador do pedido de reapreciação do presente parecer, vejamos:

Art. 9.º. As informações de que trata esta Lei serão prestadas mediante o recolhimento de valor correspondente ao ressarcimento dos recursos despendidos para o seu fornecimento, observadas as normas e tabelas específicas, fixadas pelo órgão competente em nível federal, estadual ou municipal.

Como facilmente se percebe, o texto normativo não dispõe acerca de conteúdo pertinente à consulta formulada: ao contrário, trata de matéria referente ao acesso público de dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, motivo pelo qual não se embasará a presente manifestação no artigo supramencionado.

Superado o equívoco apontado, o ponto primordial da situação submetida à análise desta Procuradoria parece cingir-se em saber se é juridicamente viável estabelecer e exigir, por meio de resolução, o pagamento de contraprestação pelos serviços de análise e vistoria para o fim de emissão de documento de Regeneração, Recomposição e Compensação da Reserva Legal.

Considerando que a atividade a ser desempenhada pelo Instituto do Meio Ambiente Pantanal - IMAP subsume-se típico caso de exercício do poder de polícia, compulsoriamente fruída por seus destinatários de forma vinculada, imediata e direta, sob pena de, em sua ausência, não ser possível a averbação da reserva legal instituída pelo ordenamento jurídico vigente, forçoso é convir que a exação que se pretende exigir se amolda, perfeita e unicamente, a uma das espécies tributárias, qual seja, a **taxa**.

Como é sabido, a instituição de tributos está sujeita às limitações ao poder de tributar consagradas pelo Art.150 da Constituição da República, especialmente pelo **Princípio da legalidade** que, usando das palavras de Sacha Calmon Navarro. Coelho,¹ "em matéria tributária, forceja no rumo de ser absoluto, vale dizer, o ato do Estado que põe tributação deve ser ato legislativo em sentido formal e material (lei estrita e escrita)".

O princípio da legalidade tributária exige que o tributo, bem assim, por óbvio, todos os elementos que o caracterizam, sejam instituídos por lei formal, como ato emanado do Poder Legislativo.

Como ensina, ainda, o Prof. Sacha Calmon Navarro. Coelho:²

Não se discute a importância dos princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade e anualidade. Por irrecusável, veja-se a conexão com as necessidades cada vez mais presentes do princípio da Segurança jurídica. Tal como posta, a segurança jurídica abomina a casuística dos regulamentos e a incerteza proteiforme das portarias e demais atos da administração. Dado que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, a segurança jurídica a que faz jus o contribuinte entronca diretamente com a tese ou princípio da proteção da confiança.

¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p.277.

² COELHO, *op. cit.*, 1990, p.280.

Nesse mesmo sentido, é a brilhante lição de Alberto Xavier,³ que vale a pena transcrever, *in verbis*:

A idéia de que em matéria de tributos a lei é o único instrumento de realização da justiça material não podia conduzir apenas à proclamação de uma reserva de lei formal, com as correspondentes exclusões do costume e do regulamento. Tornava-se ainda indispensável que essa mesma lei disciplinasse os atos do poder administrativo de uma forma tão completa que a expressão da justiça estivesse por inteiro contida nos termos da lei, com exclusão de qualquer margem de arbítrio dos órgãos de aplicação do direito.

...

No Direito Tributário, o princípio da legalidade revestiu sempre um conteúdo bem mais restrito. Com vista a proteger a esfera de direitos subjetivos dos particulares do arbítrio e do subjetivismo do órgão de aplicação do direito - juiz ou administrador - e, portanto, a prevenir a aplicação de 'tributos arbitrários', optou-se neste ramo do Direito por uma formulação mais restritiva do princípio da legalidade, convertendo-o numa reserva absoluta de lei, no sentido de que a lei, mesmo em sentido material, deve conter não só o fundamento da conduta da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto. Se o princípio da reserva de lei formal contém em si a exigência da *lex scripta*, o princípio da reserva absoluta coloca-nos perante a necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos da decisão no caso concreto, de tal modo que não apenas o fim, mas também o conteúdo daquela decisão sejam por ela diretamente fornecidos. A decisão do caso concreto obtém-se, assim, por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato na norma, independentemente de qualquer livre valoração pessoal.

³ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 36-39.

Realmente, a natureza jurídica do valor que se pretende cobrar por meio da aludida resolução é tributária, motivo pelo qual a sua instituição está adstrita ao Princípio da Estrita Legalidade, no sentido de que somente por meio de "*lei em sentido estrito*" pode exsurgir a exação e seus consectários.

Baseando-se neste princípio, não há apenas a necessidade de uma lei formal, mas também a necessidade de uma lei qualificada, com uma reserva absoluta, que traga a tipificação do caso concreto, assim como o conteúdo da decisão para o caso, não havendo lugar para livre valoração do órgão de aplicação do direito, administrador ou juiz.

As leis que instituem tributos não vão apenas dar ao órgão que irá aplicá-la o direito de fazê-la livremente, mas o órgão estará preso pelo poder imposto pela própria lei, que lhe impõe o critério da precisão dos elementos tipificados. Essa precisão tem que ser pormenorizada, a ponto de impedir o uso da subjetividade quando da aplicação ao caso concreto. É uma segurança jurídica para o contribuinte, ele tem a certeza de seu direito.

Dessa forma, a subsunção do fato tributário à lei é uma exigência constitucional inamovível, cujo afrouxamento conduz ao arbítrio e à insegurança.

Em conclusão, entende-se que a exigência fiscal que se pretende instituir por meio de simples Resolução, não pode subsistir, eis que consubstancia, à toda evidência, violação ao princípio da legalidade (art.5º, inciso II, da CF), que, no campo tributário, tem abrigo próprio (art.150, inciso I, da CF) e cuja rigidez levou à construção do princípio da legalidade estrita, como exaustivamente demonstrado.

É o parecer que submeto à elevada consideração superior.

Campo Grande, MS, 11 de maio de 2004.

Waleska Assis de Souza
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos, etc.

1. Aprovo, com fincas no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, e pelos fundamentos jurídicos que contém, a Manifestação PGE/PAT/Nº 056/2004, subscrita pela Procuradora do Estado Waleska Assis de Souza, com expressa concordância do Procurador do Estado Denis Cleiber Miyashiro Castilho, Chefe da Procuradoria de Assuntos Tributários, acostada às fls. 69-75 dos autos epigrafados, por mim vistas.

2. Os fundamentos contidos na Manifestação em apreço acrescentam argumentos que reforçam entendimento estampado no Parecer PGE/Nº 016/2004 - PAT/NO 002/2004, razão pela qual o mantenho *in totum*, integrando a ele os termos desta manifestação.

3. À Assessoria Técnica do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão à subscritora da manifestação em apreço na Procuradoria de Assuntos Tributários;

b) após, encaminhar cópia desta decisão e da Manifestação aprovada ao ilustre Secretário consultante para conhecimento; e

c) remeter cópia desta Manifestação e desta decisão à Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado para anexá-la ao Parecer PGE/NO 016/2004 - PAT/NO 002/2004, passando a integrá-lo.

4. Cumpra-se.

Campo Grande, MS, 18 de maio de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 059/2004.

Processo n. 15/000880/04

Interessado: Secretário de Estado de Gestão Pública

Assunto: Alteração da Lei Complementar Estadual 53/90 acerca da utilização dos militares inativos para atuarem novamente a serviço da corporação

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Trata-se de pedido de manifestação realizado pelo Exmo. Secretário de Estado de Gestão acerca da proposta de alteração da Lei Complementar Estadual n.053/90 (que rege os militares do Estado), quanto ao aproveitamento de inativos mediante convocação ou designação.

É o relatório.

1 DAS ALTERAÇÕES PRETENDIDAS

O quadro abaixo revela a proposta de alteração quanto ao artigo 4º da Lei Complementar 53/90:

REDAÇÃO ATUAL	PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO
Art. 4º - Os integrantes da PMMS, em razão da destinação constitucional da Corporação e das Leis vigentes, são servidores públicos militares estaduais denominados policiais-militares.	Art. 4º
§1º. Os policiais-militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) Na ativa: I - Os policiais-militares de carreira; II - Os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obrigarem a servir; III - Os componentes da reserva remunerada quando convocados; IV - Os alunos de órgãos de formação de policiais-militares.	§1º a) I II III Os convocados e os designados

<p>b) Na inatividade: I - Na reserva remunerada, quando pertencerem à reserva da Corporação e perceberem remuneração do Estado de Mato Grosso do Sul, porém sujeitos ainda, à prestação de serviços na ativa, mediante convocação; II - Reformados, quando tendo passado por uma das situações anteriores, estão dispensados, definitivamente, da prestação de serviços na ativa mas continuam a perceber remuneração do Estado de Mato Grosso do Sul.</p>	
<p>§ 2º. Os policiais-militares de carreira são os que, no desempenho profissional e permanente do serviço policial-militar, têm estabilidade assegurada após 02 anos de efetivo serviço.</p>	

O art. 7º da Lei Complementar n.053/90, por sua vez, nos termos da proposta de f.03, seria alterado conforme demonstração que segue:

REDAÇÃO ATUAL¹	PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 7º O militar da reserva remunerada poderá ser convocado, em caráter temporário, para o serviço ativo, por ato do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, em caso de grave perturbação da ordem ou de guerra, para exercer função de assessoramento ou funções operacionais especiais, mediante aceitação voluntária e expressa.</p>	<p>Art. 7º. O militar da reserva remunerada poderá ser convocado ou designado para o serviço ativo, por ato do Governador, observando: I - A convocação para o serviço ativo será em caráter temporário para atender a necessidade da Corporação em caso de grave perturbação da ordem, em estado de guerra, de sítio ou de defesa, ou ainda, para atender a Justiça Militar nos termos da legislação processual militar. II - A designação para o serviço ativo, será o aproveitamento da praça da reserva remunerada, mediante aceitação voluntária expressa para exercer funções operacionais ou de defesa civil.</p>

¹ LC n.96 de 27.12.2001.

REDAÇÃO ATUAL	PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO
<p>§ 1º O policial-militar revertido ao serviço ativo em caráter temporário ficará agregado ao respectivo quadro, não podendo concorrer aos quadros de acesso para fins de promoção, exceto, por bravura e <i>“post-mortem”</i>.</p>	<p>§1º O militar convocado para o serviço ativo em caráter temporário ficará agregado ao respectivo quadro, não podendo concorrer à promoção, exceto, por bravura ou <i>“post mortem”</i>.</p>
<p>§ 2º As funções operacionais especiais, para fins deste artigo, são as inerentes à segurança de dignitários ou de instalações públicas cuja segurança exija proteção armada, bem como, as atividades de defesa civil.</p>	<p>§2º As Praças designadas terão os mesmos direitos e deveres dos Policiais Militares de Carreira na ativa.</p>
<p>§ 3º O militar que retornar à atividade, nas condições deste artigo, receberá remuneração integral, correspondente à de militar em atividade no mesmo posto ou graduação e, no caso do § 2º, contribuirá para a previdência social estadual sobre a parcela excedente ao provento que recebia na inatividade.</p>	<p>§3º</p>
<p>§ 4º Se houver contribuição para a previdência social, o provento do militar será revisto a cada doze meses completos de contribuição, até atingir a integralidade da remuneração.</p>	<p>§4º</p>
<p>§ 5º Quando o militar da reserva que retornou à atividade estiver recebendo provento de valor igual à remuneração integral receberá parcela indenizatória equivalente a vinte por cento da remuneração permanente do posto ou graduação.</p>	<p>§5º Quando o militar da reserva que retornou à atividade estiver recebendo provento de valor igual à remuneração integral receberá parcela indenizatória equivalente a trinta por cento da remuneração permanente do posto ou graduação.</p>

O cotejo das mudanças propostas reivindica considerações prévias sobre as regras constitucionais acerca do exercício de funções públicas.

2 DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS

O exercício das atribuições do Poder Público, segundo a CF, dá-se por intermédio dos ocupantes de cargos, empregos e funções públicas (CF, art. 37, I, II, V e IX).

O acesso aos cargos e empregos faz-se mediante concurso, excetuadas as designações para cargos de confiança declarados em lei de livre nomeação e exoneração (CF, art. 37, II).

As funções de confiança objeto do art. 37, V, da CF e afetas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, por seu turno, só podem ser atribuídas a ocupantes de cargos efetivos.

Tais funções, junto com as decorrentes da necessidade de atendimento de *necessidade temporária de excepcional* interesse público (CF, art. 37, IX), constituem as chamadas funções autônomas, assim designadas por não estarem jungidas a nenhum cargo ou emprego.

Vale dizer, todo cargo (posto integrante de uma estrutura organizacional) tem função, mas nem toda função tem cargo.

Nesse sentido leciona a doutrina:

Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender, como ocorre nos casos de contratação por prazo determinado (CF, art. 37, IX). Daí porque as funções permanentes da Administração só podem ser desempenhadas pelos titulares de cargos efetivos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados

precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções.²

Desse modo, vê-se que, ressalvado o exercício de funções em razão de nomeação para cargo em comissão, só se admite o desempenho de função pública por não-ocupante de cargo efetivo, tal qual se dá no caso do inativo, para o desempenho das funções ligadas ao atendimento de necessidades transitórias de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX).

3 DAS INOVAÇÕES PRETENDIDAS

Face ao contido no item anterior, em ocasiões pretéritas (Parecer 73/2002, PP n.25/2002 e Manifestação PGE/PP 250/2003), a PGE já se manifestou sobre o regramento constitucional imperante acerca da utilização de militares da reserva para o exercício de funções públicas.

Destacou-se na oportunidade:

a) a impossibilidade quanto ao exercício por militares inativos das funções autônomas de direção, chefia e assessoramento já que, nos termos do art. 37, V, da CF, são privativas de ocupantes de cargos efetivos;

b) a possibilidade de desempenho pelos inativos de funções temporárias decorrentes de contratação temporária de excepcional interesse público conforme respaldo do art. 37, IX, da CF, e cuja transitoriedade e excepcionalidade autorizam a exceção à regra do concurso público constante do art. 37, II, da CF, em situações como as decorrentes de guerra, calamidades, estado de sítio, necessidade de participação em julgamento de militar de patente inferior, etc;³

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.380-381.

³ Note-se que a única interpretação constitucional possível acerca da novel disposição pertinente à convocação para atender à Justiça Militar também impõe, quanto a tal convocação, seja observado o caráter de excepcionalidade/transitoriedade.

c) a possibilidade de atribuição de indenização, *pro labore faciendo*, para os inativos convocados.

Diante do contido na letra “a” supra, mostra-se correta a exclusão da previsão da reversão do inativo para desempenho de função de assessoramento, conforme proposta de nova redação para o art. 7º.

Entrementes, a alteração legislativa proposta à f. 03 afasta-se da orientação no que se refere à novel figura do designado (art. 4º, III, in fine; art. 7º, II de f. 03).

Quanto a esta, o novo texto consagra a designação de praça para o serviço ativo no exercício de funções operacionais ou de defesa civil (Art. 4º, §1º, III cc art. 7º, II), as quais, à toda evidência, estão jungidas às atribuições perenes da polícia militar, não tendo, pois, o caráter transitório ou excepcional que autorize tal procedimento sob abrigo do art. 37, IX, da CF.

Tais atribuições, em consequência, devem ser desempenhadas por servidores efetivos, selecionados pela regra geral, qual seja, o concurso público (CF, art, 37, II).

Tem-se, portanto, que a proposta de mudança quanto à figura do designado é inviável, eis que ofensiva à CF (não se trata do cometimento de função de confiança a ocupante de cargo efetivo, tampouco de atribuição de função temporária visando atender necessidade transitória de excepcional interesse público).

A mudança do §5º do art. 7º, por seu turno, diz respeito meramente à alteração do percentual da indenização prevista (de 20 para 30%), o que não encontra óbice algum no ordenamento constitucional vigente, mantendo-se a orientação anterior da PGE quanto à possibilidade de retribuição indenizatória *pro labore faciendo* aos inativos em exercício.

4 DAS OMISSÕES QUANTO À ALÍNEA “B” DO §1º E § 2º DO ATUAL ART. 4º DA LC 53/90

Na proposta de nova redação (f. 03), vê-se que não houve referência quanto à alínea “b” do §1º e quanto ao §2º da atual redação do art. 4º da LC n.053/90, omissões estas que, salvo melhor juízo, decorrem de equívoco já que as matérias ali contidas não restam prejudicadas pelas mudanças em análise e cuidam de temas mercedores de regência pela legislador.

Nesse contexto, a nova redação do artigo 4º deve manter as previsões do §1º, “b”, e §2º da redação atual, com a ressalva abaixo.

A ressalva cuida do §2 do atual art. 4º da LC n.053/90, já que poder-se-ia, aproveitando a oportunidade de alteração legislativa, consignar que o militar de carreira de desempenho profissional permanente tem assegurada a estabilidade após três anos de efetivo exercício (e não dois como consta da lei), adequando o texto infraconstitucional à previsão do art. 41 da CRFB.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, manifestamo-nos:

a) pela impossibilidade de alteração da LC n.053/90, no que pertine às previsões referentes à figura do designado (Art. 4º, III e 7º, caput, e II);

b) pela necessidade de manutenção na nova redação do art. 4º, da alínea “b” do §1º e de seu §2º (ambos omitidos na proposta), alterando-se, todavia, este último parágrafo para constar que a aquisição da estabilidade dar-se-á após o prazo de 3 (três) anos de efetivo exercício e não apenas dois (CF, art. 41).

Esse é o entendimento, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 10 de maio de 2004.

Izidoro Oliveira Paniago
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, por seus próprios fundamentos e com a observação que segue, a MANIFESTAÇÃO PGE/PP Nº 059/2004, da lavra do Procurador do Estado Izidoro Oliveira Paniago e com o “de acordo” da Procuradora-Chefe de Pessoal Judith Amaral Lageano, constantes de folhas 07-12 e 13, respectivamente, do processo em destaque.

2. A observação que faço diz respeito à necessidade de, também, além da impossibilidade de alterar os dispositivos indicados na alínea.”a”, do item 5, da Manifestação ora aprovada (fl. 12), não ser modificada, na forma pretendida, a redação do § 2º, do artigo 7º, da Lei Complementar (Estadual) n.53/90, que também se refere as “praças designadas” e cuja pretensão é atacada no texto ora aprovado. Anoto que a observação encontra suporte no texto da mesma Manifestação e somente não foi repetida quando da conclusão.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado precitado;
e

b) encaminhar cópia desta decisão e da Manifestação ora aprovada, à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 17 de maio de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAT/Nº 072/2004

Processo n. 15/001199/04

Interessado: Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer.

Assunto: Possibilidade de revisão dos atos já aprovados pelo Conselho Estadual de Cultura.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer encaminha consulta a esta Procuradoria indagando sobre a possibilidade de se formalizar o investimento aprovado pelo Conselho Estadual de Cultura com os recursos do Fundo de Investimento à Cultura - FIC/MS, no processo de análise do projeto ROTEIRO E ARGUMENTO PARA O LONGA METRAGEM SELVINO JACQUES - A SAGA DE UM BANDOLEIRO, bem como sobre a possibilidade de o próprio Conselho rever seus atos e reprovar o projeto outrora aprovado.

Para melhor análise, o Consulente anexa cópia do Diário Oficial n.624 contendo publicação da RESOLUÇÃO/SEC/MS/Nº 008/04 que torna pública a relação de projetos aprovados pelo Conselho Estadual de Cultura; cópia da ata de aprovação do Conselho e pedido de encaminhamento para plenária; cópia de parecer para análise e julgamento de projetos culturais recomendando a não aprovação; cópia do parecer do Conselho Estadual de Cultura aprovando o projeto; cópia do relatório de análise técnico-jurídica, cópia do processo administrativo n.39/000366/2004 (fls. 03 a 23); cópia do Edital de Inscrição de Projetos Culturais no Fundo de Investimentos Culturais de Mato Grosso do Sul.

Após breve relato dos fatos, o Sr. Secretário apresenta os quesitos de sua consulta, a saber:

1ª) Poderá ser celebrado o presente projeto com a elaboração de termo de outorga a fim de formalizar o investimento proposto e aprovado?

2ª) Poderá o CONSELHO ESTADUAL DE CULTURA – CEC rever seus atos e reprová-lo o presente projeto, consubstanciado pelo estrito cumprimento do Edital em reunião extraordinária?

É esse o relatório.

1 DA CIRCUNSCRIÇÃO DO PROBLEMA

Os quesitos formulados a esta Procuradoria-Geral giram, em síntese, em torno da possibilidade de o Conselho Estadual de Cultura - CEC rever seus próprios atos, tendo em vista a aprovação de projeto não especificado no Edital de Inscrição de Projetos Culturais no Fundo de Investimentos Culturais de Mato Grosso do Sul, prevista na Lei Estadual n.2.645, de 11 de julho de 2003, que reorganizou o Fundo de Investimentos Culturais criado pela Lei Estadual n.2.366/01.

Segundo os fatos trazidos pelo Consulente, a Secretaria de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, ao analisar as documentações referentes aos projetos aprovados pelo Conselho Estadual de Cultura constatou que, no processo de análise do projeto ROTEIRO E ARGUMENTO PARA O LONGA METRAGEM SELVINO JACQUES - A SAGA DE UM BANDOLEIRO (Processo n.39/000366/04), não foi inicialmente observado pela Coordenadoria do FIC/MS que o esse projeto mesmo não atendia ao Edital de Inscrição de Projetos Culturais, publicado no Diário Oficial em 15.01.2004.

Relatou, ainda, o Consulente que o grupo de Conselheiros responsáveis pela análise dos projetos na área de audiovisual recomendou o referido projeto para apreciação em plenária pelo Conselho, contrariando o parecer emitido pela Consultora/Parecerista do FIC/MS, Sra. Maria Tereza de Oliveira Azevedo, que concluiu pela não aprovação do referido projeto.

Primeiramente, insta destacar que a matéria sob consulta não se encontra, a princípio, no rol de assuntos descritos no artigo 3º, § 5º da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado (Lei Complementar Estadual n.95, de 26.12.2001), podendo os quesitos serem respondidos pela assessoria jurídica da própria Secretaria Consulente.

Não obstante isso, passamos à manifestação.

2 DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL E DOS EDITAIS

No gozo de sua competência legislativa concorrente, estatuída no artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o Estado de Mato Grosso do Sul instituiu o Fundo de Investimentos Culturais do Estado de Mato Grosso do Sul - FIC/MS com a Lei Estadual n.2.366, de 20 de dezembro de 2001, reorganizou-o com a Lei Estadual n.2.645, de 11.07.2003.

O Fundo destina-se a apoiar projetos estritamente culturais de iniciativa de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, tendo como finalidade fomentar a produção artístico-cultural do Estado de Mato Grosso do Sul (art. 1º da Lei n.2.366/01).

A Lei Estadual n.2.645/03 prevê, em seus artigos 1º, 5º e 8º, que o Fundo de Investimentos Culturais do Estado estará vinculado à Secretaria de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, a quem compete sua gestão, incluindo prestação de contas.

No que tange à aplicação dos recursos do FIC/MS, determinou o artigo 10 da Lei n.2.645/03 que esta deverá distinguir-se por áreas de interesse, pela forma de intervenção artística e cultural, bem como pelos valores a serem investidos em cada segmento, para impedir que projetos e iniciativas diferenciados e com objetivos distintos possam concorrer entre si. E, neste diapasão, o artigo 3º da Lei Estadual estabeleceu as categorias, dividindo-as por áreas artístico-culturais, incluindo aí a categoria (inciso IV) *“cinema e vídeo: linguagem artísticas relacionadas, respectivamente, com a produção de filmes cinematográficos ou videográficos, ou seja, do registro de sons e imagens, obedecendo a um roteiro determinado.”*

O Decreto n.11.299, de 16.07.2003, ao estabelecer normas e procedimentos de organização e funcionamento do FIC/MS, determinou, em seus artigos 7º e 8º, que os editais convocatórios serão elaborados pela Secretaria de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, contendo necessariamente o montante de recursos disponíveis para a área que estiver tratando, bem como a referência às finalidades do FIC/MS, o enquadramento das áreas artístico-cultural, os critérios de análise e documentação necessária.

Em atenção à legislação atinente em vigor, em data de 15.01.2004, foi publicado no Diário Oficial deste Estado, o EDITAL DE INSCRIÇÃO DE PROJETOS CULTURAIS NO FUNDO DE INVESTIMENTOS CULTURAIS DE MATO GROSSO DO SUL-2004.

Esse Edital Convocatório, objetivando selecionar os projetos culturais hábeis a serem beneficiados com verbas do FIC/MS, já em seu item 1.1 estabeleceu que *“Os projetos inscritos deverão ter caráter estritamente artístico-cultural e serem enquadrados em uma das áreas do art. 3º da Lei n.2.645, de 11.07.2003.”* Nesse diapasão, para a modalidade audiovisual, foi destinada a verba de R\$ 375.000,00 (trezentos e setenta e cinco mil reais), sendo assim divididos:

5.3. Audiovisual - R\$ 375.000,00

5.3.1. Produção - de cd-rom: R\$ 30.000,00 assim divididos:

a. 01 (um) projeto no valor máximo de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)

5.3.2. Produção - de documentários e curtas-metragens: R\$ 260.000,00 (duzentos e sessenta mil), assim divididos:

a. 03 (três) projetos no valor máximo de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais)

b. 01 (um) projeto no valor máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)

5.3.3. Atividades de formação e capacitação - oficinas: R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), assim divididos:

a. 02(dois) projetos no valor máximo de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)

b. 01(um) projeto no valo máximo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)

Não obstante isso, conforme Resolução/SEC/MS n.008/04, foram aprovados pelo Conselho Estadual de Cultura os seguintes projetos:

Audiovisual - R\$ 492.946,77

Produção - de cd-rom:

a. 01 (um) projeto no valor de R\$ 30.000,00

b. 01(um) projeto no valor de R\$ 29.974,77

Produção -de documentários e curtas-metragens:

a. CAA - A força da erva no valor de R\$ 70.000,00

b. Documentário: uma família sul-mato-grossense no valor de R\$ 50.000,00

c. No Trem do Pantanal no valor de R\$ 69.980,00

d. Roteiro e Argumento para o longametragem Silvino Jacques - A Saga de um Bandoleiro no valor de R\$ 50.000,00

e. Terra das Águas no valor de R\$ 70.000,00

f. Tio e a Árvore no valor de R\$ 63.000,00

Atividades de formação e capacitação - oficinas:

a. 01 (um) projeto no valor de R\$ 29.992,00

b. 01 (um) projeto no valor de R\$30.000,00

3 DA IRREGULAR APROVAÇÃO DO PROJETO

Compulsando os documentos trazidos pelo Consulente e os contrapondo com os instrumentos normativos pertinentes, verifica-se que a aprovação do projeto ROTEIRO E ARGUMENTO PARA O LONGA METRAGEM SELVINO JACQUES - A SAGA DE UM

BANDOLEIRO deu-se em desacordo com o disposto na Lei Estadual n.2.645/03 e com o Edital Convocatório-2004.

Como bem observou a parecerista do FIC/MS, Sra. Maria Thereza de Oliveira Azevedo, em seu parecer (fls. 11):

O concurso não prevê propostas para elaboração de roteiros de ficção de longa metragem. Até porque, para um concurso de roteiro, a peça principal de análise é o argumento, o que não consta no projeto. Há uma discrepância no orçamento. O roteiro está orçado em R\$ 18.000,00 o argumento em R\$ 6.000,00 e a direção em R\$ 4.300,00. Se a proposta é roteirização não é necessário diretor. Para a produção de um roteiro o custo está alto. Os concursos do Minc são de R\$ 30.000,00. Não consta no curriculum do proponente a atividade de roteirista.

De se ver que a Lei que reorganizou o FIC/MS quis assegurar em seu artigo 10 que os recursos do Fundo deveriam ser aplicados tendo em vista os vários segmentos artístico-culturais previamente definidos na Lei, de forma a impedir que projetos e iniciativas diferenciados e com objetivos distintos pudessem concorrer entre si, como ocorreu no caso em tela.

Nota-se que o projeto em análise foi aprovado pelo Conselho Estadual de Cultura na categoria “audiovisual”, contudo não se refere à produção de filme ou vídeo, conforme previsão do artigo 3º, inciso IV da Lei Estadual n.2.645/03. Trata-se de projeto para elaboração de “roteiro” e “argumento” para a produção de um filme (longametragem), iniciativa esta não contemplada nem mesmo no Edital Convocatório-2004.

Certamente o que a Lei previu foi a possibilidade de financiamento de projetos que visem a produção de filmes cinematográficos ou videográficos, ou seja, de registro de sons e imagens, obedecendo a um roteiro já pré-determinado, e não o financiamento de um projeto para a elaboração de roteiro e argumento.

Como se não bastasse a ausência de previsão legal para o financiamento pelo FIC/MS de projetos de elaboração de “roteiros” de longa-metragens, da mesma forma, a Lei e também não o edital, contemplaram a possibilidade de financiamento de “argumento” para roteiro. Mesmo porque, como bem esclareceu a parecerista técnica (fls. 11), para a elaboração de um roteiro é necessário que já haja um argumento.

Ora, como se depreende da dicção constitucional, do art. 37, *caput*, um dos princípios norteadores da Administração Pública é o da legalidade. A eficácia de toda atuação da administração condiciona-se à lei, não havendo que se falar em liberdade ou vontade pessoal do administrador.

De se ver que os agentes do poder público, no desempenho de seus encargos administrativos, não têm a liberdade de procurar outro objetivo ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. É que além de não poderem atuar, contra *legem* ou *praeter legem*, a Administração somente pode agir *secundum legem*. Nesse talante, a função administrativa subordina-se à legislativa, não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza.

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa, assim, estaria condicionada ao atendimento da lei, não havendo liberdade nem vontade pessoal do administrador público, visto serem de ordem pública as leis administrativas, irrelatáveis pelos agentes públicos, na medida em que traduzem verdadeiros poderes-deveres.

De se asseverar ainda que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, constituindo o elemento que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. E nessa ótica, o princípio da legalidade seria o princípio basilar

do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo nasce como uma consequência do Estado de Direito, caracterizando a submissão do Estado à lei, surgindo como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público.

Juarez Freitas¹, ao discorrer sobre o princípio da legalidade, reforça muito bem esse entendimento, aduzindo que:

a vinculação à legalidade é imperativo condicionado ao sistema jurídico e, de conseguinte, muito mais forte e profundo do que supõem os defensores da vinculação como mero extrato da legalidade.

No caso em tela verifica-se ainda que, insatisfeitos com a ausência de permissivo legal para o financiamento do projeto aprovado, da mesma forma, os agentes públicos não atentaram para os documentos exigidos pelo Edital Convocatório 2004 (item 3.1.), já que o proponente não apresentou, e não tinha como apresentar, o roteiro dos filmes cinematográficos ou videográficos.

Como se observa do item 3.2.3. do Edital Convocatório-2004 (Dos Documentos Necessários para a Inscrição dos Projetos), publicado no Diário Oficial de 15.01.2004, o roteiro é pré-requisito para a inscrição dos projetos na área de produção audiovisual. De certo, se o roteiro é pré-requisito, não pode a sua elaboração, então, figurar como objeto-fim do projeto.

Certo é que a Administração Pública, ao descumprir, comissiva ou omissivamente, normas constantes do edital, frustra a própria razão de ser da seleção, viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia.

Marçal Justen Filho², ao discorrer sobre o princípio da vinculação ao ato convocatório, ensina que:

¹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 1997. p.60-64.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2002. p.385

(...) Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital.

Hely Lopes Meirelles³ esclarece que:

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

Certo é que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. O edital, nesse na-se lei entre as partes. A não vinculação do administrador aos estritos termos do edital, pode ser motivo para o Judiciário interferir (mediante ação movida pelos interessados, bem como pelo Ministério Público ou mesmo qualquer cidadão, pela Ação Popular), fazendo com que o desvio de conduta perpetrado seja anulado, restabelecendo-se a ordem no processo seletivo de projetos a serem beneficiados com recursos do FIC/MS.

De mais a mais, de se destacar ainda que, no julgamento das propostas, a Comissão sempre deverá levar em consideração os critérios objetivos definidos no edital, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos pela Lei. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de seleção realizá-lo em conformidade com os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos participantes e pelos órgãos de controle.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1997, p.249

De toda sorte, ignorando a análise técnica da parecerista do FIC/MS, Sra. Maria Thereza de Oliveira, bem como os preceitos legais e constitucionais atinentes, não poderia o presente projeto ter sido aprovado pelo Conselho Estadual de Cultura, cabendo à Administração Pública a invalidação do ato, já que dele não se deriva direito.

4 DA NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Ante a literal ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital verificado no caso sob consulta, nada mais resta a Administração Pública senão rever seu ato, anulando-o.

Não se trata de revogação, já que não está o ato subordinado a qualquer juízo de conveniência ou oportunidade da Administração Pública, mas sim de anulação. A anulação pressupõe ato viciado ou que padeça de defeito e, por isso, pode ser feita tanto pelo Estado *ex officio* ou quando provocado. Por tratar-se de ato inválido, os efeitos da anulação irradiam-se *ex tunc*, isto é, retroagem à época do cometimento do ato administrativo, de tal sorte que é como se o ato administrativo nunca tivesse existido.

O controle dos atos da Administração Pública é uma exigência do próprio princípio da legalidade, que, positivado no inciso II do artigo 5º e no caput do artigo 37, todos da Constituição Federal, já merecera a reflexão de Seabra Fagundes:⁴

todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro os limites nela traçados.

⁴ FAGUNDES, Miguel S. *O Controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p.113.

O controle administrativo, no dizer de Seabra Fagundes:⁵

é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

O caso cuida de vício que gera a nulidade do ato administrativo do Conselho Estadual de Cultura que aprovou o Projeto em análise, dada a impossibilidade de sua aprovação. A decretação da nulidade do ato do Conselho Estadual de Cultura produzirá efeitos *ex tunc*, retroagindo ao seu termo inicial.

Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ,⁶ ao tecer algumas considerações a respeito do ato administrativo anulável, dissertam que:

O regime de nulidade absoluta ou de pleno direito é radicalmente diferente. A declaração de nulidade não está submetida a prazo algum nem requer petição alguma do imediatamente afetado pelo ato ou a norma viciados. A nulidade de pleno direito pode ser declarada em qualquer momento, à instância de parte ou, inclusive, de ofício pela própria Administração ou pelos tribunais. O consentimento do afetado não acrescenta nem tira nada, é perfeitamente intranscendente. O simples transcurso do tempo tampouco sana o ato ou a norma viciados, que seguem sendo absolutamente nulos como no momento em que foram ditados. Por outra parte, a nulidade de pleno direito produz efeitos em cadeia e se comunica aos atos e normas subseqüentes de forma automática. Este regime tão rigoroso se justifica pela gravidade dos vícios

⁵ FAGUNDES, *op. cit.* p.121.

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1990. p.235-236.

aos que se aplica esta sanção. Trata-se, com efeito, de vícios que transcendem ao puro interesse dos particulares e que afetam o interesse de todos, à ordem geral, à ordem pública, segundo a expressão de nossa jurisprudência. (grifo nosso).

Nesse sentido, comungam o mesmo entendimento autores clássicos, como Hely Lopes Meirelles⁷ e autores modernos como Odete Medauar⁸.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁹ leciona que:

a anulação pode ser feita pela Administração Pública, como base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal por meio das Súmulas n.s 346 e 473. Pela primeira, a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos; e nos termos da segunda, a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sendo assim, cabe à Administração Pública, pois, anular o ato viciado (inconstitucional e ilegal), por meio de outro ato administrativo emanado pela mesma autoridade que concedeu a aprovação indevida do projeto. Diz-se assim, porque não há outra opção perante atos nulos de pleno direito, já que não se trata de discricção administrativa, mas de poder/dever (caráter vinculado) oriundo do Poder de Autotutela da Administração Pública,¹⁰ segundo permissivo expresso nas súmulas 346 e 473, do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe:

⁷ MEIRELLES, *op. cit.*, p.169-170.

⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.188-190.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 5.ed. 1995. p.195.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.339-340. Nesse sentido também: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.218.

Súmula 346 - A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Como bem esclarece Hely Lopes Meirelles:¹¹

Para a anulação do ato ilegal (não confundir com ato inconveniente ou inoportuno, que rende ensejo à revogação, e não à anulação) não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma legal o fixar expressamente. O essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa.

Complementa ainda o administrativista que *“A faculdade de anular os atos ilegais é ampla para a Administração, podendo ser exercida de ofício, pelo mesmo agente que os praticou, como por autoridade superior que venha a ter conhecimento da ilegalidade através de recurso interno, ou mesmo por avocação.”*

No caso em exame, quadra salientar que, não somente o Conselho Estadual de Cultura pode anular o ato inválido por ele emanado, mas também o próprio Secretário Estadual de Cultura, Esporte e Lazer, já que, além de caber a sua Secretaria a gestão e administração do FIC/MS, segundo dispõe o artigo 1º, § 1º, o artigo 5º, o artigo 8º da Lei Estadual n.2.645/03, bem como o artigo 1º, artigo 3º e artigo 7º do Decreto n.11.299/03, é também ele o Presidente do Conselho Estadual de Cultura.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.201-202.

Ora, como Presidente do Conselho Estadual de Cultura, além de exercer a direção superior do Conselho, cabe-lhe entre outros atributos, fazer cumprir a legislação que rege as atividades e vida do Conselho, resolver questões de ordem, deliberar sobre casos omissos neste Regimento *ad referendum* do Plenário, segundo previsão expressa do artigo 8º do Regimento Interno do Conselho Estadual de Cultura.

Assim, sendo o Secretário Estadual de Cultura, Esporte e Lazer o responsável pela gestão do Fundo e Presidente do Conselho Estadual de Cultura, não pode ele determinar o cumprimento de ato manifestamente ilegal, formalizando o financiamento pretendido, frente a manifesta ausência de previsão normativa.

Ademais, de se destacar ainda que, tratando-se de fundo constituído basicamente por verbas públicas oriundas de contribuições de empresas como benefício fiscal ou de transferências à conta do Orçamento Geral do Estado, a sua utilização fora dos ditames legais, poderá sujeitar o agente público responsável às penas previstas na lei de improbidade administrativa (Lei Federal n.8.429/92) e demais legislações pertinentes à espécie.

5 DAS RESPOSTAS AOS QUESITOS

Tudo posto e considerado, resta apenas responder objetivamente aos quesitos formulados:

1ª) Poderá ser celebrado o presente projeto com a elaboração de termo de outorga a fim de formalizar o investimento proposto e aprovado?

Resposta: NÃO. O projeto proposto não poderia ter sido aprovado pelo Conselho Estadual de Cultura, já que não atende ao disposto na Lei Estadual n.2.645/03, bem como ao Edital Convocatório-2004. Sendo assim, a Administração Pública não poderá formalizar o investimento pelo FIC/MS do projeto proposto e indevidamente aprovado, já que eivado de vício insanável.

2ª) Poderá o CONSELHO ESTADUAL DE CULTURA - CEC rever seus atos e reprovar o presente projeto, consubstanciado pelo estrito cumprimento do Edital em reunião extraordinária?

Resposta: SIM. O Conselho Estadual de Cultura poderá rever seus atos, invalidando aqueles eivados de vícios insanáveis, tendo em vista o poder de autotutela da Administração Pública. Não se trata aqui de revogação, já que não há qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, mas de própria anulação, tendo em vista literal ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.

É esta a manifestação que submeto à apreciação superior.

Campo Grande, MS, 14 de junho de 2004.

Rômulo Augustus Sugihara Miranda
Procurador do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo com a observação que segue, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, a MANIFESTAÇÃO PGE/PAT Nº 072/2004, subscrita pelo Procurador do Estado Rômulo Augustus Sugihara Miranda da Procuradoria de Assuntos Tributários, constantes de folhas 41-54, vistas por mim, do processo em destaque.

2. Ressalvo, nesta oportunidade, a assertiva constante da manifestação de que decisão colegiada do Conselho Estadual de Cultura pode ser anulada pelo próprio Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, que o integra na qualidade de Presidente.

No meu entender, a anulação do ato somente pode ser realizada pelo próprio órgão ou pelo Poder Judiciário. A prática de tal ato pelo Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer somente

poderia ocorrer se houvesse previsão legal expressa neste sentido ou, ainda, na hipótese de que o ato estivesse condicionado à sua homologação, quando, sabidamente, exerce-se controle de legalidade.

Tal, porém, não é o caso presente, razão por que possível se me afigura, diante da inércia do Conselho Estadual de Cultura em anular a deliberação viciada, somente que o Secretário de Estado de Cultura, Esporte e Lazer, por ser o ordenador de despesas, e mesmo que lhe faça às vezes, **negue-lhe cumprimento**, em estrito respeito ao princípio da legalidade, o que deverá ser feito mediante decisão fundamentada.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado citado no item 1, supra; e

b) providenciar o recâmbio dos autos à origem.

Campo Grande, MS, 15 de junho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 116/04

Processo n. 31/300609/2003

Solicitante: Secretário de Estado de Segurança Pública.

Interessado: Ten. PM Ednilson Paulino Queiroz.

Assunto: Retroatividade de Promoção.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

O Secretário de Estado de Segurança Pública encaminha a esta Procuradoria-Geral do Estado, para análise e manifestação, o processo 31/300609/2003, referente ao pedido de reconsideração da retroatividade de promoção do Oficial PM Ednilson Paulino Queiroz.

É o sucinto relatório.

Depreende-se dos autos que o Interessado Ednilson Paulino Queiroz ingressou nas fileiras da Corporação Policial-Militar no Quadro de Oficiais Especialistas, no Posto de Segundo Tenente Biólogo Estagiário (Decreto “P” n.1.574, de 11.11.1996 -f. 09).

Esclarece-se que à época o efetivo da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul era subdividido nos termos do Decreto n. 8.628, de 24.07.1996, em:

- a) Quadro de Oficiais - QOPM;
- b) Quadro de Oficiais de Saúde - QOS;
- c) Quadro de Oficiais Especialistas QOE; e
- d) Quadro de Oficiais de Administração QOA.

A classe de “biólogo” pertencia ao Quadro de Oficiais Especialistas porque o reconhecimento deste como profissional de saúde de nível superior pelo Ministério da Saúde somente ocorreu com a Resolução n.287, de 08.08.1998.

Ressalve-se, assim, que o ingresso do Interessado ocorreu na graduação e posto correto, ou seja, de acordo com a legislação vigente à época.

Com a edição da Resolução do Ministério da Saúde e visando à regularização da função de biólogo no Quadro de Oficiais PPMS, foi editado o Decreto n.10.438, de 25.07.2001, publicado no Diário Oficial do Estado, em 26.07.2001, transferindo-se o “biólogo” do Quadro de Oficiais Especialistas para o Quadro de Oficiais de Saúde.

Vejamos o que dispõe mencionado Decreto, *in verbis*:

DECRETO Nº 10.438, DE 25 DE JULHO DE 2001.

Altera o anexo I do Decreto n.8.628, de 24 de julho de 1996 que aprova os quadros de Organização da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, fixa os efetivos nos Quadros, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 89 da Constituição Estadual, e considerando o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar Estadual n.79, de 12 de junho de 1996,

DECRETA:

Art. 1º O anexo I do Decreto n. 8.628, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar com a redação constante do anexo único deste Decreto.

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Campo Grande, MS, 25 de julho de 2001.

José Orcírio Miranda dos Santos
Governador

Almir Silva Paixão
Secretário de Estado de Justiça e Segurança
Pública

...

QUADROS DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR

Postos Quadros	Coronel	Tenente Coronel	Major	Capitão	Primeiro Tenente	Segundo Tenente	Efetivo por quadro
Oficiais - QOPM	07	18	31	50	52	73	231
Oficiais de saúde QOS - Médico - Dentista - Farmacêutico - Veterinário - Biólogo		01	01 01	02 01	06 03 01 01 01		18
Oficiais especialis- tas - QOE - Músico - Engenheiro florestal				01	01	02 02	06
Oficiais de administração - QOA				02	06	07	15
Total por posto	07	19	33	56	71	84	270

Frise-se: o Decreto n.10.438/01 que incluiu o “biólogo” no Quadro de Oficiais de Saúde foi publicado em julho de 2001.

Não obstante isso, pretende o Interessado a retificação do ato de ingresso na Corporação Policial-Militar ocorrido em 11.11.1996, usando como embasamento para tal o Decreto supracitado, sob o argumento de que este corrigiu distorção dentro da carreira.

Ora, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Portanto, no direito pátrio, o princípio vigente é o da irretroatividade da lei, a não ser que a própria lei determine expressamente sua retroatividade, respeitados, sempre, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A nova lei só deverá incidir sobre os fatos que ocorrerem durante sua vigência, pois não haverá como compreender que possa atingir efeitos já produzidos por relações jurídicas resultantes de fatos anteriores à sua entrada em vigor.¹

Segundo Roubier, em cuja teoria se inspirou a Lei de Introdução ao Código Civil, as leis que criam uma situação jurídica não podem dar a fatos ou atos passados o poder de determinar esta situação jurídica, quando o não tinham tido sob a lei vigente, à época em que eles se passaram.²

Da análise do artigo 2º do Decreto n. 10.438/2001 (este Decreto entrou em vigor na data de sua publicação), nota-se que ele não tem efeito retroativo. Não alcança situações consolidadas antes dele. Opera no futuro, não no passado.

Portanto, como não previu expressamente sua retroatividade, deve ser aplicado o princípio geral estatuído no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e que estipula o efeito imediato e geral da norma, abrangendo a hipótese nela prevista que se concretizar a partir de sua edição.

Entendimento contrário é ofensivo ao art. 5º XXXVI da Constituição Federal. O princípio da irretroatividade é universal, aplica-se, assim, em qualquer sistema normativo.

¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.174.

² ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.247.

Ademais, a irretroatividade das leis é um princípio constitucional cujo cumprimento é obrigação tanto da administração, como do órgão judicante.

In casu, a Corporação Policial-Militar à época da nomeação do Interessado cumpriu a legislação aplicável à espécie, e não poderia ser diferente face ao contido no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Do exposto, conclui-se pelo indeferimento do pedido, tendo em vista que o direito pátrio prescreve que a nova norma em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Constituição Federal, art. 5º XXXVI; LICC, art. 6º).

Este o parecer que se submete à elevada apreciação de Vossa Excelência, o atraso deve-se ao grande volume de processos judiciais e a fatalidade de seus prazos .

Campo Grande, MS, 23 de março de 2004.

Arlethe Maria de Souza
Procuradora do Estado

Despacho

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, a MANIFESTACAO PGE/PP Nº 116/2004, subscrita pela Procuradora do Estado Arlethe Maria de Souza, que conta com o de acordo da Procuradora-Chefe de Pessoal Judith Amaral Lageano, constante de folhas 41-45 e 46, rubricadas por mim, respectivamente, do processo em destaque.

2. Registro, por oportuno, que a pretensão do requerente de retroagir a 1996 a sua nomeação, passando do Quadro de Oficiais

Especialistas para o Quadro de Oficiais de Saúde, se acolhida, além de afrontar o princípio da segurança jurídica, no qual se insere a irretroatividade da norma, como bem destacado pela parecerista, ensejaria, também, desrespeito reflexo ao artigo 22, inciso XVI, da Carta Federal, uma vez que somente à União é atribuída competência para legislar sobre profissões, o que, no caso do reconhecimento de que os biólogos integram o grupo de profissionais de saúde, ocorreu somente em 8.10.1998 pela Resolução n.287, do Ministério da Saúde.

3. Doutro vértice, sequer ha possibilidade de, com o intuito de atender parcialmente o pleito do requerente, admitir a retroação dos efeitos do Decreto (Estadual) n.10.438, de 25.7.2001, à data de edição da Resolução n.287, de 8.10.1998, do Ministério da Saúde, porque, em tal hipótese, restaria afrontada a competência do Estado de disciplinar sobre quadros e carreiras do serviço público estadual, restando vulnerado, em consequência, o princípio da legalidade (CF, art. 37) e a autonomia de ente político da Federação (CF, art. 18).

4. A Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão às Procuradoras do Estado citadas no item 1, supra; e

b) destinar os autos ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Campo Grande, MS, 03 de setembro de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

ATOS DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Parte V

MANIFESTAÇÃO PGE/PIMA/Nº 041/2003

Processo n.29/009394/2002

Interessada: Secretaria de Estado de Educação.

Assunto: Pedido de reconsideração de decisão proferida quando da análise da Manifestação PGE/PIMA nº 032/2003 - Recepção de legislação estadual que guarda compatibilidade vertical com as constituições do Estado e da República - Aquisição de imóveis para o patrimônio estadual - Autorização exclusiva do Governador do Estado - Constitucionalidade.

Vistos etc.

1. A Procuradora do Estado Carina Souza Cardoso Pompeu pede reconsideração de decisão proferida por mim, no bojo do processo epigrafoado (fls. 124-5), quando da apreciação da Manifestação PGE/PIMA nº 032/2003 (fls. 114-20), aduzindo razões de direito (fls. 127-142) as quais entende suficientes para o desiderato.

2. Naquela oportunidade, a requerente defendeu a necessidade de encaminhamento, à Assembléia Legislativa, de projeto de lei específico, para obtenção de autorização para aquisição de imóvel, entendendo-a imprescindível, com o que não concordei, tendo em conta o disposto no § 2º, do artigo 5º, da Lei (Estadual) n.273, de 19 de outubro de 1981.

3. Essa a contenda, cujo processamento admito em razão da inexistência de material doutrinário e jurisprudencial específico sobre a *quaestio juris*.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

4. A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, editada em 13 de junho de 1979, fixava:

Art. 17. À Assembléia Legislativa, com sanção do Governador, cabe legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente¹:

.....

VI – aquisição, alienação, arrendamento e cessão de bens imóveis do Estado;

.....

[grifo nosso].

Por sua vez, a Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989, editada na vigência da Carta Federal de 05 de outubro de 1988, estabelece:

Art. 62. Cabe à Assembléia Legislativa, com sanção do Governador, legislar sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente sobre:

.....

VI - aquisição, alienação, arrendamento e cessão de bens imóveis do Estado;

.....

5. Diante da fixação de competência constante da Lei Básica do Estado, poderia o legislador estadual exigir que a aquisição de imóveis fosse feita somente mediante autorização legislativa específica prévia - como ocorre em muitos Municípios - ou permiti-la genericamente, observadas as condições estabelecidas na lei.

¹ Anota-se, desde logo, que o termo “especialmente”, utilizado nas constituições pretérita e atual do Estado, assim como nas da República, quando tratam das competências legislativas da Assembléia e do Congresso Nacional, tem por escopo “deixar clara esta opção pelo caráter meramente exemplificativo da enumeração que se segue” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4. v. t. I. arts. 44 a 69. São Paulo: Saraiva, 1995, p.50) e não que os temas ali indicados devam receber legislação específica ou individual.

Optou o legislador pela segunda alternativa, ao editar a Lei (Estadual) n.273, de 19 de outubro de 1981, ainda quando vigente a Carta Estadual de 1979, que assim estabelece:

Art. 5º.

.....
§ 2º. A aquisição de bens imóveis para incorporação ao patrimônio do Estado dependerá exclusivamente de autorização expressa do Governador do Estado.

.....
Art. 14. O Poder Executivo, mediante decisão do Governador, poderá adquirir bens imóveis ou direitos a eles relativos, pelas normas previstas nas legislações civil e administrativa. [grifo nosso].

6. Defende a requerente que, com a edição do novel Texto Constitucional da República, a autorização acima não mais vigora. Não lhe assiste razão.

2 **CONSTITUCIONALIDADE DO DIPLOMA LEGAL ESTADUAL SOB APRECIACÃO**

2.1 **Recepção pela Constituição Federal de 1988**

7. Em razão do princípio da continuidade da ordem jurídica, todo o arcabouço legislativo existente quando da promulgação de uma nova constituição tem seu fundamento de validade reforçado pelo novo texto, contanto que com este seja compatível. Tal resulta do chamado fenômeno da **recepção** da legislação anterior², consistindo, conforme ensina Norberto Bobbio, em que “*um ordenamento incorpora*

² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

*no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento*³.

Para que ocorra a recepção, necessário se faz que concorram algumas condições, destacando-se: a) que a legislação editada na vigência do texto constitucional anterior guarde compatibilidade vertical com o novo texto⁴; b) que a competência para legislar sobre a matéria permaneça com o mesmo ente político.

8. A Lei (Estadual) n.273/81, editada na vigência da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969, e da Carta Estadual de 13 de junho de 1979, sem sombra de dúvida, encontrou novo fundamento de validade no novel diploma constitucional.

Com efeito:

a) o diploma legal em foco tinha suporte na Carta Estadual de 1979, especificamente no artigo 17, inciso VI desta, que, por sua vez, encontrava fundamento de validade no artigo 13⁵ da Carta Federal então vigente, pois que à União era deferida competência para legislar somente sobre bens do domínio desta⁶, como corolário da autonomia das unidades federadas, que é, também, “*um elemento constitutivo do estado de direito*”⁷;

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 169.

⁴ Em um sistema constitucional rígido, a lei ou ato normativo, para ser válido, deve estar respaldado, ter seu fundamento de validade na Lei Maior, pois somente “*en la norma fundamental arraiga, en último término, la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico. Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse como Derecho, es decir, como un sistema de normas jurídicas, el material empírico que se ofrece a la interpretación jurídica*” (KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho : introducción a la problemática científica del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1941, p. 99).

⁵ “Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem [...]”.

⁶ “Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente: [...] VI - limites do território nacional; espaço aéreo e marítimo; **bens do domínio da União**;”. [destacou-se].

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, p. 248.

b) a Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989 repete, no artigo 62, inciso VI, o texto da antecedente, situação também enfrentada nos artigos 18, 25 e 48, inciso V,⁸ na Lei Fundamental de 05 de outubro de 1988;

c) à época da edição da lei estadual sob foco, a competência para tratar da matéria - bens públicos - era reservada a cada uma das unidades da Federação (CF de 1967/EC nº 1, de 1969, art. 13), situação que persiste, estando consagrado o princípio da autonomia destas no artigo 18 da vigente Lei Maior e, tratando-se de Estado, também no artigo 25, *caput*.⁹

A compatibilidade vertical do diploma legal em apreciação (Lei Estadual n.273/81), com as constituições do Estado e da União vigentes na época em que se deu sua edição, é inquestionável, como o é, também, a forma como se deu a recepção do mesmo diploma pelo artigo 62, inciso VI, da Constituição Estadual de 1989, que, por sua vez, encontra guarida nos artigos 18, 25 e 48, inciso V, da Lei Básica Federal de 1988.

Portanto, mais não fez o poder constituinte decorrente do Estado e o próprio legislador estadual, do que dar densidade em nível local aos comandos dos últimos dispositivos constitucionais mencionados.

⁸ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;”.

⁹ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar nº 927-3-RS, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 03 de novembro de 1993, o Supremo Tribunal Federal reconhece a autonomia das unidades da Federação para dispor sobre bens de seu domínio, tanto que deu interpretação conforme a Constituição, ao artigo 17, inciso I, “b” (doação de bem imóvel) e artigo 17, II, “b” (permuta de bem móvel), dentre outros, todos da Lei (Federal) nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União, apenas.

2.2 Constitucionalidade do § 2º, do artigo 5º, da Lei (Estadual) n.273/81

9. Embora recepcionada a lei, pode ocorrer de terem sido derogados artigos, parágrafos, incisos e alíneas seus, *ex vi* de uma nova ordem constitucional, fazendo-se mister, *ipso facto*, averiguar a constitucionalidade do dispositivo destacado em epígrafe.

10. Estabelece o § 2º, do artigo 5º, da Lei (Estadual) nº 273/81, que “*a aquisição [pelo Estado] de bens imóveis [...] dependerá exclusivamente de autorização expressa do Governador do Estado*”. A análise, ainda que perfunctória, deste dispositivo, permite concluir da sua inserção sistêmica e integrada no ordenamento.

Pode-se argumentar que a Constituição Estadual é mais específica quando menciona a necessidade de lei autorizativa para a aquisição e a alienação, enquanto que a Carta Federal exige lei para tratar de “*bens do domínio da União*”. Uma e outra, em verdade, dizem o óbvio, com a diferença de que uma foi mais explícita.

A realidade é que o constituinte e o legislador federal jamais tiveram preocupação quanto à aquisição de imóveis, concentrando seu controle somente na perda do patrimônio - não na aquisição. Esta, por sinal, em nível federal, é tratada normalmente por meio de ato do Presidente da República, como ocorreu no Decreto (Federal) nº 433, de 24 de janeiro de 1992, que “*dispõe sobre a aquisição de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, por meio de compra e venda*”.

Outro exemplo, que serve, também, para as demais unidades da Federação: a desapropriação, também forma de aquisição da propriedade, feita por **decreto**, consoante clara previsão do artigo 6º, do Decreto-lei (Federal) n.3.365, de 21 de junho de 1941¹⁰.

¹⁰ É conveniente destacar que a desapropriação, quando iniciada no Legislativo e deflagrada por lei, é uma lei de efeito concreto, tanto que o artigo 8º, do Decreto-lei (Federal) nº 3.365/41 aduz que, em casos tais, cumprirá ao Poder Executivo praticar os atos necessários à sua efetivação.

Considerando que o termo aquisição é gênero, ao qual várias espécies podem ser jungidas¹¹, impende indagar: na aquisição de bens imóveis, pelas modalidades seguintes (algumas regidas pelo direito privado e outras pelo direito público), também seria necessária a autorização legislativa específica, tomando a ferro e fogo a disposição do inciso VI, do artigo 62, da Carta Estadual: desapropriação indireta, adjudicação, sucessão, bens de ausentes, heranças jacentes, acessão (por formação de ilhas, por aluvião, por avulsão, por abandono do álveo), bens dos criminosos (v.g., CF, art. 243), tesouros, testamentos feitos ao Estado, usucapião etc.?

Se, para qualquer dessas hipóteses, for respondido que a lei prevê a forma e o modo de aquisição - e realmente o faz -, o que dispensaria autorização legislativa específica, então outra solução não restará: também para a compra e venda e mesmo para a doação com encargo, bastando que lei genérica ou mesmo a lei orçamentária autorize, fica dispensada lei específica.

Ora, se o cidadão ao fazer um testamento, se o juiz ao prolatar uma sentença (v.g., em uma ação de usucapião ou em uma ação penal na qual decreta a perda de bens do condenado) podem acrescer o patrimônio público, incorporando a este um determinado bem, por que não pode fazê-lo o Governador do Estado?

Acredito que esse entendimento não passou despercebido pela própria solicitante, pois que indicou a necessidade de autorização do Governador do Estado no recebimento de doação, também forma de aquisição da propriedade, não exigindo lei específica, conforme se verifica da Manifestação PGE/PIMA nº 040/2003, por mim aprovada, acostada às folhas 07-10, do processo n.13/029513/2003.

Por fim, pode-se argumentar que, na compra e venda, existe desembolso de numerário, enquanto que, em outras formas de aquisição, tal não ocorre. Mas, como justificar possa a desapropriação

¹¹ Sobre a origem e os meios de adquirir bens para o Poder Público, consulte-se, por todos: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. v. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 357-8; GASPARINI, Diógenes. Aquisição de bens pelo Município. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 66, p. 248-260, 1983.

ser feita mediante decreto, se constitui pressuposto constitucional para sua validade (CF, art. 5º, inc. XXIV) a justa e prévia indenização?

2.3 A ausência de desrespeito ao princípio da legalidade

11. Anoto, desde logo, que o fato de as constituições brasileiras anteriores à de 1988 não consignarem expressamente a exigência de observância ao princípio da legalidade e outros, como feito no artigo 37, *caput*, não significa que, antes, eles pudessem ser desrespeitados.

A doutrina e a jurisprudência sempre se referiram a princípios aplicáveis à Administração Pública, cujo desrespeito acarreta, hoje e ontem, a nulidade do ato.¹² A observância a princípio independe de sua expressa menção na Constituição; fosse assim e não seriam respeitados os princípios da continuidade, da razoabilidade, da autotutela, da indisponibilidade dos direitos públicos etc. A Constituição da República Argentina, de 22 de agosto de 1994, nenhuma menção faz a princípios aplicáveis à Administração Pública e, ainda assim, a doutrina defende sua aplicação à gestão administrativa.¹³

Essa preocupação de mencionar expressamente a necessidade de observância a princípios, na Administração Pública, é mania recente do legislador brasileiro, iniciada com a edição do primeiro estatuto de licitações e contratações públicas (Decreto-lei n.2.300, de 21 de novembro de 1986, art. 3º).

12. Vigora entre nós o **princípio da reserva plena da lei**, que é uma conseqüência do princípio da legalidade, já que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, inc. II). Embora isso, a própria Constituição possibilita que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário exerçam competências, com base no princípio da separação dos poderes, em

¹² Vide, por todos, CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 17; v. X. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 47, 55, 74, 85, 103, 116, 118 e 122.

¹³ Cf. DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 22-36.

caráter privativo, cuja aferição de compatibilidade vertical dá-se diretamente entre o ato e a Constituição, como é o caso, *verbi gratia*, dos regimentos internos dos tribunais (CF, art. 96, inc. I, al. “a”) e do exercício do poder regulamentar (CF, art. 84, inc. IV), que acabam por ter caráter normativo.¹⁴

Isso permite concluir com Bobbio, que

entende-se por princípio da legalidade aquele pelo qual todos os organismos do Estado, isto é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar no âmbito das leis, a não ser em casos excepcionais expressamente preestabelecidos, e pelo fato de já estarem preestabelecidos, também perfeitamente legais.¹⁵

Embora isso, “às autoridades administrativas reconhece-se um poder discricionário de decisão [...] e um poder discricionário de escolha”.¹⁶ atribuindo-lhes competência para decidir conforme a lei, mas com uma certa margem de liberdade. É de se inquirir: quando o Governador do Estado, mediante juízo de conveniência e oportunidade administrativas, em decisão lastreada em documentos de determinado processo, autoriza a aquisição de um imóvel para o patrimônio público, desrespeita a lei que assim determina que proceda? Mais: desrespeita o princípio da legalidade, que até mesmo “*tolera o exercício discricionário do poder*”.¹⁷ desde que não arbitrário? Por certo, não.

¹⁴ O Supremo Tribunal Federal, analisando o assunto, manifestou-se: “*Eventual antinomia entre preceitos de lei e de regimento interno das câmaras legislativas, na maioria das vezes, não se resolve como questão de hierarquia ou de conflito intertemporal de normas, mas, sim, mediante a prévia demarcação, à luz de critérios constitucionais explícitos ou implícitos, dos âmbitos materiais próprios a cada uma dessas fontes concorrentes*” (HC-71.193-6/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 06 abr. 1994).

¹⁵ BOBBIO, Norberto. Legalidade. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. v. 2. 5. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.674.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 681.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. Legalidade. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. v. 2. 5. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.674.

13. Tratando-se de bens do domínio público, cabe ao Poder Legislativo **dispor** (CF, art. 48, inc. V) - ou, valendo-se do termo da Carta Estadual, **legislar** (art. 62, inc. VI) sobre a matéria.

Quando o constituinte atribui ao Poder Legislativo competência para dispor - ou legislar - sobre determinada matéria, não o faz com o intuito de que tal se dê de forma individualizada, até porque, assim ocorrendo, faria acometer verdadeiro caos na atividade legiferante. Por isso, é razoável entender que o legislador está autorizado a determinar os limites para a realização de determinado ato, sem que precise analisar caso a caso.

Imagine se o legislador tivesse que autorizar a realização de **cada** operação de crédito por antecipação da receita, diariamente feita pelo Poder Executivo na roda-viva do mercado financeiro; do mesmo modo, a criação, transformação ou extinção, por lei específica, de **cada** cargo, emprego ou função, atividades reservadas ao Legislativo por força dos incisos II e X, do artigo 48, da Lei Suprema. Essa dificuldade faz com que normalmente opte o legislador por autorizar a transformação de cargos e empregos, genericamente, permitindo que o Chefe do Executivo proceda por decreto, desde que não acarrete aumento da despesa com pessoal.

O que é fundamental é que o legislador determine os pressupostos para a consecução do ato, limitando a discricionariedade administrativa¹⁸.

Legislar, mesmo para os filólogos, nada mais é que “*estabelecer ou fazer leis; legiferar; [...] estabelecer, ordenar, decretar, formular (leis, regras, princípios, etc.); determinar, preceituar*”¹⁹.

¹⁸ Nesse sentido ocorre, também, em relação à limitação de direitos fundamentais, pois, “*como todas as reservas legais somente autorizam o legislador à limitação de direitos fundamentais, é também, nesse caso, a determinação dos limites do direito fundamental assunto do legislador; ele deve determinar aqueles pressupostos tão exato que a faculdade para a limitação não seja posta totalmente na discricionariedade administrativa ou na discricionariedade judicial*” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Antonio Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 253).

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico : século XXI*. [s.l.]. Lexicon Informática Ltda., versão 3.0, 1999. CD-ROM.

Nesse contexto, o importante é que, nas matérias que dependam de atuação do Poder Legislativo, por meio de lei, sejam observados limites necessários a salvaguardar outros direitos ou interesses também protegidos pela Constituição, sem poder ter caráter individual ou retroagir, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial²⁰ da matéria.

No caso de aquisição de bens imóveis, em que o constituinte reservou ao legislador dispor sobre as condições para que seja efetivada, qual o conteúdo essencial a ser protegido? Sem dúvida, a indicação dos requisitos para a aquisição. Vedada fica, por afronta ao conteúdo essencial da norma constitucional, a atuação legislativa que dispense qualquer condição para a prática do ato de aquisição de imóvel.

Não é esse o caso em comento, pois o legislador exige que a aquisição seja precedida de autorização do Governador do Estado, que, por certo, deve analisar a conveniência e oportunidade da medida, além de ter que cumprir exigências outras, como avaliação e licitação, nas hipóteses em que esta não seja dispensada (Lei n.8.666/93, art. 17, inc. I) ou dispensável (Lei n.8.666/93, art. 24, inc. X).

A verdade é que o Poder Legislativo, mesmo tendo autorizado genericamente a aquisição de imóveis, mantém controle da matéria, tanto que depende de autorização dela a inclusão de dotação orçamentária específica para a aquisição de imóveis na lei orçamentária anual²¹. Assim, não desejando o Legislativo que seja adquirido imóvel pelo Poder Executivo, basta que não aprove a dotação orçamentária anual para tanto, importando que isso somente ocorrerá mediante

²⁰ Entendido nos termos declarados pelo Tribunal Constitucional da Espanha (STC 11/1981) como sendo “*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses efectivamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos*” ou, também, o feixe “*de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo... desnaturalizándose*” (SÁNCHEZ GOYANES, Enrique. *Constitución española comentada*. 21. ed. Madrid: Paraninfo, 1998, p. 71).

²¹ Vide Lei (Federal) nº 4.320, de 17 de março de 1964, artigos 2º, 6º, 12, §§ 4º e 5º, 13, 15, 20 e outros.

autorização específica e crédito adicional especial (Lei Federal n.4.320/64, art. 41, inc. II).

14. Consultando a doutrina especializada, encontra-se opinião como a do administrativista Diógenes Gasparini, que defende que “a lei autorizadora é sempre necessária”, dado que “a Administração Pública não é livre para adquirir ou alienar bens imóveis”²². Esta opinião, por certo, não permite concluir que, para cada aquisição, ainda que por compra e venda, exija-se lei específica, especial.

Prevalecesse o entendimento de necessitar sempre de autorização legislativa específica, por certo a **alienação** de bens adquiridos em processo judicial (adjudicação, desapropriação, usucapião) ou dação em pagamento, não poderia ser efetuada sem esta, e assim ocorre por expressa previsão do artigo 19, da Lei (Federal) n.8.666, de 1993,²³ dispositivo que “*faculta a alienação de bens imóveis, independentemente de prévia autorização legislativa*”²⁴. Ou, também, seria inconstitucional este dispositivo? Se não o é, embora tratando de **alienação** e concedendo autorização legislativa genérica implícita, por que seria aquele da Lei (Estadual) n.273/81, que autoriza a **aquisição**?

2.4 A licitação e a aquisição de imóveis - Competências legislativas diversas

15. Faz-se mister destacar, ainda que de modo intuitivo, que o fato de poder o Governador do Estado, valendo-se da competência constante do § 2º, do artigo 5º, da Lei (Estadual) n.273/81, autorizar a aquisição de imóveis, sem autorização legislativa específica prévia,

²² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed., rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2001.

²³ “Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I - avaliação dos bens alienáveis; II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III - adoção do procedimento licitatório”.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Dialética, 2000, p. 183.

não importa em qualquer desrespeito à legislação que trata de licitação e, por conseguinte, não afronta a competência legislativa privativa da União, insculpida no artigo 22, inciso XXVII, da Carta Federal. Não lesiona, também, a obrigatoriedade indicada no inciso XXI, do artigo 37, do mesmo diploma e, menos ainda, a Lei (Federal) n.8.666, de 1993.

É que, à União foi deferida competência para estabelecer normas gerais sobre licitação (CF, art. 22, inc. XXVII); não, porém, para dispor sobre bens das unidades da Federação, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal²⁵.

Não tendo a lei estadual, que dispõe sobre bens imóveis do patrimônio do Estado, qualquer correlação com aquela da União, que trata de normas gerais de licitação e contratação, dada a autonomia das matérias e a diversidade de competências - ambas privativas, uma do Estado (CF, arts. 18 e 25, § 1º) e outra da União (CF, art. 22, inc. XXVII), respectivamente -, não há que se cogitar de incluir, no rol de competência concorrente das diversas unidades da Federação, fazendo supor aplicável ao caso em comento o § 4º, do artigo 24, da Constituição Federal, onde está estabelecido que *“a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”*.

16. A incidência da legislação estadual e da legislação federal, editadas no âmbito de competência de cada ente político, fará com que, depois de autorizada a aquisição de bem imóvel pelo Governador do Estado, e nas hipóteses em que a licitação seja necessária e, obrigatoriamente, realizada na modalidade concorrência (Lei Federal n.8.666/93, art. 23, § 3º), tal licitação seja providenciada pelo administrador responsável pela aquisição, no caso concreto.

17. Nem se diga, também, da necessidade de ponderação de forças principiológicas, sopesando princípios aplicáveis à Administração Pública para determinar a incidência de um ou outro.

É que, no caso, não existem bens jurídicos antagônicos que ensejem a consagração de um processo que, privilegiando a unidade

²⁵ ADIMC-927-3-RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 03 nov. 1993.

e a supremacia da Constituição, esteja a exigir a viabilização de uma composição harmoniosa de direitos em colidência.

Numa Federação, as diversas unidades federadas têm competências que são exclusivas, não se podendo estabelecer qualquer hierarquia.

Nesse contexto, o disciplinamento quanto à aquisição e alienação de bens da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, cabe a cada um, respeitando-se, evidentemente, a competência do outro naquilo que lhe for próprio. Essa a razão por que não podem os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios disporem diferentemente da União sobre a compra e venda, a doação e a permuta de imóveis, que são institutos de direito civil, cuja competência legislativa é privativa desta (CF, art. 22, inc. I) ou mesmo estabelecerem normas gerais sobre licitações (CF, art. 22, inc. XXVII); nem por isso aqueles estão impedidos de, relativamente aos seus bens, disporem sobre quando e como adquirir e alienar, já que detêm, também, competência privativa para tanto (CF, arts. 18, 25, § 1º etc.).

2.5 Ausência de delegação vedada

18. Ao permitir a Assembléia Legislativa que o Chefe do Poder Executivo seja o único a autorizar a aquisição de imóveis para o patrimônio do Estado, por acaso isso importa delegação vedada ou afronta ao princípio da legalidade? Evidente que não. Como asseverado por Carlos Velloso,

considerada a estrutura lógica das normas jurídicas, a regra jurídica contém um comando, impõe um certo comportamento, exige uma determinada ação, ao tempo em que [...] pode estabelecer, também, uma permissão e atribuir poder e competência²⁶. [grifo nosso].

²⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A delegação legislativa : a legislação por associações. In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 416.

Se assim não fosse, por certo a União há muito estaria afrontando o inciso V, *in fine*, do artigo 48, da Carta da República, pois inexistente qualquer autorização legislativa específica aprovada pelo Congresso Nacional que verse sobre a **aquisição de imóveis** para incorporação ao patrimônio público da União, tendo o Legislativo federal se preocupado somente com a cessão de uso, administração e alienação²⁷.

19. Comentando o inciso VI, do artigo 43, da Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967, equivalente ao inciso V, do artigo 48, da atual Carta da República, Pontes de Miranda assim ensinou:

Só o Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, pode legislar sobre bens da União. Mas, com isso, que se estabelece no art. 43, VI, 3ª parte, da Constituição de 1967, não se pré-excluem as leis delegadas (arts. 52-54)²⁸.

20. Tecnicamente, “*a delegação legislativa propicia a prática de ato normativo primário, de ato com força de lei*”²⁹, permitindo concluir que o fato de a Assembléia Legislativa admitir que o Governador do Estado autorize a aquisição de imóveis sem autorização legislativa prévia específica, não significa uma delegação legislativa que, ainda que o fosse, “*não é atentatória ao sistema democrático, desde que esteja o Executivo sujeito a rígido controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário*”³⁰.

21. Essa observação é feita porque há alusão, no pedido de reconsideração, ao parágrafo único, do artigo 27, da Constituição Estadual de 1979, onde estabelecia que “*não será objeto de delegação a matéria de competência privativa da Assembléia Legislativa, nem as que dependam da iniciativa do Poder Judiciário*”.

²⁷ Sobre o assunto, consultem-se as Leis (Federais) nºs. 8.025, de 12.04.1990 e 8.666, de 21.06.1993, e os Decretos-leis (Federais) nºs. 9.760, de 05.09.1946 e 200, de 27.02.1967 (art. 195).

²⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969*. t. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 102.

²⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *op. cit.*, p. 411.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 412.

Esclarece-se, desde logo, que competência exclusiva e competência privativa são signos empregados como sinônimos no direito brasileiro³¹, significando a competência atribuída ao Poder Legislativo para legislar sobre determinados assuntos.

22. A vedação de delegação legislativa, constante do parágrafo único, do artigo 27, da Carta Estadual de 1979, remete às disposições do artigo 18 daquela Carta. Assim, não era vedada a delegação legislativa das matérias indicadas no artigo 17 do mesmo diploma legal.

Exemplifica-se:

a) a atual Constituição Federal, em seu artigo 68, veda a delegação legislativa, dentre outras, das matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa de qualquer de suas Casas. A remissão, lógica, é quanto às matérias disciplinadas nos artigos 49, 51 e 52, jamais àquelas indicadas no artigo 48;

b) a Carta Estadual de 1989, no § 1º, do artigo 72, repete o parágrafo único, do artigo 27, da Carta Estadual de 1979, estabelecendo vedação à delegação legislativa de atos de competência exclusiva da Assembléia Legislativa. A remissão, no caso, não pode ser outra que às competências indicadas no artigo 63, do mesmo diploma.

³¹ Cf. CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. v. V. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2531; FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 546. Rui Barbosa assim interpreta: “A sinonímia de privativamente com exclusivamente é inegável. Privativamente quer dizer: com exclusão de outras pessoas; com exclusão de todos os mais: singularmente. Para mostrar esta equivalência, Bluteau põe exemplo na frase: ‘conceder-vos isto a vós privativamente’, e a traduz em latim com esta outra: *Uni tibi id conceditur, coeteris omnibus exclusis* (Vocabulário, tomo 6, p. 7501). Isto é, *concede-se-vos isto a vós, excluídos todos os demais*” (BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. 2, p. 210; *apud* FERREIRA, Pinto. *op. cit.* p. 546).

3 SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 5º, CAPUT, DA LEI (ESTADUAL) N.273/81

23. Necessário ponderar, ainda, sobre a opinião apresentada, no sentido de que é desnecessária a autorização do Governador do Estado, nas hipóteses indicadas no *caput* do artigo 5º e no seu § 1º, da Lei (Estadual) n.273/81, uma vez que, na mensagem que é encaminhada ao Poder Legislativo remetendo o projeto de lei com o qual se pretende obter autorização para alienar imóvel público, o Chefe do Poder Executivo já justifica a necessidade da alienação.

24. Entendo que não se podem preterir procedimentos. Admitir tal hipótese importa aceitar que a autorização para emissão de nota de empenho supriria eventual falta de adjudicação ou homologação de processo licitatório precedente, cuja competência para prática destes atos também fosse do ordenador de despesas, o que não entendo aceitável.

25. A lei é ato normativo, de caráter genérico e prévio, que pode autorizar a prática de determinado ato. O encaminhamento de mensagem com projeto de lei à Assembléia Legislativa é ato integrante do processo legislativo. A autorização a que se refere o artigo 5º, *caput*, da Lei (Estadual) n.273/81, é ato administrativo, que não se confunde com aquele. A aferição de conveniência e oportunidade, existente no momento do encaminhamento da mensagem ao Legislativo, pode não perdurar quando da decisão de, efetivamente, alienar um bem imóvel, sendo razoável, portanto, que se mantenha a exigência.

4 CONCLUSÃO

26. Considerado o exposto, deixo de acolher o pedido de reconsideração da decisão por mim proferida às folhas 124-5 dos autos, mantendo o entendimento de que a aquisição de bens imóveis pelo Estado de Mato Grosso do Sul pode se efetivar mediante autorização exclusiva do Governador do Estado, com supedâneo no § 2º, do artigo 5º, da Lei (Estadual) n.273/81, dispensada autorização legislativa específica.

27. À Assessoria de Gabinete para:

a) extrair cópias das folhas 114 a 142 dos autos e desta decisão, encaminhando-as ao Secretário de Estado de Gestão Pública e ao Auditor-Geral do Estado, para que subsidie as discussões que estão sendo travadas em torno da questão, no seio de comissão especial designada para o estudo e adequação da legislação sobre o patrimônio estadual; e

b) retornar os autos à Procuradoria Especializada de Imobiliária e Meio Ambiente, para ciência desta decisão à Procuradora do Estado Carina Souza Cardoso Pompeu e para que adote as providências necessárias à regularização dos imóveis, conforme solicitado à folha 113.

Campo Grande, MS, 31 de março de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

MANIFESTAÇÃO PGE/PRCor Nº 005/2004

Processo n. 15/002225/2004

Interessado: Procurador-Regional de Corumbá.

Assunto: Pedido de autorização para desistir de penhora - Indeferimento - Enfiteuse - Domínio útil - Possibilidade de penhora - Determinação de arrematação.

Vistos etc.

1. O Procurador do Estado Leandro Pedro de Melo, da Procuradoria-Regional de Corumbá, por meio da Manifestação PGE/PRCor n.005/2004, requer autorização para pleitear em Juízo a exclusão de penhora efetuada na Ação de Execução Fiscal n.008.03.006749-6, movida por Estado de Mato Grosso do Sul em face de Cooperativa de Pesca de Corumbá Ltda - COOPECOR.

2. Informa referido Procurador do Estado que foi penhorado, nos autos da execução referida, o bem imóvel descrito na matrícula n.8.019, do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Corumbá, e levado à hasta pública por duas ocasiões, ambas desertas. Referido bem foi avaliado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), enquanto que a dívida, representada pela Certidão de Dívida Ativa n.1061/2000, totaliza R\$ 8.349,64 (oito mil, trezentos quarenta e nove reais, sessenta e quatro centavos), já incluída a verba honorária.

3. Acrescenta que, quando da análise do processo para pleitear autorização para adjudicar referido bem, *“constatou um elemento impeditivo para adjudicação do objeto em tela, qual seja, o imóvel é bem público dominical do Município de Corumbá - MS, transmitido para o executado a título de aforamento, motivo pelo qual jamais deveria sequer ter sido efetuada a penhora nos autos com base nesse imóvel”* (fl. 03).

4. Nesse diapasão, pondera, *in verbis*:

O regime jurídico desse tipo de bem público (apesar de ter inúmeras influências provenientes de normas de direito civil, no caso em tela, a enfiteuse), continua a ser publicístico, especialmente no que diz respeito à impenhorabilidade, já que ao constar na matrícula como proprietário o Município de Corumbá - MS, e ao transmitir o imóvel para o executado na condição de aforamento (enfiteuse), em nada desnatura a qualidade de bem público *lato sensu*, carreando a inviabilidade de adjudicar o imóvel nesse processo. (fl. 03).

5. *Ipsa facto*, requereu autorização “para solicitar em juízo a exclusão da penhora efetuada equivocadamente nos autos, em virtude da impossibilidade de eventualmente adjudicar o imóvel, por ser considerado na sua essência, bem público do Município de Corumbá-MS” (fl. 04).

É o relatório do essencial. Decido.

6. Enfiteuse, palavra de origem grega (*emphyteusis*), entrou para a terminologia jurídica por intermédio do direito romano¹; assim, passou do Direito Justiniano para os títulos 78, 79 e 80, do Quarto Livro das Ordenações Afonsinas, e destes para os Títulos 63, 64 e 65, do Quarto Livro das Ordenações Manuelinas, dos quais passou para os Títulos 36 *usque* 40, do Quarto Livro das Ordenações Filipinas².

No Brasil, já no Código Civil do Império, foi regulado o aforamento (arts. 605 a 649), restando consignado que os bens municipais podiam ser aforados, desde que fosse concedida autorização legislativa (art. 610, § 2º)³.

¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 317-318.

² LOUREIRO, Lourenço Tribo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. t. II. 4. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1872, p. 149.

³ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. v. I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 417).

O Código Civil de 1916 regulou a enfiteuse nos termos dos artigos 678⁴ *usque* 694, dispositivos que permanecem em vigor em face de regra de direito intertemporal constante do artigo 2.038, *caput*, do Código Civil de 2002⁵.

7. A enfiteuse, também dita de emprazamento e de aforamento⁶, designa “o contrato pelo qual o proprietário de terreno alodial cede a outrem o direito de percepção de toda utilidade do mesmo terreno, seja temporária ou perpetuamente, com o encargo de lhe pagar uma pensão ou foro anual e a condição de conservar para si o domínio direto”⁷.

Historicamente, não incide a enfiteuse sobre coisas móveis, “nem mesmo sobre aquelas que se consideram como imóveis, como rendas anuais perpétuas, ou direitos e ações sobre coisas imóveis”⁸.

No caso colocado para exame, o proprietário do bem (no caso concreto, o Município), detém o domínio direto⁹; é o senhorio ou possuidor mediato. Só este tem posse própria do bem.

⁴ “Art. 678. Dá-se a enfiteuse, aforamento ou emprazamento, quando por ato entre vivos, ou de última vontade, o proprietário atribui a outrem o domínio útil do imóvel, pagando à pessoa, que o adquire, e assim se constitui enfiteuta, ao senhorio direto uma pensão, ou foro anual, certo e invariável”.

⁵ “Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores”.

⁶ A enfiteuse e o aforamento se confundem hoje em dia. Antes, o aforamento tinha feição própria, distinta da enfiteuse. O aforamento recaía sobre toda sorte de bens, solo e superfície, prédios incultos ou cultivados, chãos vazios ou edificadas. A enfiteuse só incidia sobre terrenos incultos ou chãos vazios (Cf. SANTOS, J. M. de Carvalho. *Enfiteuse*. In: SANTOS, J. M. de Carvalho (Coord.). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. v. XX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1937, p. 208).

⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 22. ed. Atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 530, 1ª coluna.

⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 659).

⁹ “Domínio direto, às vezes chamado também eminente, é o direito à substância da coisa, sem as suas utilidades. É um direito que se mantém, ordinariamente, na sombra e somente aparece para a percepção do cânon: nas alienações para o recebimento do *laudêmio*, ou o exercício do direito de opção, e quando se extingue a enfiteuse, por alguma das causas, a que o direito atribui esse efeito” (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 2. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 1146).

O enfiteuta ou foreiro (no presente caso, o executado), é quem detém o domínio útil¹⁰, sendo o possuidor imediato do bem¹¹ e, por isso, deve pagar anualmente ao senhorio uma pensão ou foro, certo e invariável.

8. A enfiteuse pode ser transmitida por ato *inter vivos* (Código Civil de 1916, arts. 683 e 688¹²) ou *causa mortis* (Código Civil de 1916, art. 681¹³), sendo os domínios direto e útil, autonomamente, passíveis de desapropriação¹⁴.

¹⁰ “Domínio útil, no sentido em que o direito moderno emprega esta expressão, consiste no direito de usufruir a coisa do modo mais completo, e transmiti-la a outrem por ato entre vivos e de última vontade” (*Idem, ibidem*, p. 1146).

¹¹ “A posse do enfiteuta está no plano das outras posses que correspondem aos direitos reais. Afirmar-se que o senhorio não tem posse é inadmissível; afirmar-se que o enfiteuta tem posse própria seria conceberem-se duas posses próprias” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. t. 7. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, p. 188-189).

¹² “Art. 683. O enfiteuta, ou foreiro, não pode vender nem dar em pagamento o domínio útil, sem prévio aviso ao senhorio direto, para que este exerça o direito de opção; e o senhorio direto tem trinta dias para declarar, por escrito, datado e assinado, que quer a preferência na alienação, pelo mesmo preço e nas mesmas condições. [...] Art. 688. É lícito ao enfiteuta doar, dar em dote, ou trocar por coisa não fungível o prédio aforado, avisando o senhorio direto, dentro em sessenta dias, contados do ato da transmissão, sob pena de continuar responsável pelo pagamento do foro”. Sobre o primeiro dispositivo, traz-se à colação a seguinte doutrina: “Na expressão - não póde vender nem dar em pagamento - se comprehendem a venda, a permuta, por coisa fungível, que se equipara á venda, a dação voluntária em pagamento, a transacção e a alienação forçada por execução de sentença” (*sic*) (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado* : direito das coisas. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 68).

¹³ “Art. 681. Os bens enfiteuticos transmitem-se por herança na mesma ordem estabelecida a respeito dos alodiais neste Código, arts. 1.603 a 1.619; mas, não podem ser divididos em glebas sem consentimento do senhorio”.

¹⁴ Decreto-lei (Federal) n. 3.365, de 21 de junho de 1941: “Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”. Vide, também: Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE-30.816/DF, rel. Min. Afrânio da Costa, j. 31.10.1958. Cf. FERREIRA, Pinto. A enfiteuse dos terrenos de marinha e a desapropriação. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 100, p. 47-49, 1970; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Ação de desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 4-5.

Dada a natureza de direito real (Código Civil de 1916, art. 674, inc. I)¹⁵ *sui generis* da enfiteuse, admite-se a hipoteca autônoma do domínio útil e do domínio direto (Código Civil de 2002, art. 1.473, incisos II e III) e a venda e a dação em pagamento do domínio direto (Código Civil de 1916, art. 684). Em contrapartida, ao enfiteuta são assegurados direitos de gozo, disposição e liberação do bem, inclusive para dá-lo em penhora¹⁶ (Código Civil de 1916, art. 689¹⁷), salvo a subenfiteuse (Código Civil de 2002, art. 2.038, § 1º, inc. II).

É que, na hipoteca e na penhora contra o enfiteuta (aqui, executado), o ônus recai sobre o direito enfiteutico, tão-somente¹⁸, mantendo-se incólume o direito do senhorio direto (Município). Esta a

¹⁵ Registra-se que o atual Código Civil excluiu a enfiteuse do rol dos direitos reais (art. 1.225) e proibiu a constituição de subenfiteuses (art. 2.038, § 1º, inc. II), a exemplo do que estabelece o Código Civil da Itália (cf. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. v. II. 1. Trad. Paulo Roberto Benasse. Campinas: Bookseller, 1999, p. 680-681). Apenas para argumentar, registra-se que na França o Código Civil nenhuma menção faz a enfiteuse como direito real; embora isso, a jurisprudência e a doutrina assim a classificam e defendem a sua manutenção como instituto jurídico, classificando-a como arrendamento enfiteutico, onde, segue a mesma lógica que vem do império romano, como “*un derecho real de goce de la cosa ajena, que no podía establecerse más que sobre bienes inmuebles y que se obtenía mediante el pago de una renta anual llamada ‘canon’*” (cf. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil* : segun el tratado de Planiol : los derechos reales. t. VI. Trad. Delia Garcia Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1987, p. 600-1).

¹⁶ “O enfiteuta, possuidor direto da coisa alheia, pode usar, fruir e até dispor dessa mesma coisa. Neste sentido, pode vender o imóvel, dá-lo em pagamento, permutá-lo por objeto fungível ou infungível, transmiti-lo por herança ou legado, doá-lo graciosamente, convertê-lo em dote, bem como pode o imóvel se prestar à penhora” (LANFREDI, Geraldo Ferreira. A enfiteuse e seu vasto alcance social : uma solução para o problema dos sem-terra. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 2, p. 44, abr-jun 2000).

¹⁷ “Art. 689. Fazendo-se penhora, por dívidas do enfiteuta, sobre o prédio emprazado, será citado o senhorio direto, para assistir à praça, e terá preferência, quer, no caso de arrematação, sobre os demais lançadores em condições iguais, quer, em falta deles, no caso de adjudicação”.

¹⁸ “As dívidas do enfiteuta, que têm de ser executadas, somente podem apanhar a enfiteuse resolúvel, salvo se não há qualquer determinação inexacta (termo ou condição) a esse direito. Assim, o que se manda à arrematação, na execução por dívidas do enfiteuta, é o seu direito enfiteutico, tal como é” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. t. XVIII. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 177).

razão pela qual não se pode dizer que incida, aqui, a regra de impenhorabilidade (Constituição Federal, art. 100; Código de Processo Civil, art. 649, inc. I c/c Código Civil de 2002, arts. 100 e 101), inerente ao princípio da indisponibilidade dos bens e direitos públicos, uma vez que o bem público municipal (domínio direto) não está sendo afetado.

Do mesmo modo, na venda ou dação em pagamento do domínio direto (Código Civil de 1916, art. 684), o que é negociada é a propriedade, sem que sejam afetados o seu uso, gozo e fruição, direitos consagrados ao enfiteuta em caráter perpétuo por imposição legal (Código Civil de 1916, art. 679), uma tradição do nosso direito¹⁹.

Nesse contexto, os direitos mediato (do proprietário) e imediato (do enfiteuta) são passíveis de transferência, exigindo-se, tão-somente, que se assegure o direito de preferência ao titular da propriedade na alienação do domínio útil (Código Civil de 1916, arts. 683, 686 e 689), e ao enfiteuta para a aquisição do domínio direto (Código Civil de 1916, art. 684).

Por conseguinte, não há qualquer restrição para a efetivação de penhora - e atos ulteriores da ação executiva - de domínio útil de bem enfiteuticado, mesmo que o domínio direto pertença a ente público (União, Estado, Distrito Federal ou Município), porquanto submetido a regime jurídico de direito público somente este, e não aquele.

9. Especificamente quanto ao pleito formulado, observo que o valor de avaliação do bem penhorado (R\$ 10.000,00) supera o da execução (R\$ 8.349,64, em 7.10.2004), pelo que não se apresenta recomendável realizar a adjudicação, salvo mediante o depósito da diferença, conforme determina o parágrafo único, do artigo 29, da Resolução PGE/MS n.096, de 29 de dezembro de 2003, o que não é

¹⁹ Confira-se: Ordenações Filipinas, Quarto Livro, títulos 38 e 39, onde constam as expressões “*para sempre*”, título 40, “*em perpétuo*” e título 41, “*in perpetuum*”. Também: a) artigo 609 do Código Civil do Império; e b) FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil*: esboço. v. 2. Brasília: Ministério da Justiça - Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 612, 1ª coluna, artigo 4.437. Anoto que, na França, a enfiteuse - que é tratada como arrendamento enfiteutico - não pode ter duração superior a noventa e nove anos por força da Lei de 17-29 de dezembro de 1790 (cf. RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *op. cit.*, p. 601).

de interesse do Estado nesta oportunidade. Entretanto, afigura-se-me razoável que se requeira nova hasta pública e, nesta, cumpridas as formalidades legais e regulamentares, proceda-se à oferta.

10. Diante do exposto, decido:

a) indeferir o pedido de autorização para desistência de penhora do imóvel urbano com área de 248,68 m², “*situado entre a Rua Domingos Sahib e a barranca*” (vide auto de penhora, fl. 08), com limites e confrontações constantes da matrícula n. 8.019, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição da Corumbá (MS); e

b) determinar ao Procurador do Estado responsável pelo acompanhamento da Ação de Execução Fiscal n.008.03.006749-6, em que figura, como devedora, Cooperativa de Pesca de Corumbá Ltda. - COOPECOR, em trâmite na 2ª Vara Cível da Comarca de Corumbá (MS), que requeira nova hasta pública do bem penhorado e referido na alínea precedente, com prévia intimação do detentor do domínio direto (Código Civil de 1916, art. 689), e, em consequência, autorizo, nos termos do artigo 1º, da Lei (Federal) n.6.830, de 22 de setembro de 1980, artigo 690 e seguintes, do Código de Processo Civil, artigo 8º, inciso I, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26 de dezembro de 2001, a arrematação do bem penhorado e descrito à folha 08 deste processo, observado o seguinte:

b.1) se houver interessado na arrematação, para pagamento à vista, em dinheiro, desde que este seja igual ou superior a 60% do valor da avaliação judicial do bem, não será dado lance;

b.2) somente será oferecido lance no segundo leilão;

b.3) o valor do lance será de 60% (sessenta por cento) da avaliação judicial, desde que o crédito, incluindo outras execuções aparelhadas, não seja inferior ao valor do lance; e

b.4) a arrematação deverá ser feita em benefício de parte do crédito, devendo ser requerido que conste do auto e termo de arrematação tal condição, prosseguindo-se a execução pela diferença.

11. Efetivada a arrematação e recebidos os bens, deverá o processo retornar para que sejam cumpridas as condições impostas pelo artigo 28, da Resolução PGE/MS n.096/2003.

12. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão, via *fac-símile*, ao Procurador do Estado requerente, para a adoção imediata das providências determinadas na aliena “b”, do item 10, supra; e

b) providenciar o recâmbio dos autos à Procuradoria-Regional de Corumbá (MS).

Campo Grande, MS, 13 de outubro de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 036/2004

PARECER PAA/Nº 015/2004

Processo n. 15/101003/1999

Interessado: Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos e Presidente do Conselho Estadual de Controle Ambiental

Assunto: Análise de processo administrativo - Aplicação de multa ambiental à Associação das Famílias para Unificação e Paz Mundial

Vistos etc.

1. Com as observações e ressalvas que seguem, acolho o excelente e exaustivo trabalho de autoria do Procurador do Estado Marcos Costa Vianna Moog, Chefe da Procuradoria Especializada de Assuntos Administrativos, constante de folhas 316-386, vistas por mim, do processo em destaque que, nesta oportunidade, aprovo com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, como PARECER PGE Nº 036/2004 - PAA Nº 015/2004.

2. Quanto à decisão supostamente (digo assim, porque não está em original, nem autenticada) subscrita por Paulo Guilherme Francisco Cabral, que veio aos autos com o recurso interposto pela Associação das Famílias para a Unificação e Paz Mundial, constante de folhas 189-190, causa espécie.

Datada de 6.7.2001, não estava ela nos autos, embora a este pertença, o que se presume, tendo em conta a indicação do número deste processo no topo da mesma. Pior, ela não se justifica e **não é lógica**, porque: **primeiro**, com o escopo de subsidiar posterior decisão à impugnação ofertada pela autuada em 10.4.2001 (fls. 38-9), em 12.7.2001, este processo veio para a Procuradoria-Geral do Estado para que esta emitisse parecer, cuja manifestação ocorreu em

16.7.2001 (fls. 45-7), e o processo somente foi devolvido à FEMAP/MS (Fundação Estadual de Meio Ambiente Pantanal) em 26.7.2001 (fl. 51); logo, se a decisão acostada às folhas 189-190 em fotocópia, existia - mesmo não estando nos autos - desde 6.7.2001, não havia razão para que fosse encaminhado o processo à PGE-MS em 12.7.2001; **segundo**, a decisão de folhas 189-190 jamais foi comentada nos autos pela interessada, somente surgindo, inexplicavelmente, agora; e **terceiro**, a decisão, em fotocópia, apresenta numeração de páginas, supostamente do original, de nºs. 176-177 e 305-306, enquanto que este processo, quando encaminhado à PGE-MS, contava somente com 44 páginas (fl. 44). Destarte, trata-se de decisão **inexistente e, portanto, imprestável**.

3. Especificamente quanto ao valor discutido como devido pela empreendedora autuada, observo que o termo *a quo* de incidência da multa resultante da decisão de folhas 23-4, lavrada em 31.8.1999, é, indiscutivelmente, 22.9.1999, quando houve a notificação desta (fls. 26-7), sendo certo que não foi interposto recurso, a despeito de a parte interessada ter, inclusive, requerido vistas do processo (fl. 32). O edital expedido pela FEMAP/MS (fls. 35-6) em 16.1.2001, foi com o escopo, único, de tornar pública a relação de pessoas físicas e jurídicas infratores ambientais e, mais uma vez, conclamar a que quitassem seus débitos (vide item 114 do Parecer). No caso em questão, constou expressamente de referido edital que a autuada deveria pagar 1.000 UFERMS diárias a partir de 16.9.1999 (fl. 35).

Assim, a manifestação de folha 63, que estabeleceu como termo inicial de incidência da multa “*a data de publicação do Edital de convocação publicado no DOE n.5433, de 23 de janeiro*” de 2001 (fls. 35-36), não condiz com aquela da mesma signatária constante de folha 63, que, no expediente que efetivamente deu ciência à Associação daquela decisão, o Ofício AJU/FEMAP/MS n.873/99, de 13.9.1999 (fl. 25), consignou que a multa incidiria “*a contar da data do recebimento*” da correspondência, que ocorreu em 16 (notificação do advogado) e 22.9.1999 (da Associação) (fls. 26-7). Prevalece, evidentemente, a notificação realizada nos termos de folha 25, por estar conforme o Direito.

O termo *ad quem* ocorreu em 12.2.2001, quando a Associação

protocolou o Estudo de Impacto Ambiental - EIA/RIMA na FEMAP/MS, conforme atestado pelo Engenheiro Paulo Aquino, Gestor Ambiental (fl. 62), data que se tornou incontroversa, tendo em conta que a empreendedora autuada inclusive recolheu valor que tomou por base essa data (fl. 64).

4. Quanto à sugestão de encaminhamento dos autos ao Governador do Estado, para decretação de nulidade dos atos administrativos indicados no Parecer, entendo ser incabível.

Segundo estabelece a Lei (Estadual) n.2.256, de 9 de julho de 2001, cabe ao Conselho Estadual de Controle Ambiental - CECA, "*decidir, como última instância administrativa, em grau de recurso, sobre as multas e outras penalidades impostas pela Fundação Estadual de Meio Ambiente - Pantanal*" (art. 2º, inc. III).

Sem que referido órgão tenha subordinação hierárquica com o Governador do Estado, até porque é órgão colegiado com funções deliberativas e normativas estabelecidas em lei (Lei n.2.256/2001, art. 1º), entendo que não pode sofrer interferência em sua atuação, nem o exercício de controle de legalidade *a priori* ou *a posteriori*, por parte do Chefe do Poder Executivo. Portanto, as decisões do referido Conselho haverão de ser discutidas no Poder Judiciário, em face do que estatui o inciso XXXV, do artigo 5º, da Lei Fundamental, razão pela qual não acolho a sugestão de encaminhamento dos autos àquela autoridade, para decidir pela nulidade dos atos questionados neste processo.

5. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) extrair e encaminhar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, para conhecimento e para solicitar-lhe:

b.1) o envio, à Procuradoria-Geral do Estado, de cópia integral e **assinada** da ata de folhas 258-282, rogando-lhe tal se dê com urgência;

b.2) atenção ao que consta do item 16, do Parecer ora aprovado, determinando, se for o caso, providências para apuração de diferenças, acaso existentes, na multa aplicada no bojo do processo n.06/071738/1998;

c) extrair cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, destinando-a à Procuradora do Estado Itaneide Cabral Ramos, Chefe da Procuradoria Especializada de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente; e

d) encaminhar os autos à Procuradoria de Assuntos Administrativos, para ciência desta decisão aos Procuradores do Estado Marcos Costa Vianna Moog, Procurador-Chefe de Assuntos Administrativos, e Rômulo Augustus Sugihara Miranda, da Procuradoria de Assuntos Tributários, para que elaborem ação para ingresso no Poder Judiciário, com o objetivo de declarar a nulidade dos atos acoimados de nulidade, mencionados no item 255, do Parecer ora aprovado, devendo fazê-lo antes de 20.8.2004, para evitar discussão quanto à incidência de decadência ou prescrição.

Campo Grande, MS, 23 de julho de 2004.

José Wanderley Bezerra Alves
Procurador-Geral do Estado



Revista

da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

Número 12 • Dezembro de 2004