

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

N. 10

DEZEMBRO 2002

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

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Parque dos Poderes, bloco IV, CEP 79.032-901 – Campo Grande-MS

Comissão editorial

Senise Freire Chacha Zeola
Suleimar Sousa Schröder Rosa
Jerônimo Olinto de Almeida

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: 700 exemplares.

Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.
Campo Grande, MS, Brasil, 2002 –

(Anual)

1979-1987 (1-9)

CDU – 34 (05)

Impressão: AGIOSUL – Agência Estadual de Imprensa Oficial de MS

Arte da capa: Paulo JS

Foto: Ernesto Franco

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

JOSÉ ORCÍRIO MIRANDA DOS SANTOS
Governador do Estado

JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES
Procurador-Geral do Estado

Relação dos Procuradores do Estado

Adalberto Neves Miranda	Lúcio Henrique Melke Bittar
Alberto Swards Lucchesi	Manuel Ferreira da C. Moreira
Antônio de Souza Ramos Filho	Marcos Costa Vianna Moog
Arlenthe Maria de Souza	Maria Madalena Santos
Bernadete de Fátima F. de Souza Alves	Maria Sueni de Oliveira
Candemar Cecílio F. Victório	Nei Juáres Ribas
Carina Souza Cardoso Pompeu	Nélson Mendes F. Júnior
Carla Souza Cardoso Pimentel	Nilton Kiyoshi Kurachi
Carlos Fabrício Griesbach	Norton Riffel Camatte
Cristiane da Costa Carvalho	Olimpio dos Santos Nascimento
Daniela Corrêa Basmage	Paulo César Branquinho
Dênis Cleiber Miyashiro Castilho	Rafael Coldibelli Francisco
Eduardo Eugênio Siravegna Júnior	Regina Lúcia de Almeida e Souza
Eimar Souza Schröder Rosa	Renata Corona Zuconelli
Eurildo Vieira Benjamin	Sandra Calligaris
Felipe Marcelo Gimenez	Sarah Filgueiras M. A. de A. e Silva
Francisco de Paula e Silva	Senise Freire Chacha Zeola
Itaneide Cabral Ramos	Sérgio Wiliam Anníbal
Jerônimo Olinto de Almeida	Sônia Tomás de O. e Silva
José Aparecido Barcello de Lima	Suleimar Sousa Schröder Rosa
José Luis Aquino Amorim	Ulisses Schwarz Viana
Jucelino Oliveira da Rocha	Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras
Judith Amaral Lageano	Vera Luisa de Q. R. da Cunha
Lúcia Helena da Silva	

Relação dos Procuradores aposentados e falecidos

Elide Rigon
João Olegario Figueiredo
Maria Celeste Costa e Silva
Neusa Miranda e Silva
Ricardo Nascimento Araújo

Aicir Pires Maia *in memoriam*
Francisco Antônio dos Santos e Silva *in memoriam*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	09
DOCTRINAS	13
O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NA LICITAÇÃO PÚBLICA	15
<i>Carlos Fabricio Griesbach</i>	
ASSISTÊNCIA JUDICIAL E ADVOCACIA PRIVADA	39
<i>Felipe Marcelo Gimenez</i>	
ICMS - INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	45
<i>Senise Freire Chacha Zeola</i>	
CONCESSÃO DE LIMINARES NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	77
<i>Cristiane da Costa Carvalho</i>	
A JURISDIÇÃO CONSULTIVA DO PROCURADOR DO ESTADO	87
<i>Jerônimo Olinto de Almeida</i>	
PARECERES	93
PARECER PGE N. 022/2001	94
Assunto: Regime especial em contratos de parceria pecuária com indígenas da Reserva Kadiwéu. Marcos Costa Vianna Moog - Procurador do Estado	
PARECER PGE N. 023/2001	110
Assunto: Consulta sobre a legalidade do cancelamento de atos de averbação de tempo de serviço. Sandra Calligaris - Procuradora do Estado	
PARECER PGE N. 026/2001	119
Assunto: Requisição extrajudicial do Ministério Público do Secretário de Estado de Receita e Controle, para acesso, via rede, às declarações anuais do produtor. Vaneli F. de J. Gouliouras - Procuradora do Estado	

PARECER PGE N. 027/2001	141
Assunto: Incorporação das vantagens pecuniárias pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança - servidora do Quadro Especial.	
Judith Amaral Lageano - Procuradora do Estado	
PARECER PGE N. 036/2001	150
Assunto: Isenção da contribuição previdenciária.	
Judith Amaral Lageano - Procuradora do Estado	
PARECER PGE N. 048/2001	158
Assunto: Aposentadoria por tempo de serviço.	
Judith Amaral Lageano - Procuradora do Estado	
PARECER/PGE/N. 061/2001	168
Assunto: Legalidade do repasse das verbas oriundas do FIS (Fundo de Investimento Social) pela Secretaria de Educação aos educadores do Projeto MOVA/MS.	
Marcos Costa Vianna Moog - Procurador do Estado	
PARECER/PGE/N. 067/2001	174
Assunto: Análise de processo relativo à Sociedade Beneficente Corumbaense. Possibilidades e sugestão de procedimentos a serem adotados.	
Marcos Costa Vianna Moog - Procurador do Estado	
PARECER PGE N. 069/2001	182
Assunto: Aposentadoria e promoção.	
Judith Amaral Lageano - Procuradora do Estado	
PARECER PGE N. 002/2002	192
Assunto: Aposentadoria voluntária com proventos integrais - Grupo Polícia Civil.	
Judith Amaral Lageano - Procuradora do Estado	
PARECER/PGE/N. 018/2002	202
Assunto: Lei n. 1.798/97 - liminar concedida na ADIn n. 2.439-6 - efeitos.	
Wilson Vieira Loubet - Procurador-Geral do Estado	
PARECER/PGE/N. 029/2002	224
Assunto: Legitimidade de cobrança de direito autoral em festas juninas realizadas em escolas públicas estaduais, sem caráter lucrativo.	
Jerônimo Olinto de Almeida - Procurador do Estado	

PARECER/PGE/N. 044/2002	233
Assunto: Fundo de Participação dos Estados (FPE), critérios de rateio.	
Carina Souza Cardoso Pompeu - Procuradora do Estado	
PARECER/PGE/N. 065/2002	254
Assunto: Imóveis do Previsul para alienação e capitalização do MS-PREV	
Senise Freire Chacha Zeola - Procuradora do Estado	

MANIFESTAÇÕES..... 277

MANIFESTAÇÃO PGE/PAG N. 005/2000.....	278
Assunto: Demissão sem justa causa no curso do período eleitoral.	
Maria Sueni de Oliveira - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PAG N. 005/2001	282
Assunto: Compensação de crédito do devedor contra a Fazenda Pública ou de crédito recebido por cessão de crédito de terceiro, também credor do Estado.	
Maria Sueni de Oliveira - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PAG N. 003/2002.....	291
Assunto: Interpretação do art. 9º, inciso IV, da Lei Estadual n. 2.363, de 19/12/2001, que cria a AGEPAN e dá outras providências.	
Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PAG N. 004/2002.....	300
Assunto: Implicações do art. 42 da LRF para contratação de obras em ano eleitoral.	
Maria Sueni de Oliveira - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO/PGE/PIMA N. 042/2002	306
Assunto: Administração da carteira imobiliária do extinto PREVISUL.	
Daniela Corrêa Basmage - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP N. 151/2002.....	315
Assunto: Revisão de Pensão	
Suleimar Sousa Schröder Rosa - Procuradora do Estado	

ATOS DO PROCURADOR-GERAL..... 325

Referência: Manifestação PGE/PIMA n. 032/2002 326

Assunto: Alienação de imóvel de propriedade da AGROSUL
José Wanderley Bezerra Alves - Procurador-Geral do Estado

Referência: Parecer PGE n. 047/2002 – PAA n. 029/2002 ... 336

Assunto: Condutas específicas da Administração Pública com
relação a recursos humanos frente à Lei Federal n.
9.504/97, Lei Federal n. 10.028/2000 e Lei
Complementar Federal n. 101/2000.

José Wanderley Bezerra Alves - Procurador-Geral do Estado

JURISPRUDÊNCIAS 351

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 352

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 357

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL 359

APRESENTAÇÃO

A publicação deste volume da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, passados quinze anos da edição do anterior, é fruto do trabalho de um grande número de Procuradores do Estado, cõnscios da importância da função que exercem defendendo os interesses do Estado, e da necessidade de constante aperfeiçoamento profissional, da difusão de conhecimentos e de uma gama de outros fatores necessários para o bem comum.

Os diversos trabalhos aqui apresentados são frutos dessa união por dias melhores e têm por escopo difundir o resultado de pesquisas feitas. São trabalhos científicos, pois que, como assevera Umberto Eco, "um trabalho é científico se [...] acrescentar alguma coisa àquilo que a comunidade já sabia"¹; o que, sem nenhuma sombra de dúvida, ocorre.

Muitos artigos, monografias, dissertações e teses por certo serão incorporados aos volumes que se seguirão. Esse é só o primeiro passo. A realização de um curso de especialização em Direito Administrativo, aspiração de boa parcela dos integrantes da categoria, passo seguinte nessa caminhada, abrirá horizontes e, por certo, despertará muitos para a pesquisa e a produção científicas.

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado, além de apresentar o pensamento dos integrantes da categoria, tem, também, o objetivo de estabelecer um campo dialético com a sociedade e com outros grupos de profissionais e categorias funcionais, necessário para desmistificar a idéia de que aquele que

¹ ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Wilson César Cardoso de Souza. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 22.

atua na defesa dos direitos e interesses do Poder Público, pouco ou nada contribui para a solução dos litígios individuais e coletivos, quando incluído o Estado na contenda.

A verdade é que, mesmo com o malogro do Estado Providência, na década de 70, no século XX, e o surgimento de um novo paradigma², o Estado Democrático de Direito, expressamente adotado pela Constituição principiológica do Brasil de 05 de outubro de 1988, impõe-se àqueles envolvidos com a Administração Pública que, em sua atuação, não olvidem de que o Estado é posterior e inferior ao ser humano, que o Direito deve ser aplicado porque justo e não porque ordenado e que "a vontade da maioria só se justifica pela justiça e não pode violar os direitos humanos"³.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana, alçada a princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, Constituição Federal), haverá de nortear a atuação administrativa e, por conseguinte, também a defesa dos direitos e interesses do Estado nas áreas judicial e extrajudicial, constituindo-se vetor interpretativo e princípio em posição hierárquica orientadora de prevalência em relação aos demais valores⁴.

Essa a razão por que tem sido adotada a prática, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, devidamente respaldada na lei, de se autorizar, inclusive em caráter normativo, a não-propositura ou desistência de medidas judiciais já interpostas, quando o valor do benefício pretendido não justifica a ação ou quando, no exame da prova, evidencia-se a improbabilidade de resultado favorável, bem

² Cf. nesse sentido, CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro – Nova Série*, Brasília, v. 6, p. 234, 1998.

³ CAMPOS, Diogo Leite de. O sigilo bancário e a intimidade da vida privada. In: CAMPOS, Diogo Leite de et al. *Sigilo bancário: colóquio luso-brasileiro*. Lisboa: Instituto de Direito Bancário, Cosmos, 1997, p. 13.

⁴ Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 84; ARANHA, Márcio Iório. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. *Revista Notícia do Direito Brasileiro – Nova Série*, Brasília, v. 7, p. 397, 2000.

assim a não-interposição de recursos em face de sentenças e decisões, quando contra-indicados em face da jurisprudência dominante.

Sabem todos, na Procuradoria-Geral do Estado, que o conteúdo dos direitos fundamentais não tem, no ordenamento jurídico, sua fonte última, e que a parte dogmática da Constituição tem caráter aberto, polissêmico e indeterminado⁵, estando a exigir, no caso concreto, interpretação otimizada pelos operadores do Direito, que devem fazer constante ponderação dos interesses e direitos em jogo. É que, "os direitos do Poder não podem ser entendidos de outro modo que não seja sobre a base do respeito pelos direitos objetivos e invioláveis do homem"⁶.

Campo Grande, MS, dezembro de 2002.

José Wanderley Bezerra Aives
Procurador-Geral do Estado

⁵ Cf. COELHO, 2000, p. 26 e 85.

⁶ CARTA Encíclica *Redemptor Hominis* do Sumo Pontífice João Paulo II. São Paulo: Paulinas, 1990, p. 69.



DOUTRINAS

Parte I

1990

1991

O INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NA LICITAÇÃO PÚBLICA

Carlos Fabricio Griesbach*

Sumário: 1. Introdução; 2. Delineamento do Tema; 3. Publicidade do Edital; 4. Estrutura Base do Edital, 4.1. Elementos Introdutórios, 4.2. Descrição do Objeto, 4.3. Universo dos Proponentes, 4.4. Delimitação das Propostas, 4.5. Critérios de Julgamento; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

* Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito pelo Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos (IPEJ).

1 INTRODUÇÃO

O instituto da licitação é tema sempre recorrente na Administração Pública, pois se trata de meio legalmente apto a conduzir o Estado na avença com particulares, visando, por último, à consecução dos fins públicos. O procedimento licitatório possui dupla função, a saber: a) oferecer igualdade de oportunidades a todos os interessados que almejam contratar com o poder público; e b) dar forma mais vantajosa ao Estado.

Todavia, a escolha do instrumento convocatório justifica-se pela importância capital que este ato, edital ou carta-convite, tem dentro do certame. As disposições constantes do ato convocatório vão orientar todas as fases subseqüentes, desde a documentação exigida até o cumprimento pontual do futuro contrato administrativo. Portanto, a adequação desse instrumento, com os preceitos do instituto, tem por finalidade afastar os vícios e, por conseguinte, atingir da melhor maneira o interesse público em foco.

2 DELINEAMENTO DO TEMA

A licitação pública é o procedimento administrativo antecedente e necessário ao contrato administrativo. Objetiva-se, com esse procedimento, a seleção do proponente que melhor atenderá ao interesse público. O certame pautar-se-á, imprescindivelmente, pelo binômio: igualdade de condições e proposta mais vantajosa. Sem esses requisitos, não há como falar em licitação.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹ define a licitação pública:

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 1.

Um procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

O instituto da licitação está previsto no art. 22, XXVII, e art. 37, XXI, ambos da Constituição Federal de 1988 – CF/88, e especialmente pela Lei n. 8.666/93 e suas alterações decorrentes. O art. 22, XXVII, da CF/88 trata da competência da União para legislar acerca de normas gerais sobre licitações e contratos. Já o art. 37, XXI, da CF/88 dá vida e os contornos constitucionais ao referido instituto. Por derradeiro, a Lei n. 8.666/93 regulamenta, exaustivamente, o alcance da licitação na Administração Pública brasileira.

O instrumento convocatório é, acima de tudo, um princípio operativo do instituto da licitação pública. A Lei de Licitação n. 8.666/93 fez questão de salientar a essência principiológica do instrumento convocatório, quando inseriu a vinculação a ele entre os seus princípios básicos, art. 3º, *caput*, da Lei.

O instrumento convocatório é a forma de exteriorização da licitação e guarda dupla função: a primeira, de comunicar à população o certame; e a outra, de definir as regras dessa competição. Assim, o princípio de vinculação ao instrumento convocatório ganha importância capital para o certame.

A forma de manifestação do instrumento pode variar entre edital ou carta-convite. A diferença reside na modalidade de licitação a que se vai proceder. Se for 'convite' a modalidade apropriada, então o instrumento será a carta-convite, de confecção singela e com o mínimo de elementos à formulação das propostas. Seu objeto é simples e de pequeno valor. No entanto, se a modalidade for 'concorrência' ou 'tomada de preços', o instrumento

será o do edital, que exigirá maiores particularidades em função da complexidade e do valor do objeto.

A expressão Edital guarda a idéia de instrumento pelo qual se faz pública certa notícia. É a forma utilizada para se materializar uma comunicação a toda a sociedade. Para Hely Lopes Meirelles²:

O edital é o instrumento através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas.

O edital é o documento mais importante no procedimento da licitação, pois representa a viga mestra do certame. Bandeira de Mello³ elucida que:

Edital é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa cláusulas do eventual contrato a ser travado.

O instrumento convocatório é o 'elo de ligação' entre a Administração e os administrados, portanto, tem função vinculante no tocante ao conteúdo editado.⁴ Para se evitar querelas, a vontade do administrador deve estar consubstanciada no texto do ato convocatório de forma precisa e clara. O descumprimento das regras do edital pela Administração pode gerar nulidade de algum ato ou de todo o procedimento. Ademais, o ato viciado macula as

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 118.

³ BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 31.

⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 118-9.

fases subseqüentes, pois o vínculo procedimental caracteriza uma relação de causa e efeito entre os atos posteriores e os anteriores.⁵

A importância da vinculação do edital se manifesta na clássica frase de Meirelles⁶: "Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque ele é a lei interna da concorrência e da tomada de preços [...]". (grifo nosso)

Em contraponto, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷ define o edital como:

[...] um ato administrativo concreto, de natureza formal, pelo qual a A. P. (sic) expressa a vontade de sua abertura, com o chamamento dos acasos interessados, e condiciona a apresentação das propostas destes.

Assim, o referido autor discorda quanto à natureza normativa do edital. Essa crítica se baseia no fato de que o edital não guarda as mesmas características da lei: ser geral e abstrata. O ato convocatório não é geral; se não é determinado, é pelo menos determinável o número de pessoas que vai atingir; tão pouco é abstrato, mas confeccionado para o caso concreto. Não obstante essa distinção técnica de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, também se reconhece a função pedagógica da expressão empregada por Hely Lopes Meirelles.

A formalização do edital é tão rígida, que dela exsurge sua principal característica: a imutabilidade. Uma vez publicado, não pode ser alterado. As regras insculpidas no texto editalício são imodificáveis justamente para assegurar a serenidade do certame, pois, se a imutabilidade não fosse a regra, causaria insegurança entre os participantes, acarretando flagrante violação ao princípio

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 255-6.

⁶ MEIRELLES, 1979, p. 119.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Da licitação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978, p. 70.

da igualdade, cerne do instituto da licitação. Em que pesem essas considerações contundentes, o caráter imutável não é absoluto, pois retificações ou correções poderão ser feitas, desde que o prazo mínimo estipulado em lei para a publicidade da licitação seja respeitado.⁸

O ato convocatório deverá atender às seguintes funções: publicidade; identificação do objeto e delimitação do universo das propostas; circunscrição do universo dos proponentes; identificação dos critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas; regulação dos atos e termos processuais do procedimento; e fixação das cláusulas do futuro contrato.⁹

Como se pode observar, o princípio do instrumento convocatório concretiza-se no edital ou na carta-convite. A função primordial do princípio é a integração hermenêutica do fato à norma. Contudo, esse princípio vai além da função integrativa, pois se materializa nos dispositivos da Lei n. 8.666/93 e na confecção de tal instrumento para o certame. A técnica de confecção do edital impõe que ele seja o mais exaustivo possível, evitando lacunas, obscuridades, pois a interpretação deve ser clara e objetiva para qualquer interessado.

3 PUBLICIDADE DO EDITAL

A publicidade manifesta-se, primeiramente, como princípio constitucional do art. 37, *caput*, da CF/88 e, posteriormente, também, ratificado como princípio da licitação, no art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.666/93. No entanto, o sentido que se quer imprimir à publicidade neste item é o de sinônimo de publicação ou divulgação do edital.

A publicação do aviso ou do edital é a forma pela qual a

⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes – Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo* – 9. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 42.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 32-3.

sociedade toma ciência do certame que se vai realizar. Com a publicação vinculam-se “[...] a intenção governamental, o chamamento público e as condições de realização do certame competitivo [...]”.¹⁰

O princípio da publicidade manifesta-se como requisito de eficácia do ato administrativo. A Lei de Licitação, no art. 21, determina a forma e os prazos da publicação. O edital não precisa ser publicado na íntegra, bastando o aviso ou a nota resumida do instrumento para tornar válido o requisito da publicação. O resumo deve conter o objeto licitado, a repartição que o está promovendo, o local e o horário em que se possa obter o edital completo e a resolução de dúvidas advindas.

A divulgação do edital deve-se dar pela imprensa oficial da União ou do Estado, do Distrito Federal ou do Município. Concomitantemente à publicação na imprensa oficial, deve ocorrer, também, a divulgação na imprensa particular, como requisito legal. Essa imprensa é a da localidade na qual se realizará a licitação, especificamente, a do Município, da região ou do Estado envolvidos.

Os prazos estabelecidos para a publicação de edital variam conforme o tipo e o regime de licitação, art. 21, § 2º, da Lei n. 8.666/93. Esses prazos são contados a partir da data da última publicação do edital ou expedição da carta-convite, ou, ainda, da efetiva disponibilidade do referido documento e seus anexos, prevalecendo a que ocorrer por último.

O não-cumprimento do requisito da publicidade ou a sua irregularidade geram um vício formal, acarretando nulidade absoluta ou relativa, dependendo da proporção da violação.

Em síntese, pode-se mencionar três funções inarredáveis da publicidade: primeira, quanto maior ênfase na publicidade, maior será o número de proponentes, aumentando a abrangência da

¹⁰ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Comentários à reforma administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 265.

competição, e, conseqüentemente, o preço será menor; segunda, é o aumento da credibilidade da Administração Pública; terceira, a publicidade é uma arma eficaz contra a corrupção. O beneficiário, em última análise, é a sociedade.

4 ESTRUTURA BASE DO EDITAL

O art. 40 da Lei de Licitações elenca todas as informações que devem estar presentes no edital, seja para um procedimento licitatório singelo, seja para um certame de grande vulto.

4.1 ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS

O edital divide-se em duas partes: o preâmbulo ou elementos introdutórios e o corpo. O preâmbulo deve conter o nome do ente, órgão ou entidade, e o setor interessado na obra, serviço ou objeto; o número de ordem do edital em série anual (ordem das licitações, e, não, de suas modalidades, numeração que recomeça a cada exercício); a modalidade; o regime de execução e o tipo de licitação; a indicação da legislação que rege este certame; a indicação de local, dia e hora para recebimento das propostas e abertura dos envelopes com a documentação; e, ainda, a finalidade e o processo em que foi autorizada a referida licitação, conforme art. 40 da Lei n. 8.666/93.

A omissão de qualquer dado constante do art. 40 da Lei n. 8.666/93, que se refere ao preâmbulo do edital, pode acarretar invalidação do certame, desde que se comprove que tal omissão causou prejuízo a um interessado. "Não cabe contrapor que, no corpo do edital, existiam os dados omitidos no preâmbulo. Se a Lei reputasse suficiente o corpo do edital, não teria aludido ao preâmbulo."¹¹ Portanto, não se pode interpretar o referido dispositivo de forma a torná-lo dispensável, pois assim se estaria fazendo letra morta a prescrição legal.

¹¹ JUSTEN FILHO, 1994, p. 240.

4.2 DESCRIÇÃO DO OBJETO

A descrição do objeto é o ponto central do edital; sendo o enunciado o item que dá corpo e sentido ao instrumento. A Lei de Licitação definiu como requisito do ato convocatório, art. 40, I, a descrição do objeto, que deverá ser 'sucinta e clara'.

A clareza na identificação do objeto compreende um número de características necessárias e pertinentes que proporcionam aos interessados o conhecimento exato do bem que se está licitando. Essas características devem ser suficientes para que os proponentes possam definir o leque de alternativas que eles irão propor. Da falta de clareza no edital resulta invalidação do instrumento.

Ponto controvertido é o grau de discricionariedade que o administrador pode dispor para especificar o objeto. Esse grau pode variar entre um mínimo e um máximo aceitável de especificação.¹² O mínimo de especificações circunscreve a descrição de um objeto que viabilize a apuração de um critério de julgamento objetivo factível à mensuração das propostas. Só com esse mínimo é que se podem comparar as propostas entre si, frente a um critério objetivo. O edital "[...] que não circunscreva suficientemente o objeto, rende ensejo a ofertas tão díspares que o critério de julgamento se esvazia de qualquer teor de objetividade [...]".¹³ O limite máximo para a especificação admissível é aquele que não individualiza o objeto.

Não cabem especificações sem pertinência lógica com o interesse público que se quer promover. As minúcias singularizam um objeto que não é singular, produzindo, então, um edital dirigido, alijando do certame quem poderia disputar a licitação.

O objeto da licitação deve ser equivalente, intercambiável e

¹² BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 34-6.

¹³ Ibid., p. 36.

homogêneo, pois, sem essas características de identidade, as propostas tratariam de objetos distintos, inviabilizando o certame. Por exemplo, se um proponente apresentar máquina de escrever e se outro apresentar computador, os gêneros são distintos, não sendo confrontáveis.

Ademais, os detalhes técnicos constarão do anteprojeto, acompanhado de memoriais, especificações, plantas e outros elementos complementares. Meirelles¹⁴ aponta a delimitação do objeto como condição de legitimidade da licitação. Essa especificação é dispensada quando o objeto for padronizado por normas técnicas, bastando, nesse caso, sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras, como é o caso do projeto executivo, art. 6º, X, da Lei n. 8.666/93.

Outra questão relevante refere-se aos casos de fracionamento e fusão do objeto. O fracionamento do objeto licitado enseja freqüentemente motivos para muitas discussões e impugnações de editais. O requisito básico para que ocorra o parcelamento é a possibilidade da divisão material, sem que haja a perda da função a que se destinava. Se for impossível a repartição física do objeto, então qualquer possibilidade de fracionamento da licitação será descartada.

O fracionamento é possível quando se respeitam as balizas claras do instituto da licitação. Assim, o propósito da divisão não pode ser de se esquivar da modalidade mais abrangente para promover outra mais simples, e muito menos o de fugir da licitação através da dispensa em razão do valor diminuto. Ademais, a competitividade não poderá ser restringida, no mínimo mantida a mesma, se o objeto não fosse dividido. Se o resultado do parcelamento for prejudicial ao interesse público, então o objeto do certame deverá ser mantido único.

Exemplo que esclarece o tema em discussão é o de licitação de obra para duplicação de rodovia extensa. A duplicação desta

¹⁴ MEIRELLES, 1979.

obra pode ser dividida em vários lotes, que compreendem determinada quilometragem. Primeiro, o objeto do certame é divisível fisicamente sem que ocorra a perda da função, pois qualquer trecho duplicado pode ser utilizado independentemente do outro. E segundo lugar, o objetivo é de conclamar o maior número de proponentes, desde o pequeno empreiteiro que poderia arcar com o ônus de um trecho até os grandes consórcios que teriam sustentáculos para realizar o segmento total das obras.

Luiz Alberto Blanchet¹⁵ extrai algumas conclusões práticas do fracionamento, tais como: a viabilidade de parcelamento do objeto da licitação é exceção e não a regra; o parcelamento será sempre inviável quando a solução mediante o parcelamento é menos vantajosa para o interesse público do que a solução não fracionada; o parcelamento não é só viável, mas obrigatório, quando somente mediante sua prática a finalidade da licitação poderá ser satisfeita; o parcelamento é também a única opção mediante a qual se haverá de assegurar a observância das normas e princípios jurídicos.

Na esteira da divisibilidade do objeto, surgiu a Lei n. 9.648/98, que aditou o art. 23 da Lei n. 8.666/93, com o § 7º,¹⁶ permitindo que se possa cotar, na proposta, quantidade inferior à demandada na licitação, mas somente nos casos de compra de bens divisíveis em que não houve vedação expressa no edital. O objetivo justificado foi o de ampliar a competitividade do certame.

Há casos em que o bem individual não alcança um fim determinado, somente quando agrupado a outros, como, por exemplo, um livro que compõe um dicionário em vários volumes.¹⁷ Nesses casos, ocorrerá a fusão de objetos para uma licitação. O requisito indispensável para que isso aconteça é que haja a

¹⁵ BLANCHET, Luiz Alberto. *Licitação: o edital à luz da nova lei*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1994, p. 122-3.

¹⁶ Dispositivo introduzido na Lei n. 8.666/93, através da Lei n. 9.648/98, publicada em 27.05.98 no DOU.

¹⁷ BLANCHET, op. cit., p. 123.

possibilidade desses objetos serem reunidos num único. Todas as demais regras aplicadas ao caso de fracionamento do objeto são igualmente aplicadas aqui para avaliar se há possibilidade de fundir os objetos, excetuada a primeira assertiva, que dispõe sobre a fuga da licitação ou a simplificação da sua modalidade. A fusão não pode objetivar a elevação do valor do certame como forma de alijar proponentes.

Enfim, a clareza do Edital conduz os interessados a definir o que propor com a objetividade que é imprescindível ao julgamento. A confusão e a indeterminação do objeto geram ofertas heterogêneas e inequívocas entre si, acarretando julgamento subjetivo, fato este que se deve evitar sempre.

4.3 UNIVERSO DOS PROPONENTES

O instrumento convocatório deve circunscrever os requisitos necessários para que os interessados possam participar da licitação, comprovando, assim, a idoneidade dos proponentes à habilitação.

A CF/88, no seu art. 37, XXI, estabelece que a licitação somente deve impor as exigências de qualificação técnica e econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei n. 8.666/93, no art. 27, discrimina quais são os requisitos que se poderão exigir para: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; e regularidade fiscal. Com esses requisitos, quer-se comprovar a idoneidade do interessado e a responsabilidade da proposta que ele vai oferecer.

A idoneidade é característica da pessoa física ou jurídica, mas não da proposta. A capacidade jurídica visa a garantir a aptidão legal que o interessado deve ter para efetuar um eventual contrato; não basta ter personalidade jurídica. A capacidade jurídica se apura de acordo com a legislação civil e a comercial.

A qualificação técnica e econômico-financeira objetiva resguardar o interesse público, a continuidade do serviço, que não poderia ser diferente, pois a Administração não pode avençar com quem oferece riscos maiores de não-cumprimento das obrigações. O interessado deve ser capaz de executar a prestação do objeto e arcar com os ônus, custos e responsabilidades, inerentes à execução do futuro contrato.

A verificação da regularidade fiscal tem como meta comprovar que o proponente está em dia com a Fazenda Pública; do contrário seria gratificar a concorrência desleal, pois quem não paga os tributos pode oferecer um preço menor que os outros que cumprem com suas obrigações. Todavia, a Administração não tem função de fiscal público, como muitos propugnam. O escopo da Lei é colocar em igualdade os proponentes. Portanto, não cabe à Administração discutir o mérito das declarações de negativa de débito ou parcelamentos da dívida que trazem negação da inadimplência, basta à entidade promotora da licitação aceitar tal documento.

De modo nenhum se pode impedir que, durante o prazo de publicidade do edital, as pessoas interessadas se preparem, se ajustem e se adaptem para atender aos requisitos de participação. Não é permitido fixar requisitos que devam estar atendidos antes ou no momento da publicação do edital. Este ato só tem como finalidade propiciar a venda de informação privilegiada.¹⁸

A capacidade técnica e a financeira exigirão maiores ou menores requisitos, conforme o objeto em questão. O edital determinará, no caso concreto, quais os requisitos que deverão ser atendidos, proibidas as condições impertinentes, inúteis e desnecessárias.¹⁹

O art. 40, inciso VI, da Lei de Licitações, que define a

¹⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 111.

¹⁹ *Ibid.*, p. 114.

estrutura do edital, estabelece as condições para participação do certame e as remete para os artigos 27 a 31 da mesma Lei. Estes, por sua vez, apontam a documentação que poderá ser exigida para a habilitação.

O entendimento doutrinário é unânime em admitir que as exigências postas são de caráter exemplificativo e que esse rol variará de acordo com a complexidade do objeto. Vale frisar que o entendimento não poderia ser outro, pois senão estariam violando as balizas da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, desdobramentos dos princípios da isonomia e da legalidade. Note-se, então, que o juízo de discricionariedade deve estar na proporção exata entre a exigência adequada e o resultado pelo qual a licitação propugna. É a correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a diferenciação conseqüente.²⁰

A exigência legal do art. 40, inciso VI, da Lei n. 8.666/93 é o limite máximo do que se poderá pedir. A documentação adequada a cada certame é juízo que cabe ao Administrador do certame definir, de acordo com a relevância, a complexidade e o valor do objeto. Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que não há sequer possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade.²¹

O objetivo da comprovação da idoneidade é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para fazê-lo. Não deve haver rigidez excessiva.²² Contudo, o descumprimento das regras sobre as condições de participação dos proponentes resulta na exclusão do licitante por ausência de condições em de licitar.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 38.

²² DALLARI, 1992, p. 115.

4.4 DELIMITAÇÃO DAS PROPOSTAS

A proposta é um documento que se limita a aceitar as condições do edital, indicando um preço para executar determinada obra, serviço ou compra. A proposta comercial tem que esgotar todas as questões econômico-financeiras do futuro contrato.

Para que as propostas se conformem com os termos exigidos, a doutrina definiu alguns requisitos que devem ser observados. Marcelo Caetano²³ aponta três requisitos para as propostas: que sejam sérias, firmes e concretas; Dallari²⁴ acrescenta mais um: ajustadas às condições do edital.

Proposta séria é aquela feita com intenção de ser mantida, podendo a Administração exigir uma garantia tal como caução em dinheiro, títulos da dívida pública ou fidejussória, fiança bancária e seguro-garantia. A proposta não pode ser alterada após a sua apresentação, e nem pode conter cláusula que altere automaticamente suas condições. Propostas que atentem contra a seriedade são consideradas inexeqüíveis, podendo derivar de aspectos técnicos ou de preço vil. A Administração não pode compactuar e meter-se em contratações aventureiras. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵: "O que não é sério por parte do licitante não pode converter-se em sério por ato da Administração [...]".

Além disso, a proposta deve ser firme, sem quaisquer reservas ou condições. Como a proposta não pode ser alterada depois da sua apresentação, também não pode conter cláusula restritiva, resolutiva ou excepcional,²⁶ que a altere automaticamente. Contudo, caso a proposta esteja vinculada a algum evento ou

²³ apud BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 62.

²⁴ DALLARI, 1992, p. 131.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 67.

²⁶ DALLARI, op. cit., p. 129.

circunstância alheia ao definido no edital, acarretará a desclassificação do licitante.

Destarte, a proposta concreta é aquela que oferece todos elementos bem definidos. O seu conteúdo está determinado nela mesma, não fazendo remissões a ofertas de terceiros. A determinação do preço é um fator de concreção da proposta. Por exemplo, não pode conter preço indeterminado, como "vinte por cento abaixo do melhor preço ofertado ou preço mais baixo de todos". Nesses casos, o ofertante não especifica o real conteúdo, ficando sempre em dependência de outra proposta.

Por fim, a proposta deverá estar ajustada às condições do edital. Esse requisito é óbvio e de fácil verificação, pois a proposta cinge-se às exigências da convocação, decorrência dos princípios do instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Na análise da proposta, a Administração não deve fazer qualquer suposição do conteúdo, pois não é dado ao administrador presumir algo. Por isso, as propostas devem evitar a obscuridade, a imprecisão técnica e a terminológica, e devem não permitir interpretação subjetiva para quem as analisa.

4.5 CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

A Lei n. 8.666/93, no seu art. 40, VII, prevê entre os requisitos legais do edital, que constem em seu texto os critérios para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos. O conceito de critérios de julgamento deve ser construído de forma sistemática e pela interpretação conjugada de dispositivos constitucionais e legais.²⁷

Os critérios definidos no ato convocatório servirão de parâmetro para a classificação das propostas. Esses critérios predefinidos têm a função de garantir aos proponentes e, também,

²⁷ JUSTEN FILHO, 1994, p. 243.

aos administrados, regras objetivas que indicarão o vencedor do certame.

O art. 40, VII, da Lei de Licitação, estabeleceu tão-somente que os critérios para a classificação devem constar do edital, sob pena deste ser impugnado; no entanto não aduzem quais seriam esses critérios. Apesar de o texto legal não dispor, em nenhum momento, que o edital deve conter o tipo de licitação, especifica que a convocação deve indicar obrigatoriamente o critério de julgamento.

Abrem-se parênteses para fazer a distinção entre tipos de licitação, critérios e fatores de julgamento. Diversos doutrinadores tratam dessas categorias sem nenhuma preocupação terminológica.

O problema da confusão terminológica decorre do Decreto-Lei n. 2.300/86, antigo Estatuto das Licitações, que tratava os termos, tipos e fatores com a distinção correta. Contudo, a nova Lei dispôs, no art. 45, *caput*, que o julgamento se pautará "[...] em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos". O legislador ordinário perdeu a ocasião para suplantar tal impropriedade.

Os tipos de licitação a que se refere a Lei não significam nada isoladamente. Esclarecem os autores Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino²⁸ que:

Os tipos de licitação existentes na L. 8.666 são desabridamente, de fato, *critérios de julgamento*, e nada além disso. Julga-se a licitação *pelo critério* da melhor técnica, ou *pelo critério* do menor preço, ou *pelo critério* da técnica e preço, é o que a Lei deveria ter determinado com clareza, e não mantido a denominação, inteiramente convencional e nada significativa só em si, de 'tipos'.

²⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 180.

'Critério' significa "[...] aquilo que serve de base para a comparação, julgamento ou apreciação"²⁹. É o modo, editado no ato convocatório, pelo qual se combinam todos os fatores de julgamento para eleger a proposta mais vantajosa. O fator é a célula do critério, sua menor partícula. São exemplos de fatores: garantia, durabilidade, rendimento, qualidade, assistência técnica, produtividade, resistência, suporte de serviços, prazos de entrega e outros. Todavia, critérios são apenas os discriminados no art. 45 da Lei como tipos de licitação.

O texto legal e a boa técnica de confecção do edital impõem que conste desse instrumento um quadro sinóptico expressando o tipo de licitação. O administrador detém um juízo discricionário para optar, no caso concreto e de modo objetivo, pelos fatores que atinjam melhor a finalidade do certame. Quanto mais detalhados os critérios, tanto mais objetiva será a classificação.

Deve-se evitar o emprego dos critérios (no caso fatores) qualitativos, em razão do juízo de subjetividade que permeará a apreciação. Os elementos objetivos são a regra para classificação da proposta. Pode-se optar por uma equação que atribua pesos a cada elemento e depois efetue a média ponderada,³⁰ classificando em ordem decrescente.

Nessa fase de classificação, resta ordenar as propostas que proporcionem as melhores vantagens para a Administração. Descabe introduzir, entre os fatores para a classificação, qualidades que sejam dos licitantes e não das propostas. "O que já foi ajuizado para fins de habilitação do ofertante não pode ser reintroduzido depois e avaliado para efeito de classificação [...]".³¹

Os critérios de julgamento definidos pela Administração deverão ater-se aos definidos na Lei n. 8.666/93, art. 45, § 1º, a

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1988. (Ed. Folha de São Paulo), p. 188.

³⁰ DALLARI, 1992, p. 138.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 69.

saber: menor preço, melhor técnica, técnica e preço. Além desses, há o tipo de maior lance exclusivo para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, que não será objeto do presente estudo, pois é critério distinto e afeto apenas à modalidade de leilão.

A Lei de Licitação adotou como regra do procedimento o critério menor preço, art. 45, § 1º, I, enquanto os outros tipos têm sua utilização condicionada a determinados contratos e dependentes de autorizações especiais. No caso de o edital não indicar expressamente qual o tipo de licitação ou o fator de julgamento, deve-se presumir que o critério de julgamento é o de menor preço, pois é aquele que traz uma objetividade implícita.³²

Esse critério deve ser sopesado com todos os outros fatores que tenham repercussão econômica, pois é desse confronto que se extrai o menor preço efetivamente.

A Administração deve preferir o preço mais justo ao menor valor nominal, pois somente aquele terá correspondência à qualidade daquilo que se está ofertando, evitando transtornos e prejuízos que fatalmente advirão de propostas inexeqüíveis. Se houver diferença de qualidade ou durabilidade, por exemplo, e esses forem importantes, pode ocorrer que o mais barato se torne o mais caro. O tipo menor preço pode estar contido na oferta numericamente maior.

Daí que se a legislação só admitir classificação com base no melhor preço ou menor preço, parece-nos que só por isso não estão fechadas portas a uma interpretação que implique [...] prestigiar a oferta que proponha valor efetivamente, e não apenas nominalmente menor [...].³³

Apesar da interpretação extensiva que se pode extrair da expressão menor preço, a Lei n. 8.666/93 não dá margem à outra

³² DALLARI, 1992, p. 143.

³³ BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 70.

interpretação senão à literal do menor valor nominal. O critério do menor preço é o mais objetivo, mas nem sempre é o mais econômico e o mais vantajoso, entretanto é a única possibilidade legal.

Outro critério é o de melhor qualidade, invocado quando o objeto exige que esse seja realçado e tomado como decisivo para fins de classificação. Nesse tipo de licitação, o preço não é o elemento principal, mas sim a qualidade.

No edital, em caso de melhor técnica, deve constar o limite máximo pelo qual a Administração se propõe a pagar, conforme art. 46, § 1º, da Lei n. 8.666/93. A melhor técnica pressupõe um valor preestabelecido e pautas que levem à aferição objetiva, todos definidos no instrumento convocatório.

O julgamento das propostas, quando a licitação é do tipo melhor técnica, torna-se menos objetivo, pois os fatores permitem um juízo maior de discricionariedade. Em razão disso, a escolha da melhor proposta será sempre justificada à autoridade competente.

O critério de melhor qualidade encerra um teor de subjetivismo que, se não for delimitado pelo ato convocatório, pode acarretar nulidade do procedimento. Os critérios precisam ficar bem claros, aferíveis, não podem depender de apreciação subjetiva, devem ser explicados e justificados.

Nos casos em que a objetividade não pode ser absoluta, aritmética, a subjetividade será mitigada,³⁴ pois julgamento baseado totalmente em critério subjetivo é arbítrio do Administrador. O valor atribuído a cada exigência técnica deve ser coerente com a importância dessa para a consecução da finalidade da licitação, propiciando que os licitantes cheguem com segurança à mesma conclusão do que quer a Administração.³⁵

³⁴ DALLARI, 1992, p. 144.

³⁵ BLANCHET, 1994, p. 95.

No edital, as pautas a serem consideradas devem estar as mais explícitas possíveis, proporcionando aos proponentes segurança no que e como propor. A falta dessas pautas vicia o ato de convocação. Convém quantificar os fatores pela atribuição de pontos ou pesos atribuídos aos diversos itens. Quando se trata da aferição qualitativa de um procedimento licitatório, muitas vezes o administrador do certame não detém a técnica exigida para a confecção do edital; para tanto se devem buscar laudos e pareceres técnicos que auxiliem na proposição dos melhores fatores. Frisa-se que:

[...] as condições técnicas inaceitáveis são somente aquelas que incontrovertidamente inviabilizarão ou comprometerão o atendimento das exigências do pressuposto fático, e jamais aquelas que o agente da Administração quer ou pensa que sejam tecnicamente inadmissíveis. O agente em tal caso deve, evidentemente, ter formação técnica compatível com a área de conhecimento técnico envolvido [...] necessário que seus conhecimentos sejam suficientes e eficazes para cumprir a tarefa, [...], se ele errar, ainda que por imperícia, sem qualquer intenção portanto, deve ter a sua responsabilidade apurada. [...]. Por mais complexos e especializados que sejam os aspectos extrajurídicos relevantes para a elaboração do edital, os profissionais responsáveis jamais poderão agir como se tais conhecimentos fossem 'esotéricos' e não aferíveis objetivamente.³⁶

O critério melhor técnica se justifica pelo fato de a Administração necessitar de qualidade na consecução dos serviços que são, principalmente, de natureza intelectual e submeter o licitante ao que ela se dispõe a pagar.

Por último, no critério de julgamento, aprecia-se a conjugação do preço e da técnica. O preço e a qualidade são apreciados separadamente, atribuindo uma ponderação a cada um

³⁶ BLANCHET, 1994, p. 93-4.

deles. Fixa-se certa pontuação, com nota mínima para a parte técnica, a ser atingida pelas propostas.

Nesse primeiro momento, exclui-se toda proposta com nota inferior ao patamar exigido, não se considerando os preços.

Após análise do critério técnica, classificar-se-á a proposta pelo critério preço. Só serão apreciadas as propostas que alcançarem a nota mínima. O contraste de preço indicará a proposta mais vantajosa. Os aspectos técnicos são eliminatórios no julgamento, enquanto o preço irá classificar.

O instrumento convocatório deverá dispor sobre o sistema de pontuação que se adotará na fase de julgamento, sob pena de invalidação do edital. Embora os critérios preço e técnica sejam avaliados em momentos distintos, o dispositivo legal conjugou-os como um só tipo de licitação.

Por conseguinte, faz-se necessário salientar o critério de desempate adotado pelo preceito legal, art. 45, § 2º, da Lei de Licitação, o sorteio, que não se confunde com critério de julgamento. O empate é resultado verdadeiramente improvável, mas, quando venha a ocorrer, deve ser resolvido de maneira absolutamente imparcial.

A situação sob exame provém da impossibilidade de se resolver o equilíbrio pelos critérios que foram exauridos, restando somente o sorteio como via isonômica para dirimir o empate. Esse momento constitui simples fase de julgamento e não pode ser dissociável. O desempate é procedimento que cabe à comissão realizar antes da homologação do resultado pela autoridade competente.

5 CONCLUSÃO

A licitação pública tem em mira dois objetivos, sem os quais não atinge o fim público: selecionar a proposta mais vantajosa aos

entes públicos e garantir a igualdade de condições entre os interessados em participar da competição.

O procedimento licitatório desenvolve-se em duas etapas: uma interna, em que se fazem os estudos preliminares para viabilizar o certame; e outra externa, que se inicia com a publicação do ato convocatório.

A publicação do edital, na íntegra ou em extrato, visa a comunicar à população o certame e definir as regras dessa competição. O conteúdo do edital deve conter uma descrição sucinta e clara acerca do objeto. As especificações são aquelas necessárias ao certame, sem as quais os proponentes não conseguiriam identificar o artigo licitado. Especificações demasiadas singularizam o objeto, frustrando o caráter competitivo da licitação.

O edital também deve circunscrever os requisitos de idoneidade dos proponentes. A CF/88 no art. 37, XXI, estabelece que as exigências de qualificação técnica e econômica só podem ser aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A verificação de idoneidade cinge-se à pessoa física ou jurídica e não à proposta. A comprovação de condições jurídicas, de qualificação técnica e econômico-financeira e de regularidade fiscal visa a resguardar o cumprimento das obrigações assumidas pelos particulares.

Assim, o edital bem redigido, com a descrição minuciosa de todos os elementos necessários e indispensáveis ao procedimento licitatório, segundo os preceitos legais, evita controvérsias nas fases subseqüentes e, principalmente, resguarda o interesse público de um possível desvio de finalidade do certame. Poder-se-ia resumir a importância do instrumento convocatório em só uma frase: *O edital é a viga mestra da licitação.*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Da licitação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1978, p. 70.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Licitação: o edital à luz da nova lei*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. São Paulo: Nova Fronteira, 1988. (Ed. Folha de São Paulo).

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes – Biblioteca de Estudos de Direito Administrativo – 9*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Comentários à reforma administrativa Federal*. São Paulo: Saraiva, 1975.

ASSISTÊNCIA JUDICIAL E ADVOCACIA PRIVADA

Felipe Marcelo Gimenez*

*Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul.

Considera-se necessitado aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 2º da Lei n. 1060/50, Lei de Assistência Judiciária). A assistência judiciária compreende taxas, emolumentos, despesas de divulgação, indenização à testemunha, honorários de advogado e perito (art. 3º da LAJ). Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo, até decisão final, em todas as instâncias (art. 9º da LAJ).

A Constituição Federal prescreve que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (5º, LXXIV, da CF). Mediante esse arcabouço, ao argumento de que a assistência deve ser integral, tem-se atribuído ao Estado responsabilidade quanto a toda e qualquer despesa processual. Há um princípio de integralidade na assistência judiciária, construído pelo sistema normativo e assentado no judiciário. Tal princípio de integralidade na assistência judiciária está posto como parâmetro de medida para responsabilidade do Estado, havendo então de ser útil também para aferir a condição de hipossuficiente alegada pelo pretendente à assistência judiciária.

O elemento determinante da hipossuficiência, expresso no texto legal, é a situação econômica tornada em obstáculo à satisfação do custo da demanda, mediante o importe relativo ao sustento próprio. Relevante é notar que o *status* social do indivíduo não é determinante para aferir a condição de hipossuficiente, pois esta é antes um estado econômico, ocorrente no momento em que é declarada essa circunstância, e tal natureza temporal foi levada à hipótese pelo legislador, quando elegeu no art. 12 da LAJ o lapso de cinco anos, para apurar-se a reabilitação econômica do assistido.

O estado econômico tem a qualidade de ser exato na sua extensão. O pretendente à assistência judiciária está

hipossuficiente ou não-hipossuficiente. A hipossuficiência econômica não é um estado patológico onde algumas faculdades debilitam-se e outras permanecem operativas. Trata-se de forma delimitada da possibilidade de arcar com despesas pecuniárias que desbordam do sustento próprio ou familiar.

Não está posto na norma que o indivíduo pode escolher ao seu alvitre qual despesa gostaria de assumir e que outras lhe parecem melhor atribuir a título de assistência judiciária. A lei não elege o hipossuficiente como gerenciador dos recursos públicos despendidos na assistência ao dispor a faculdade de ser assistido.

Há patente contradição na afirmação de hipossuficiência, quando considerada a integralidade da assistência judiciária, bem como a natureza de exatidão do estado econômico, em face da escolha de vir a juízo com representação de advogado privado. Não é carecedor dos benefícios da assistência judiciária aquele que se permite dispensar os bons préstimos da Defensoria Pública representada na comarca. Abrir mão da competente advocacia pública, escolhendo contratar advogado privado demonstra capacidade em arcar com o custo processual.

Sendo os honorários advocatícios superiores em valor relativamente às custas, e isto se vislumbra muito justo, constata-se que pagar pelos serviços de advogado privado sinaliza a possibilidade de sustentar o ônus da demanda. Notadamente, onde é presente a Defensoria Pública e em face do que dispõe a Lei n. 8.906/94, em seu art. 22, § 2.º, o patrocínio gracioso não existe, bem fundado na exacerbada vida de labuta que leva o profissional do foro.

Por princípio, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, mesmo econômica, e a sociedade brasileira tem por fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Na eficácia desses mandamentos constitucionais, o indivíduo não pode ser impedido pelo custo na defesa de seus direitos. Com o fim de zelar por sua cidadania, está posta a assistência judiciária e todos seus instrumentos.

A assistência judiciária, entretanto, se explorada indevidamente, além de caracterizar o mau uso de recursos públicos, induz a irresponsabilização na demanda, desvirtuando-se a finalidade do instituto. Tal circunstância estimula as 'aventuras' no foro, visto que alguns apostam irresponsavelmente em juízo, diante da perspectiva de locupletar-se.

A lealdade e boa fé, indispensáveis em qualquer demanda, implicam que ambas as partes guardem respeito ao trabalho no pólo adverso, bem como pelos esforços à prestação jurisdicional, não se evadindo dos encargos da sucumbência por atalho na assistência judiciária. Ainda que seja pactuado o denominado 'contrato de risco' quanto ao patrocínio, essa álea não existe no foro. A prestação jurisdicional declara o direito que preexiste à demanda e a sentença não é sorteio, mas ciência jurídica.

Com efeito, a lealdade faz supor que o postulante adverso dá como fiança do custo processual a segurança do direito que alega. "Creio no que alego a ponto de colocar-me responsável pela eventual improcedência de minha certeza", diria o postulante de boa fé. Fiado nessa presunção de lealdade, seu adversário envidará os esforços de sua defesa. Não haveria a assistência judiciária de servir como desvio do ônus da sucumbência, em razão da insegurança na litigância instaurada. A hipossuficiência posta como requisito é de recursos econômicos, não de fundamentos do direito alegado.

O princípio do livre convencimento racional do magistrado, diante da declaração de hipossuficiência, persiste e é consonante com a previsão legal de que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária pela simples afirmação de que não está em condição de arcar com o custo do processo e os honorários do advogado (art. 4º da LAJ). Seria teratológico afirmar que a simples afirmação obriga o magistrado, vendando-lhe os olhos diante dos indícios de ser contraditória a declaração, em face do que se apresenta nos autos.

Tanto é possível a averiguação da procedência do pedido de assistência que no mesmo artigo, em que é tratada a afirmação de

pobreza, o § 2º institui o instrumento da impugnação do direito à assistência judiciária. O princípio do livre convencimento racional do magistrado, sustentado no art. 131 do CPC, permanece.

Vale notar que o deferimento do benefício não é decisão sujeita a agravo, dada a previsão de recurso próprio (art. 4º, § 2º, da LAJ). Acrescente-se que o agravo serve à apuração de decisão interlocutória e, de ordinário, o deferimento da assistência ocorre por meio de decisão lançada nos autos, antes de ser completada a relação processual, portanto não está entre os extremos da lide, visto que ainda não é formada a relação processual, não sendo, pois, uma lavra interlocutória.

Por fim, cabe ressaltar que a eventual sucumbência do hipossuficiente assistido não afasta a condenação no ônus pertinente, ficando apenas suspensa a exequibilidade de tal obrigação até que prove o interessado a reversão da condição econômica do sucumbente dentro do lapso previsto na lei (art. 12, da LAJ).



ICMS – INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Senise Freire Chacha Zeola*

Sumário: 1. Introdução; 2. O ICMS e a Extrafiscalidade; 3. O ICMS Ecológico – Conceitos e Finalidades; 4. ICMS Ecológico no Brasil – Experiências, 4.1. Estado do Paraná; 4.2. Estado de Minas Gerais; 4.3. Estado de Mato Grosso do Sul; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

*Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Civil- Área de Concentração: Direitos Difusos, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul em convênio com a Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância do ICMS Ecológico na proteção e conservação do meio ambiente, abordando o aspecto da extrafiscalidade do ICMS e experiências desenvolvidas nos Estados do Paraná e Minas Gerais, bem como a implementação no Estado de Mato Grosso do Sul.

2 O ICMS E A EXTRAFISCALIDADE

O ICMS é um tributo estadual, que representa grande parte da receita tributária dos Estados e constitui importante fonte de renda para os Municípios, conforme será abordado logo adiante, incidindo sobre a circulação mercadorias e alguns serviços.

Encontra-se disciplinado no art. 155, II, da Constituição Federal, que dispõe:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituírem impostos sobre: operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Quanto ao produto total da arrecadação do ICMS, os Estados dividem com os Municípios situados em seu território essa receita tributária, em razão do disposto no art. 158, IV, da Carta Magna, que fixa:

Art. 158 - Pertencem aos Municípios:

.....
 IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de

serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A forma pela qual será realizado esse repasse, do Estado para os Municípios, está inserida no parágrafo único do art. 158, incisos I e II, da CF/88, que assim determina:

Art. 158:

.....
Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

Como bem sabemos, os tributos são criados com a finalidade precípua de alimentar os cofres públicos, no sentido de que o Estado tenha meios imprescindíveis para cumprir os deveres que lhe são determinados pela Constituição e pelas leis, configurando-se, assim, a fiscalidade.

A tributação, entretanto, pode ter outras classificações. A esse respeito comenta o Professor Clélio Chiesal:

A tributação, dependendo dos fins colimados pelo legislador, pode ser classificada em fiscal, extrafiscal e parafiscal. Configurar-se-á o fenômeno da fiscalidade quando o tributo é instituído com a finalidade exclusiva de abastecer os cofres públicos. Isto é, quando o fim último pretendido pelo ente tributante é arrecadar,

¹ CHIESA, Clélio. *A competência tributária do estado brasileiro, desonerações nacionais e imunidades condicionadas*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 281-2.

auferir recursos para satisfazer as necessidades públicas. O tributo caracteriza-se como extrafiscal quando o que se pretende não é meramente arrecadar, mas se houver outros objetivos tidos como social, política ou economicamente importantes. Assim, a extrafiscalidade configurar-se-á sempre que o legislador manejar a ação de tributar com o propósito de alcançar determinado fim que não seja o de, exclusivamente arrecadar, levando dinheiro aos cofres públicos. [...]. Com efeito, consoante essa classificação, os incentivos fiscais, que são instrumentos manejados pelo legislador para, por meio da tributação, alcançar outros fins que não os meramente arrecadatários, configura o fenômeno conhecido como extrafiscalidade.

Buscamos o entendimento do Professor Carraza²:

[...] extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios (isto é, para disciplinar comportamento de virtuais contribuintes, induzindo-os a fazer ou deixar de fazer alguma coisa).

Em nosso País, essa função extrafiscal está inserida em alguns dispositivos da Constituição Federal/88, como no caso do IPI, em que a alíquota do imposto sobre a importação de certos produtos considerados não essenciais é elevada. Isso ocorre não com a intenção de aumentar a arrecadação, mas com a finalidade de desestimular o consumidor a adquirir tais produtos e incentivar na aquisição dos produtos similares nacionais.

Outro exemplo a ser citado é o caso do art. 153, § 4º, da CF/88, no qual está prevista a utilização do ITR com o fim de “desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”.

No caso específico do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, por suas peculiaridades em nosso sistema

² CARRAZA, Roque Antônio. *ICMS*. 8. Edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35/2001. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 315.

tributário, assinalava-se em modalidade de imposto de natureza quase que exclusivamente fiscal, entretanto a Carta Magna/88 prevê a possibilidade de que o mesmo seja seletivo, “em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” (art. 155, § 2º, III), significando, assim, que o mencionado imposto adquiriu características extrafiscais.

Nesse mesmo sentido, assevera Carraza³:

O antigo ICM era uniforme, vale dizer, tinha as mesmas alíquotas, para todas as mercadorias. Só podia, pois, ser utilizado como instrumento de fiscalidade, carreando dinheiro aos cofres públicos, para que o Estado pudesse fazer frente às suas necessidades básicas. O atual ICMS, pelo contrário, deve ser instrumento de extrafiscalidade, porquanto, a teor do art. 155, § 2º, III, da CF, “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”.

Quanto à seletividade em função da essencialidade das mercadorias e serviços, explica o mesmo autor:

Com isso, pode e deve ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações ou prestações havidas úteis ou convenientes para o País e, em contra-nota, onerando outras que não atendam tão de perto ao interesse nacional. É por isso, aliás, que, em algumas operações com produtos supérfluos, a alíquota aplicada é de 25% (o valor da operação) e, em outras, com produtos essenciais, as alíquotas baixam para 18%, 17% e, até, 12% e 9%. (p. 315)

Assim, alguns Estados estão ampliando as características extrafiscais do ICMS, implantando por força de lei estadual o ICMS Ecológico ou Ambiental, que consiste em parcela resultante da divisão da receita do mencionado imposto, destinando-se aos

³ CARRAZA, 2002, p. 314-5.

Municípios um valor redistribuído proporcional ao seu compromisso ambiental.

A seguir, serão abordados os aspectos jurídicos do ICMS Ecológico, as importâncias advindas com o seu nascimento, os critérios utilizados para o repasse do ICMS dos Estados para os Municípios, os resultados das experiências praticadas pelos Estados do Paraná e Minas Gerais e os benefícios adquiridos em prol da conservação e preservação da natureza, bem como da coletividade e acerca da implantação do mencionado imposto no Estado de Mato Grosso do Sul.

3 O ICMS ECOLÓGICO – CONCEITOS E FINALIDADES

A atual Carta Magna, no seu art. 225, *caput*, estabelece que:

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

O direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa um notável e indiscutível avanço social, político e jurídico, principalmente em razão de estar assentado em sede de Constituição Federal, que dedica um capítulo ao meio ambiente, além de inúmeras referências explícitas e implícitas.

Da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento humano, conhecida como ECO-92, realizada no Rio de Janeiro em 1992, resultou-se uma agenda de trabalho para o século XXI.

A Resolução n. 44/228 da Assembléia Geral da ONU, a Agenda 21, consiste num programa de ações para o qual contribuiu governos e instituições da sociedade civil de 179 países, oportunidade em que se concluiu pela necessidade de recursos

novos e adicionais para suprir a demanda financeira das atividades ambientais.

As multas oriundas das infrações ambientais pouco valem quando revertem para utilização na área, haja vista que as infrações acarretam danos muitas vezes já irreparáveis. Os recursos federais esporádicos e a cooperação internacional mostram-se insuficientes e mal distribuídos.

Na esfera interna dos países signatários de acordos internacionais, incluindo os que subscreveram a Agenda 21, dentre eles o nosso Estado Federativo, há urgente necessidade de os Estados e Municípios implementarem normas legais locais e programas de desenvolvimento sustentável para assim garantir a efetividade da política ambiental.

A enorme carga tributária que incide sobre o povo brasileiro impede que se cogite a criação de novos impostos ou aumento a alíquota dos já existentes. Dessa forma, redistribuir o imposto existente de forma adequada, punindo quem danifica e incentivando quem protege a natureza, é uma das opções que tem se transformado em importante modelo.

Dentre os tributos já existentes, o ICMS, previsto genericamente no art. 155, II, da Constituição Federal, de competência estadual ou distrital, é objeto de grande importância nas receitas estaduais e até municipais, conforme afirmado anteriormente.

A Constituição Federal determina que, da arrecadação do ICMS, 75% sejam destinados ao Estado para a sua manutenção e investimentos, e 25% sejam distribuídos aos Municípios (CF, art. 158, IV). O parágrafo único do art. 158, inciso IV, estabelece que "até 25% do ICMS da parte que pertencer aos Municípios será distribuído de acordo com lei estadual", ou seja, até $\frac{1}{4}$ dos 25% pode pela lei ser rateado aos Municípios que investem no meio ambiente, de acordo com a legislação estadual pertinente.

Os Estados têm autonomia para determinar os critérios de distribuição da fração deste imposto.

Além do caráter tradicional da tributação, que visa à arrecadação de recursos financeiros para o custeio da administração, a extrafiscalidade apresenta-se com fins diversos da captação de recursos nestes moldes. Dessa forma, o tributo apresenta-se, em se tratando de proteção ambiental, sob dois aspectos: o primeiro objetiva propiciar a captação de recursos para o Estado agir, quando se está diante da tributação fiscal; o segundo aspecto almeja a utilização do tributo como instrumento para estimular condutas não-poluidoras e desestimular as degradadoras, situação configuradora da tributação extrafiscal.

Na realidade, o ICMS Ecológico não se trata de um novo tributo, apenas introduz um novo conceito de redistribuição.

Em caráter nitidamente extrafiscal, alguns Estados brasileiros já implantaram, por força de lei estadual, o ICMS Ecológico ou Ambiental, que consiste em parcela resultante da divisão do referido imposto, destinando-se aos Municípios um valor redistribuído proporcional ao seu compromisso ambiental. Os Municípios que investem em projetos ambientais recebem da arrecadação total do ICMS a eles destinada de 0,5% a 5%, conforme legislação estadual.

Além da conservação e preservação da natureza, são apoiados programas de educação ambiental, ações de saneamento, bem como a coleta e o tratamento de resíduo economicamente viável. Ademais, esse mecanismo tributário pretende tornar-se compensação financeira para restrições de uso, para aqueles Municípios que têm em seu território características de preservação rigorosa, como unidades de conservação, ou que abrigam mananciais ou reservatórios de água.

As experiências com o ICMS Ecológico têm demonstrado que se trata de uma medida positiva, principalmente em relação à conscientização sobre a conservação ambiental. Os Municípios já conseguem perceber as unidades de conservação como uma

oportunidade de gerar renda, não como um empecilho ao desenvolvimento. A perspectiva de ampliar a receita advinda do ICMS Ecológico estimula os Municípios a investir na conservação.

Na realidade:

[...] não se trata de uma nova modalidade de tributo ou uma espécie de ICMS, parecendo mesmo que a denominação é imprópria a identificar o seu verdadeiro significado, de vez que não há qualquer vinculação do fato gerador do ICMS a atividades de cunho ambiental. Da mesma forma, como não poderia deixar de ser, não há vinculação específica da receita do tributo para financiar atividades ambientais.

Não obstante, a expressão já popularizada ICMS ECOLÓGICO está a indicar uma maior destinação de parcela do ICMS aos Municípios em razão de sua adequação a níveis legalmente estabelecidos de preservação ambiental e de melhorias de qualidade de vida, observados os limites constitucionais de distribuição de receitas tributárias e os critérios técnicos definidos em lei.⁴

Dessa forma, o ICMS Ecológico foi instituído com finalidades estabelecidas de acordo com as prioridades de cada Estado da Federação em nível ambiental e até mesmo social, estimulando os Municípios a adotarem mecanismos de incentivo à recuperação e à preservação ambiental, tais como: criação e manutenção de unidades de conservação; recompensa aos Municípios que possuem áreas protegidas em seu território e que, dessa forma, estão impedidos de destinar a área para atividades produtivas tradicionais, que poderiam gerar uma maior arrecadação e conseqüente participação na repartição do ICMS; ações de saneamento básico; manutenção de mananciais de abastecimento público de água; apoio às comunidades indígenas, enfim todas as

⁴ PERES, Edérson. *ICMS Ecológico: aspectos pontuais - legislação comparada*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2328>>. Acesso em: 25/02/2002.

ações voltadas para a melhoria de qualidade de vida que promovam o equilíbrio ecológico e o desenvolvimento sustentável.

4 ICMS ECOLÓGICO NO BRASIL – EXPERIÊNCIAS

4.1 ESTADO DO PARANÁ

É necessário comentar que ICMS Ecológico surgiu no Brasil, pioneiramente no Paraná, em 1991,

[...] a partir da aliança do poder público estadual e de Municípios, mediatizado pela Assembléia Legislativa do Estado. Os Municípios sentiam suas economias combatidas pela restrição de uso causada pela necessidade de cuidar dos mananciais de abastecimento para Municípios vizinhos e pela existência de unidades de conservação, enquanto o poder público estadual sentia a necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública. Nascido sob a égide da 'compensação', o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se ao longo do tempo também em instrumento de incentivo, direto e indireto à conservação ambiental, hoje o que mais o caracteriza.⁵

A Constituição do Estado do Paraná-PR, em seu art. 132, parágrafo único, determina tratamento especial na distribuição da quota-parte do ICMS aos Municípios com unidades de conservação, ou que sejam diretamente influenciados por elas ou com mananciais de abastecimento público.

O art. 132 foi regulamentado através da Lei Complementar n. 59/91, de 1º/10/91, conhecida como Lei do ICMS Ecológico, seguida do Decreto Executivo 974/91, que disciplina que 5% do percentual a que os Municípios teriam direito ao rateio do ICMS

⁵ LOUREIRO, Wilson. *O ICMS biológico na biodiversidade*. Disponível em: <[http://www.unicen.com.br/universoverde/Trabalhos Cientificos/trabWilson.htm](http://www.unicen.com.br/universoverde/Trabalhos_Cientificos/trabWilson.htm)>. Acesso em 16/10/01, p. 2.

fossem destinados com base nos seguintes critérios: 50% aos Municípios com unidade de conservação ambiental e 50% aos Municípios que abrigam mananciais de abastecimento. Os Municípios podem ser duplamente beneficiados se contarem, em seus territórios, com os dois fatores (unidade de conservação e manancial), somando-se os índices. No caso de sobreposições, deverá valer o índice que gere maior benefício.

Extraídos os 5% constitucionalmente assegurado ao critério ambiental, pela existência de mananciais de abastecimento e unidades de conservação, o restante é destinado aos demais itens estabelecidos, conforme Lei Estadual n. 9.491/90 e Lei Complementar n. 59/91, visando à compensação financeira, sendo: Valor Adicional Fiscal (VAF) – 80%; produção agropecuária – 8%; número de habitantes – 6%; número de propriedades rurais – 2%; área territorial – 2%; e parcela igualitária – 2%.

A participação do Município no ICMS, por unidades de conservação, considerava-se inicialmente um coeficiente de restrição territorial, relação entre a área da unidade de conservação no Município e a área do Município, ponderada por um fator de conservação, conforme a categoria de manejo. Em seguida, o percentual de participação resultava da relação entre a soma dos índices das unidades situadas no Município e a soma dos índices das unidades situadas em todos os Municípios.

A partir do Decreto n. 2.791/96, que estabelece os critérios de alocação de recursos a que alude o art. 5º da Lei Complementar n. 59, de 1º/10/91, relativos a mananciais destinados a abastecimento público e unidades de conservação, o método evoluiu para coeficiente de conservação da biodiversidade: além das variáveis quantitativas, associadas basicamente à superfície da unidade de conservação, passa a ser computado o seu nível de qualidade, incluindo, dentre outras variáveis: qualidades físicas, biológicas (fauna e flora); dos recursos hídricos da unidade e seu entorno; do planejamento, implementação e manutenção; articulação com a comunidade e ações do Município.

O nível de qualidade pode aumentar, manter-se ou diminuir,

implicando o aumento, manutenção ou redução do percentual de participação do Município. No caso da existência de ações que afetem negativamente as unidades de conservação, impedindo ou ameaçando a reprodução dos ecossistemas representados ou a qualidade da água dos mananciais de abastecimento, exclui o crédito do ICMS, até que cessem as causas e os danos sejam reparados.

O Município que não cuidar do seu patrimônio natural com responsabilidade e seriedade pode perder os benefícios. Somente a cidade que respeita a natureza e o bem-estar de sua comunidade é que recebe o repasse do ICMS Ecológico.

Os parâmetros, portanto, foram aperfeiçoados, numa tentativa de assegurar não apenas a existência do manancial ou da unidade de conservação, mas o seu uso adequado e a constante melhoria nos seus padrões ambientais.

As Unidades de Conservação devem ser cadastradas junto ao Instituto Ambiental do Paraná (IAP), sendo consideradas as unidades públicas ou privadas, de âmbitos federal, estadual ou municipal, esta última a requerimento do Município.

Para os Municípios fazerem *jus* à parcela de receita tributária, alguns critérios são considerados para efeito de cálculo, de acordo com a Portaria n. 134/97 do Instituto Ambiental do Paraná, que estabelece a pontuação para o cálculo do ICMS Ecológico, a seguir discriminado, conforme Categoria de Manejo e Fator de Conservação⁶: Estações Ecológicas (entre 0,8 e 1,0); Reservas Biológicas (entre 0,8 e 1,0); Parques (entre 0,7 e 0,9); Florestas Nacionais, Estaduais ou Municipais (0,64); Área de Relevante Interesse Ecológico (0,66); Área de Proteção Ambiental (0,08); Área de Terras Indígenas (0,45); e Áreas Especiais de uso regulamentado (0,30).

⁶ CAMPOS, Léo Pompeu de Rezende. *ICMS ecológico: experiências nos Estados do Paraná, São Paulo, Minas Gerais e alternativas na Amazônia*. Mensagem recebida por senise@pge.ms.gov.br em 20 fev. 2002, p. 6.

Em cada caso, a inclusão no cadastro estadual e conseqüente benefício do ICMS depende de prévia avaliação e classificação da área pelo IAP. As unidades de conservação de todos os níveis devem ser avaliadas, sob os aspectos qualitativos e quantitativos, a cada ano, sendo que novas Unidades de Conservação podem surgir e devem ser registradas junto ao Cadastro Estadual de Unidades de Conservação.

Outro critério adotado no Paraná para o ICMS Ecológico decorre das restrições ao uso do solo em função dos mananciais, superficiais ou subterrâneos, de abastecimento público para sedes urbanas de Municípios vizinhos. Nesse caso, o Município pode receber crédito do ICMS, conforme índices que correlacionam sua área na bacia do manancial, vazão captada, vazão mínima e a variação da qualidade da água.

A administração do ICMS Ecológico compreende instâncias gerenciais e técnicas internas ao IAP, inclusive colegiado de gestão e comitê técnico. Projeto de auditoria técnica anual acha-se em implementação, com participações de profissionais do IAP e membros de outras entidades públicas e organizações civis.

Em termos de resultados, pode-se assinalar, no relatório da coordenação executiva, após seis anos de andamento do programa, a contribuição do ICMS Ecológico, sob os seguintes aspectos:

Além de resultados indiretos, mas de significativa importância tais como: o aprimoramento institucional do IAP, a democratização do debate sobre as unidades de conservação, a justiça fiscal para conservação, a construção dos corredores da biodiversidade, geração de trabalho e renda e possibilidade da reprodução em outros Estados, os resultados mais significativos e contundentes, dizem respeito ao aumento da superfície de áreas protegidas e evolução da quantidade da gestão das unidades de conservação.⁷

⁷ CAMPOS, 2002, p. 9.

O número de Municípios paranaenses beneficiados pelo ICMS Ecológico cresceu de 112 em 1992, para 192 em 1998, ou seja, 48,12% dos Municípios do Estado. Muitos desses Municípios contêm espaços especialmente protegidos e dependem significativamente do ICMS Ecológico.

O ICMS Ecológico apóia, também, as populações indígenas, além de fomentar a participação do setor privado na conservação da biodiversidade e as comunidades faxinais, existentes na região centro-sul do Paraná, que vivem sob um modelo de produção comum, há mais de um século.

4.2 ESTADO DE MINAS GERAIS

O Estado de Minas Gerais aproveitou o estímulo representado pela proposta do ICMS Ecológico e, além da inclusão de critérios ambientais, fez uma reforma nos demais critérios de distribuição do ICMS, acrescentando outras variáveis, como as relacionadas com educação, saúde, áreas cultivadas, número de habitantes por Município, 50 Municípios mais populosos, receita própria, etc.

A Lei Estadual n. 12.040, de 28/12/95, apelidada como "Lei Robin Hood", favorece os Municípios de menor porte e mais pobres com aumentos expressivos na quota-parte do ICMS. Procura atenuar os graves desequilíbrios regionais, através de uma distribuição socialmente mais justa, e incentivar o investimento em áreas prioritárias como educação, saúde, agricultura, patrimônio cultural e preservação do meio ambiente.

A Lei Estadual acima mencionada foi revogada pela Lei n. 13.803, de 28/12/2000, que estabelece 13 critérios diferenciados para o rateio dos recursos do ICMS pertencentes aos Municípios, elencados no art. 1º, incisos I a XIII, quais sejam: Valor Adicional Fiscal (VAF); área geográfica, população; população dos 50 Municípios populosos; matrículas na rede municipal de ensino – educação; produção de alimentos; índices do Município em preservação do patrimônio cultural; índices do Município obtidos

pelos cuidados com o meio ambiente através de unidades de conservação e tratamentos de lixo e esgoto; investimentos por habitantes na saúde – gastos com saúde; esforço na geração de recurso próprio; cota mínima – distribuída em igual valor para todos os Municípios; Municípios mineradores; compensação financeira por emancipação de Município – Mateus Leme; e compensação financeira por emancipação de Município Mesquita.

O critério meio ambiente é dividido em dois subcritérios de pesos iguais: a) 50%: destinados ao saneamento ambiental; b) 50%: distribuídos para os Municípios que possuem em seus limites Unidades de Conservação cadastradas e definidas por instrumentos legais (Instituto Estadual de Florestas).

O objetivo do critério unidades de conservação é compensar os Municípios que possuem porções de seu território comprometidas com a unidade de conservação que implicam restrições de uso do solo, e incentivar a criação, implantação e manutenção das unidades de conservação pelos próprios Municípios, contribuindo para descentralizar e consolidar a política de proteção de ecossistemas naturais.

O sistema abrange áreas protegidas, públicas ou privadas, de âmbito federal, estadual e municipal, cadastradas junto à Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), após avaliação técnica pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF). O cadastramento de unidades municipais deve ser requerido pelo Município.

As categorias de manejo e fator de conservação são as seguintes⁸: Estação Ecológica (1); Reserva Biológica (1); Parque (0,9); Reserva Particular do Patrimônio Natural (0,9); Floresta Nacional, Estadual ou Municipal (0,7); Área Indígena (0,5); Área de Proteção Ambiental (-); Zona de Vida Silvestre (1); Demais Zonas

⁸ CAMPOS, 2002, p. 67.

(0,1); Área de Proteção Ambiental II, federal ou estadual* (0,025); Área de Proteção Especial** (0,1).***

O sistema é semelhante ao adotado na experiência inicial do Estado do Paraná. Para cada unidade de conservação cadastrada é calculado o índice de restrição territorial no Município: relação entre a área da unidade e a superfície do Município, ponderada pelo fator de conservação, relacionado à categoria de manejo da unidade. O índice de participação, por Município, resulta da relação percentual entre somatório dos índices das unidades nele situadas e o somatório dos índices das unidades situadas em todo o Estado.

A partir de 1997, a atualização dos dados e índices dos Municípios habilitados, segundo os critérios ambientais, passou a ser trimestral, de acordo com a Lei Estadual n. 12.428, de 29/12/96, sendo que esse critério continua mantido através da Lei n. 13.803, de 27 de dezembro de 2000, consoante disposto em seu art. 1º, inciso VIII, alínea "c", contribuindo dessa forma na agilização da compensação aos Municípios.

ICMS Ecológico, por unidades de conservação, distribuiu R\$ 7.063 milhões em 1999. No primeiro ano, 1996, foram beneficiados 98 Municípios, 14% dos Municípios do Estado. Naquele ano, foram consideradas unidades federais e estaduais, existentes em 1995, previamente cadastradas pelo órgão ambiental estadual e que viabilizaram a distribuição dos recursos por número expressivo de Municípios com restrita atividade econômica.

A partir de 1996, as unidades de conservação municipais passaram a ser cadastradas. Em 1999, o número de Municípios

*APA I: dispõe de zoneamento ecológico-econômico; APA II não dispõe de zoneamento.

**APE: declarada com base nos arts. 13, inciso I, e 14 da Lei federal n.º 6.766, de 19/12/79, para proteção de mananciais ou do patrimônio paisagístico e arqueológico

***Obs.: Outras categorias de manejo definidas em lei e declaradas pelo Poder Público Estadual com respectivo fator de conservação.

beneficiados cresceu para 197, representando 28% das municipalidades mineiras.⁹

Entre os anos de 1996 a 1999 (setembro), as superfícies de áreas protegidas institucionalizadas em Minas Gerais foram ampliadas em 1 milhão de hectare, cerca de 90% de acréscimo, em realce às unidades de conservação estadual que – em 1995 – perfazia 322.155 ha, – em 1999 – 1.152.292 ha, tendo uma evolução de 257,68%; e as unidades de conservação municipal que – em 1995 – correspondia a 6.887 ha, passaram – em 1999 – para 126.448 hectares, que corresponde a 1.736% em hectare.¹⁰

O incremento verificado no período resultou, em especial, da criação de parques e APAs no nível estadual e de APAs no nível municipal.

Para se habilitar a receber o ICMS Ecológico Marrom, referente ao Saneamento Ambiental, os Municípios devem atender a pelo menos um dos seguintes requisitos: possuir sistema de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos urbanos – lixo, que atenda a pelo menos 70% da população urbana do Município, com operação licenciada pelo Conselho Estadual de Política Ambiental (COPAM); ou possuir sistema de tratamento de esgotos sanitários que atenda a pelo menos 50% da população urbana do Município, com operação licenciada pelo COPAM.

A parcela destinada aos Municípios cadastrados no ICMS Ecológico, por saneamento ambiental, é de 50% do total dos recursos a serem repassados sob o critério Meio Ambiente. O valor máximo anual destinado ao Município não poderá ultrapassar o valor do investimento realizado na implantação do sistema de tratamento de esgotos sanitários ou disposição final do lixo. A estimativa deste investimento é determinada considerando a população atendida

⁹ CAMPOS, 2002, *passim*.

¹⁰ Cadastro de unidades de conservação – Resoluções n. 3, de 27/12/95, e n. 39, de 30/12/99, da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD).

pelo sistema de saneamento cadastrado e o custo médio *per capita*, fixado pelo COPAM, de implantação de aterro sanitário, unidade de reciclagem e compostagem de lixo ou de estação de tratamento de esgotos sanitários.¹¹

Conforme dados colhidos pela Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais¹², a partir de janeiro de 1998, seis Municípios mineiros beneficiaram-se dos R\$ 7 milhões correspondentes ao ICMS Ecológico anual, destinados a cidades que tenham licença de operação ambiental para sistemas de disposição final de lixo e esgoto.

Esses Municípios fizeram investimentos para implantar sistemas de disposição final de lixo, através de aterros sanitários e/ou unidades de compostagem, atendendo a mais de 3 milhões de habitantes, o que corresponde a 1/5 da população urbana do Estado. Estima-se que, com exceção de Belo Horizonte, esses Municípios tiveram seus investimentos integralmente repostos pelo ICMS Ecológico já no primeiro ano, ou seja, em 1998.

Até dezembro de 1999, dezesseis Municípios já haviam se habilitado ao repasse de ICMS, por saneamento ambiental, recebendo, durante aquele ano, valores de R\$ 38.000,00 a R\$ 1.200.000,00.¹³

Além do benefício ambiental e econômico, outro retorno importante do ICMS Ecológico Marrom, relativo ao saneamento ambiental, foi despertar a atenção dos administradores locais e provocar suas iniciativas em relação à necessidade de investir na implantação e manutenção de sistemas de saneamento.

Na viabilização dos sistemas de saneamento ambiental, o

¹¹ CAMPOS, 2002, *passim*.

¹² RIBEIRO, Maurício A.; LOPES, Ana Lúcia B.; RODRIGUES, Ludimila A. Banco de experiências - ICMS ecológico-MS. Disponível em: <www.unilivre.org.br/centro/experiencias/140.html>. Acesso em: 26 fev. 2002, p. 4.

¹³ CAMPOS, *op. cit.*, p. 67.

ICMS Ecológico vem representando, para o administrador municipal, uma nova fonte complementar de recursos, somada às fontes convencionais de financiamento. A receita extra do imposto acima citado contribui para financiar a amortização do investimento e a própria operação do sistema.

Os Municípios que desenvolveram atividades na área ambiental tiveram aumentado em sua receita anual mais de 200%.¹⁴

Tais projetos, beneficiando atividades comunitárias, geram trabalho e renda, enquanto garantem um elementar direito de todos, o do uso e desfrute de um meio ambiente saudável, urbano ou rural. Exemplo freqüente desse progresso é a instalação de projetos de reciclagem de lixo, o que se torna modelo quando os lixões existentes nas periferias das cidades passam por coleta seletiva, extraindo-se-lhe subprodutos de valor econômico, com a absorção da mesma mão-de-obra que atua informalmente naquelas áreas.

Implantadas a baixo custo, essas instalações de tratamento, simples e engenhosas, são auto-sustentáveis e revertem em renda quando dali passa a sair material reciclado, metais, plásticos, e, sobretudo, adubo natural, rico em matéria orgânica. O benefício alcançado vai desde a atuação na defesa sanitária da qualidade do ar e da água, até a composição urbana e paisagística. Um outro programa que vem obtendo êxito é o da implantação de sistemas de esgoto com utilização do antigo conceito da fossa séptica, resolvendo, com grande economia, complexas questões urbanas.

A Resolução n. 103, de 28 de março de 2002, publicada no "Minas Gerais", na mesma data, divulga a relação de Municípios habilitados, os índices de Conservação e de Saneamento Ambiental que compõem o índice de Meio Ambiente, relativos aos dados apurados no 4º trimestre de 2001, para fins de cálculo e distribuição do ICMS, sendo habilitados para receber o ICMS marrom 39

¹⁴ CAVALCANTI, Hélio Gurgel. *ICMS Ambiental*. Disponível em: <<http://www.trelex.com.br/resenha/gurgel/icms.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2002.

Municípios, e 239 Municípios habilitados para receber o ICMS do subcritério Unidades de Conservação.

Esses resultados mostram que a lei estimula os Municípios a criarem ou ampliarem suas áreas naturais protegidas, e colabora também com os que limpam o ambiente, solucionando problemas relacionados ao saneamento básico e à disposição final de lixo, sejam eles Municípios de grande ou pequeno porte, ricos ou pobres, e contribuindo para reduzir a pressão demográfica sobre as grandes cidades, mostrando, assim, que as soluções ambientalmente saudáveis são um objetivo prioritário do governo, a ser alcançado com a participação de todos os responsáveis, em busca de uma qualidade de vida saudável.

4.3 ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

O ICMS Ecológico, em nosso Estado, encontra-se em fase de implementação. O seu êxito dependerá de diversos fatores que serão abordados com mais atenção adiante. Primeiramente, será elaborado um breve histórico desse imposto no âmbito interno, quais os critérios que serão levados em consideração para distribuição aos Municípios, perspectivas e sugestões para o seu aprimoramento.

A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, em seu art. 153, inciso II, e parágrafo único, inciso II, que trata da Repartição das Receitas Tributárias, expressa:

Art. 153 - Pertencem aos Municípios:

.....
 II – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único – As parcelas de receita pertencentes

aos Municípios mencionados no inciso II serão creditadas:

.....
 II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual.

Posteriormente, foi editada a Lei Complementar n. 057, de 4 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a regulamentação do art. 153, parágrafo único, II, da Constituição do Estado.

A mencionada lei estabeleceu como critério de repasse da parcela da receita, pertencente aos Municípios, prevista no art. 153, parágrafo único, II, da Constituição Estadual, para os exercícios posteriores a 1992, o seguinte: a) 75%, de acordo com os índices apurados com base no valor relacionado de cada Município; b) 12%, conforme índice resultante do rateio desse percentual, igualmente, entre todos os Municípios; c) 5%, de acordo com o índice apurado com base na área de cada Município, segundo dados fornecidos pelo IBGE; d) 5%, conforme índice apurado com base no número de eleitores de cada Município no dia 30 de junho de cada exercício, de acordo com certidão fornecida pelo TRE; e) 3%, de acordo com o índice resultante do percentual da receita própria de cada Município, a ser fornecido pelo TCE com base no balanço do ano imediatamente anterior.

Com a Lei Complementar n. 077, de 7 de dezembro de 1994, ocorreu modificação do art. 1º, inciso III, “b”, da Lei Complementar n. 57, de 4 de janeiro de 1991, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.º

III - ...

b) sete por cento conforme índice resultante do rateio desse percentual, igualmente, entre todos os Municípios.

Em sentido prático, significa que esse artigo modificou parcela da receita do mencionado imposto para os exercícios posteriores a 1992, reduzindo a percentagem do critério igualitário

de 12% para 7%, criando o critério ambiental com 5%. Essa mesma lei disciplina, ainda, através da alínea “f”, de que forma os 5% deverão ser rateados.

Dessa forma, assim ficou a redação do art. 2º da referida lei:

Art. 2º - Acrescenta-se, no mesmo art. 1º, III, a alínea “f”, com a seguinte redação:

f) cinco por cento, na forma da Lei, para rateio entre os Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de preservação ambiental, assim entendidas as estações ecológicas, parques, reservas florestais, florestas, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, de propriedade pública ou que sejam diretamente influenciado por elas, ou aqueles com mananciais de abastecimento público.

Apesar de a lei estar em vigor desde 1994, somente a partir de 1999, iniciou-se, portanto, pelo governo estadual a operacionalização e regulamentação do ICMS Ecológico. O marco inicial deu-se através da Lei Estadual n. 2.193, de 18 de dezembro de 2000, que dispõe sobre o ICMS Ecológico, na forma do art. 1º, III, “f”, da Lei Complementar n. 57, de 4 de janeiro de 1991, com redação dada pela Lei Complementar n. 77, de 7 de dezembro de 1994, e dá outras providências.

Em 10 de julho de 2001, publicou-se a Lei Estadual n. 2.259, de 9 de julho de 2001, no Diário Oficial n.º 5.546, p. 6, que “dispõe sobre o rateio do índice de 5% (cinco por cento) previsto no art. 1º, III, “f”, da Lei Complementar n. 57, de 4 de janeiro de 1991, com redação dada pela Lei Complementar n. 77, de 7 de dezembro de 1994, e dá outras providências”, determinando que observadas as disposições da Lei Estadual n. 2.193, de 19/12/2000, será rateado de forma sucessiva e progressiva, de acordo com os seguintes índices:

Art. 1º - [...].

I – 2% (dois por cento) para o exercício financeiro de 2002;

II – 3,5% (três e meio por cento) para o exercício financeiro de 2003;

III – 5% (cinco por cento) para o exercício financeiro de 2004.

Art. 2º - Os índices referidos no artigo anterior poderão sofrer alteração, desde que ocorram modificações na qualidade das áreas protegidas registradas no Cadastro Estadual do Sistema de Unidades de Conservação durante o exercício civil, mediante procedimento administrativo adequado.

Desse modo, serão rateados de forma sucessiva e progressiva os índices fixados, entre os anos de 2002 a 2005, aos Municípios que abriguem em seus territórios unidades de conservação ou que sejam diretamente influenciados por elas ou aqueles com mananciais de abastecimento e populações indígenas. A lei faz uma ressalva no sentido de que os índices poderão sofrer alterações, desde que ocorram modificações na qualidade das áreas protegidas, devidamente registradas no cadastro estadual do sistema de unidades de conservação, durante o exercício civil, através de procedimento administrativo adotado pelo Instituto de Meio Ambiente Pantanal (IMAP).

Posteriormente, editou-se o Decreto n. 10.478, de 31 de agosto de 2001, que estabelece métodos para o rateio da parcela de receita de ICMS pertencente aos Municípios, prevista no art. 1º, III, "f", da Lei Complementar n. 57, de 4 de janeiro de 1991, com redação dada pela Lei Complementar n. 77, de 7 de dezembro de 1994, e dá outras providências. Algumas breves considerações serão feitas a respeito do referido Decreto.

As Unidades de Conservação devem ser cadastradas junto ao Cadastro do Sistema Estadual Unidade de Conservação (CEUC), que será mantido e gerenciado pelo Instituto uma vez por ano (art. 2º, *caput*). O método de definição do percentual devido a cada Município será expresso e calculado em conformidade com as fórmulas discriminadas no art. 3º, §§ 1º ao 5º.

O percentual relativo a cada Município, calculado na forma

do artigo acima mencionado, será publicado no Diário Oficial do Estado por ato do Secretário de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo, sendo comunicado ao Secretário de Estado de Receita e Controle, para sua implantação pelo menos cinco dias úteis antes da publicação do índice-síntese que compõe o rateio dos recursos do ICMS (art. 4.º).

Nesse sentido, vale informar que, em 10 de outubro de 2001, publicou-se no Diário Oficial n. 5.611, p. 13, a Resolução expedida pelo Secretário de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo (SEMACT/MS) n. 11, de 9 de outubro de 2001, em cumprimento às determinações inseridas na Lei Complementar Estadual n. 077/94 e Leis Estaduais n. 2.193/2000 e 2.259/2001, contendo os índices ambientais definitivos por unidade de conservação dos Municípios de Mato Grosso do Sul, de acordo com os cálculos efetuados pelo IMAP, tendo como base os dados inseridos no Anexo I da mencionada Resolução, que discrimina as áreas/unidades de conservação/terras indígenas/Município (hectare); área do Município (hectare); Fator de Conservação (FC); Peso (P); e Coeficiente de Conservação por Biodiversidade (CCB).

E, ainda, nesse sentido, em 5 de novembro de 2001, foi publicada no Diário Oficial n. 5.626, de 5 de novembro de 2001, p. 3-6, a Resolução/SERC n. 1.542, de 1º de novembro de 2001, expedida pelo Secretário de Estado de Receita e Controle, que divulga os valores adicionados das operações e prestações realizadas no exercício de 2000, bem como os respectivos índices definitivos, para os efeitos da participação dos Municípios na arrecadação do ICMS, incluindo o índice ecológico.

O Programa Estadual do ICMS Ecológico, instrumento para consolidação do Sistema Estadual de Unidades de Conservação e da estratégia estadual para conservação da biodiversidade, tem como objetivos primordiais: o aumento da superfície de áreas protegidas; a melhoria da qualidade da sua conservação e a justiça fiscal; e a implantação de um Programa de apoio às ações dos Municípios para a conservação da biodiversidade (art. 7.º).

O critério fundamental para avaliação de qualidade das

unidades de conservação são as ações empreendidas pelos Municípios contemplados em relação à melhoria da conservação, independente do âmbito de gestão da área, sendo essencial a edição de legislação municipal para regular a matéria, uma vez que sua operacionalização poderá ser consubstanciada em termos de compromissos firmados pelo Município (art. 11).

O monitoramento financeiro e a co-gestão dos projetos desenvolvidos pelos Municípios que recebem recursos do ICMS Ecológico poderão ser efetuados através dos Conselhos Municipais do Meio Ambiente ou colegiados similares organizados, devendo, também, seus relatórios serem considerados nas avaliações e reavaliações das unidades de conservação que beneficiem o respectivo Município (art. 12).

E, finalmente, recomenda uma campanha solidária entre o Instituto de Meio Ambiente Pantanal, a Secretaria de Estado de Receita e Controle e a Agência Pública de Comunicação da Secretaria de Estado de Governo, com a finalidade de popularizar a Lei do ICMS Ecológico e normas afins, objetivando o engajamento da sociedade sul-mato-grossense no incremento da arrecadação do ICMS, em especial ações que visem à construção da cidadania, especialmente com educação às crianças, almejando informar a comunidade sobre a importância do ICMS na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos (art. 13, *caput*, e parágrafo único).

Para os Municípios fazerem *jus* à parcela de receita tributária, alguns critérios são considerados para efeito de cálculo, de acordo com a Portaria do Instituto de Meio Ambiente Pantanal n. 001/2001, de 03/09/2001, que:

Regula os procedimentos administrativos para organização do Cadastro do Sistema Estadual de Unidades de Conservação, a operacionalização dos cálculos e a gestão e a democratização das informações do Programa Estadual do ICMS Ecológico e dá outras providências.

Consideram-se Categorias de Manejo: democratização de

informações; educação ambiental; regulamentação; ecoturismo e ações similares; produção de baixo impacto; pesquisa, estudos e geração de conhecimento.

O art. 4.º esclarece que qualquer unidade de conservação ou área especialmente protegida, para habilitar-se ao registro no CEUC, deverá ser alvo de requerimento ao IMAP, por parte do poder público municipal, instrumentalizado, necessitando ser anexados os documentos técnicos e jurídicos relacionados no referido artigo.

No procedimento de cálculo e classificação das unidades de conservação, leva-se em conta a caracterização física como porções de área com características físicas satisfatórias e insatisfatórias; área em processo de recuperação; sobreposição entre unidades de conservação e Peso Ponderado das unidades de conservação.

O Anexo I da Portaria n. 001/2001 do Instituto do Meio Ambiente - Pantanal descreve os pontos de vista técnico e legal das categorias de manejo de unidades de conservação e outras áreas especialmente protegidas, previstas na Lei Estadual n. 2.193/2000 e Decreto-Regulamentador n. 10.478/2001.

O Anexo II da Portaria n. 001/2001 do Instituto de Meio Ambiente Pantanal estabelece os fatores de conservação das categorias de manejo de unidades de conservação e outras áreas especialmente protegidas, que são as seguintes: Reserva Biológica (1,0); Estação Ecológica (1,0); Parques (0,9); Monumentos Naturais (0,9); Refúgios de Vida Silvestre (0,9); Reservas de Recursos Naturais (0,8); Reserva Particular do Patrimônio Natural (0,7); Florestas (0,6); Reservas de Fauna (0,6); Áreas de Terras Indígenas (0,45); Reserva Extrativista (0,40); Rios Cênicos (0,24); Áreas de Relevante Interesse Ecológico-ARIEs (0,08); Áreas de Proteção Ambiental (0,05); Reservas de Desenvolvimento Sustentável (0,05); e Estradas Cênicas (0,08).¹⁵

¹⁵ Diário Oficial n. 5.585, de 03 de setembro de 2001, p. 11.

Conclui-se que o sistema do ICMS Ecológico no Estado de Mato Grosso do Sul é semelhante ao adotado no Estado do Paraná, pelos seguintes motivos: contempla os Municípios que abrigam em seu território unidades de conservação e áreas que sejam por elas diretamente influenciadas, as áreas de terras indígenas e os mananciais de abastecimento público.

5 CONCLUSÃO

A humanidade somente sobreviverá se tratar com respeito e responsabilidade o meio ambiente; sua proteção é um dever a ser partilhado por todos. A água, o ar, as florestas e o solo, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural, são bens de propriedade coletiva, competindo ao poder público e à coletividade defendê-los e preservá-los para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, insere-se o ICMS Ecológico como instrumento de conservação e preservação do meio ambiente, que fomenta a atuação dos Municípios nas ações de saneamento básico; de manutenção de mananciais de abastecimento público de água; de apoio às comunidades indígenas; de sistema de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos urbanos (lixo); enfim todas as ações voltadas na melhoria de qualidade de vida que promovam o equilíbrio ecológico e o desenvolvimento sustentável; que de forma direta ou indireta geram rendas e colaboram com o progresso dos Municípios.

As experiências avaliadas neste trabalho, centradas nas ações desenvolvidas nos Estados do Paraná e Minas Gerais, e em fase de implantação no Estado de Mato Grosso do Sul, respeitando as suas particularidades, permitem afirmar que o ICMS Ecológico é um instrumento inovador utilizado na conservação e preservação ambiental, que traz resultados enobrecedores, seja no aumento da superfície de áreas protegidas; no tratamento ou disposição final dos resíduos sólidos urbanos; no sistema de tratamento ou esgoto sanitário ou na preservação dos mananciais.

Entendemos que as questões de saneamento básico e lixo

são problemas seriíssimos enfrentados em nosso Estado, conforme Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A ausência de saneamento básico em Mato Grosso do Sul é problema idêntico ao registrado nos demais Estados brasileiros, tratando-se, em verdade, de questão de relevância nacional. Segundo dados do órgão, 66% dos Municípios não têm sistema de tratamento de esgoto e recorrem a fossas sépticas e buracos comuns. Dos 77 Municípios sul-mato-grossenses, apenas 24 têm estação de tratamento de água e esgoto. Desses, apenas 19 fazem o processo de tratamento com o esgoto.¹⁶

Nosso Estado abriga belezas ímpares no cenário globalizado, tais como o Pantanal, dividido em quatro regiões hidrográficas, grutas, cavernas pré-históricas, e, ainda, rios de água cristalina da cidade de Bonito, em cujas extensões territoriais, na sua maioria, constata-se a ausência de saneamento básico, com diversos Municípios, através de seus habitantes, lançando esgoto *in natura*, comprometendo a qualidade da água que abastece as populações e, ainda, a ictiofauna, a irrigação, a saúde, o turismo e a economia, com reflexos na renda e emprego.

Quanto ao lixo, o diagnóstico de nosso Estado não é nem um pouco animador: a destinação final dos resíduos sólidos, na maioria dos Municípios, é realizada a céu aberto, com riscos de contaminação do lençol freático (rios, lagoas, lagos que servem de mananciais de abastecimento de água dos Municípios).

Os critérios de saneamento básico e reciclagem de lixo são fundamentais a uma política de proteção do meio ambiente e conservação dos recursos hídricos. Ademais, os Municípios, através do repasse financeiro do ICMS Ecológico, podem promover educação ambiental junto à população, convencendo-a da importância da separação e coleta seletiva dos resíduos sólidos e

¹⁶ IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento*. Disponível em: <http://www.ibge.net/home/estatística/população/condiçãodevida/pns.../esg_sanitario46.sht>. Acesso em: 18 abr. 2002.

correspondente reciclagem como forma de economizar recursos naturais e de maneira indireta colaborar para a geração de empregos.

As responsabilidades devem ser compartilhadas entre os órgãos governamentais e os cidadãos. Sabidamente, a ausência de conhecimento transforma povos em agentes negativos do meio ambiente e de decréscimo econômico, contribuindo para o aumento da miséria, desemprego e falta de qualidade de vida.

A educação é um dos instrumentos de defesa ambiental, na qual o ser humano assume plenitude de sua dignidade e resgata a cidadania. O que se pretende prestigiar não são iniciativas isoladas, mas medidas institucionais, sistemáticas, contínuas e que agregam a participação comunitária.

Destarte, além dos critérios mananciais de abastecimento, unidades de conservação e terras indígenas, que são critérios de importância indiscutível, deveriam ser inseridos o saneamento básico, reciclagem e educação ambiental, como modesta sugestão às iniciativas de criação do ICMS Ecológico, como parâmetro aos Estados que ainda pretendem implantá-lo, e aperfeiçoamento dos já existentes.

O ganho resultante da eficácia jurídica e social na implementação do ICMS Ecológico será observado e usufruído pela sociedade, inclusive pelas gerações vindouras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALANÇO ambiental. Gazeta Mercantil Interior de São Paulo – Caderno 4, Copyright@Gazeta Mercantil, 26 fev. 2002.

BERALDIN, Neivo. *ICMS ecológico - 8 anos de preservação ambiental no Paraná*. Disponível em: <www.neivoberaldin.com.br>. Acesso em: 16 dez. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988.

CAMPOS, João Batista (Org.). *Parque Nacional de Ilha Grande: re-conquista e desafios*. 2. ed. Maringá-PR: IAP – Instituto Ambiental do Paraná, 2001.

CAMPOS, Léo Pompeu de Rezende. *ICMS ecológico: experiências nos Estados do Paraná, São Paulo, Minas Gerais e alternativas na Amazônia*. Mensagem recebida por senise.@mp.ms.gov.br> em 20 fev. 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Código Tributário Nacional*. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

_____. *ICMS*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 35/2001. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAVALCANTI, Hélio Gurgel. *ICMS Ambiental*. Disponível em: <<http://www.trelex.com.br/resenha/gurgel/icms.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIESA, Clélio. *A competência tributária do Estado brasileiro, desonerações nacionais e imunidades condicionadas*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

IBGE. *Pesquisa Nacional de Saneamento*. Disponível em: <http://www.ibge.net/home/estatística/população/condiçãodevida/pns.../esg_sanitario46.sht>. Acesso em: 18 abr. 2002.

LOUREIRO, Wilson. *O ICMS biológico na biodiversidade*. Disponível em: <<http://www.unicen.com.br/universoverde/Trabalhos Científicos/trab Wilson.Htm>>. Acesso em 16 out. 2001.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e meio ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PERES, Edérson. *ICMS Ecológico: aspectos pontuais - legislação comparada*. Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2328>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

RIBEIRO, Maurício A.; LOPES, Ana Lúcia B.; RODRIGUES, Ludmila A. *Banco de experiências - ICMS ecológico-MS*. Disponível em:
www.unilivre.org.br/centro/experiências/140.html>. Acesso em: 26 fev. 2002.



CONCESSÃO DE LIMINARES NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Cristiane da Costa Carvalho*

Sumário: 1 Introdução; 2 Ação Civil Pública ou Ação Coletiva; 3 Limites à concessão de liminares em face da Fazenda Pública; 4 O pedido de suspensão de liminar; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

*Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul.

1 INTRODUÇÃO

A ação civil pública, objeto da Lei n. 7.347/85, prevê a concessão de liminares em ação cautelar (art. 4º) ou no bojo da ação principal (art. 12).

As liminares são medidas criadas, a fim de amenizar a demora na prestação jurisdicional e evitar que a morosidade do processo traga prejuízos irreparáveis aos litigantes.

A concessão da liminar visa a distribuir de modo justo o ônus do tempo e garantir que no futuro a parte vencedora obtenha efetivamente um resultado útil com o provimento jurisdicional.

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA OU AÇÃO COLETIVA

Tratar de liminares em ações coletivas é o mesmo que tratar de liminares em ação civil pública, afinal, os termos são sinônimos.

Ação civil pública é o mesmo que ação coletiva. O *nomem júris* se deve ao momento histórico em que foi instituída, quando o legislador pretendeu diferenciá-la da ação penal proposta pelo Ministério Público.

Alguns doutrinadores procuram definir ação civil pública como a ação coletiva proposta pelo Ministério Público e ação coletiva aquela proposta pelos demais legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85. Segundo Hugo Nigro Mazzili¹, se a ação que verse sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos estiver sendo proposta por qualquer outro legitimado,

¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 65.

que não o Ministério Público, “[...] mais correto denominá-la de ação coletiva”.

José Marcelo Menezes Vigliar² critica as duas nomenclaturas. Para o jurista,

Tanto ação civil pública como ação coletiva são expressões equivocadas. Esta, embora não seja a consagrada, deveria ser utilizada [...] porque revela o tipo de interesse que se está a pleitear a tutela jurisdicional.

A mencionada diferenciação, no entanto, é desnecessária. A ação civil pública é sinônima de ação coletiva, quer seja proposta pelo Ministério Público, quer seja proposta por outro co-legitimado. O nome ‘ação civil pública’ deve ser observado como referência à Lei n. 7.347/85 e à praxe forense.

3 LIMITES À CONCESSÃO DE LIMINARES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A norma do art. 12 da Lei n. 7.347/85, que autoriza a concessão de liminares, é cogente: caracterizados os pressupostos, é dever do juiz conceder a liminar. Segundo Bettina Rizzato Lara “[...] verificada a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni juris* [...] o juiz está obrigado a deferir a liminar. Ausentes os pressupostos, impõe-se o seu indeferimento”³.

No entanto, ao mesmo tempo em que a relevância de alguns direitos justifica a concessão das tutelas de urgência liminarmente ou em uma fase posterior do processo, a segurança jurídica das

² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis. *Lei de Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87.

³ LARA, Bettina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 186.

relações não pode ser comprometida, especialmente quando se litiga contra o poder público.

Desse modo, a Lei n. 8.437, de 30/06/1992, condicionou a apreciação da liminar, quando proposta a ação em desfavor de ente da Administração Pública, à prévia oitiva, no prazo de 72 horas, do representante da pessoa jurídica de direito público interessada.

Conquanto a condição supracitada seja legítima, o mesmo não se pode dizer quanto ao veto à concessão de liminares, como o inserido na Lei n. 9494/97.

Com efeito, decisões judiciais muitas vezes irresponsáveis, interferindo no poder discricionário da Administração Pública, com afronta ao princípio da independência dos poderes, motivaram a criação do veto à concessão de liminares nas ações em face da Fazenda Pública.

Como já foi dito, as liminares se destinam a compensar a demora da prestação jurisdicional em favor do autor que, aparentemente, num juízo de cognição sumária, tem razão.

Um fenômeno, contudo, tem alertado os operadores do direito: depois de conquistar a liminar, é o autor quem procura retardar a prestação jurisdicional, para obter seguro proveito da decisão interlocutória, o que se afigura especialmente preocupante quando a Fazenda Pública ocupa o pólo passivo e deve se submeter ao demorado trâmite dos recursos em nossos tribunais.

Nesse aspecto Galeno Lacerda⁴ assevera que "o legislador pode proibir a concessão de liminares em ações cautelares por interesse público, desde que não seja vedado o direito a ação principal, o que ofenderia a Constituição".

Contudo, apesar dos respeitáveis entendimentos contrários, muito coerentes, como o citado acima, e em que pese a segurança

⁴ LACERDA apud LARA, 1994, p. 75.

que a Lei n. 9.494/97 trouxe para os entes estatais, entendo que, juridicamente, não há como defender a constitucionalidade do veto à concessão de liminares.

Não pode o Legislativo e o Executivo, por meio de leis ou medidas provisórias, na maioria das vezes editadas sem *relevância* ou *urgência*, impor uma conduta ao Judiciário, sob pena de afrontar o princípio constitucional da independência dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

A solução para se evitar danos à Fazenda Pública, sem desprezitar os preceitos constitucionais, seria impor condições para a concessão de liminares quando um ente da Administração Pública ocupar o pólo passivo, a exemplo da obrigatoriedade de oitiva prévia, no prazo de 72 horas, e da prestação obrigatória de caução eficiente, descartados, evidentemente, como caução, os títulos de liquidez duvidosa, como cheques e notas promissórias.

Outrossim, a Fazenda Pública tem a seu dispor o 'pedido de suspensão de liminar', adiante explicitado.

4 O PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

O pedido de suspensão de liminar está previsto no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85, art. 4º da Lei n. 8.437/92, e art. 4º da Lei n. 4.348/64.

Lara⁵, quanto à previsão constante da ação civil pública, preleciona:

A lei 7.347/85 prevê em seu art. 12, §1º, a possibilidade de suspensão da liminar pelo Presidente do Tribunal a que couber o conhecimento do recurso, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

⁵ LARA, 1994, p. 187.

O texto deste artigo é praticamente igual ao art. 4º da Lei 4.348/64, que permite a suspensão da liminar em mandado de segurança. Desta semelhança resulta que o objetivo a ser alcançado em ambos os casos é o mesmo, ou seja, evitar que haja um grande transtorno ao andamento normal e necessário dos serviços públicos. A ordem pública, em geral, não pode ser afetada por uma medida liminar.

A suspensão dos efeitos da liminar, pelo Presidente do Tribunal de Justiça, dispensa a prévia oitiva da parte contrária ou do Ministério Público, afinal, a lei apenas confere uma faculdade de uso discricionário ao julgador. Além disso, o contraditório não é suprimido, apenas postergado, pois a parte terá oportunidade de intervir oportunamente no processo, inclusive com o direito assegurado ao recurso contra a medida suspensiva concedida sem sua participação, que no caso é o agravo regimental.

A liminar concedida pelo Presidente do Tribunal, em pedido de suspensão com base no art. 12 da Lei n. 7.347/85, deve fundamentar-se exclusivamente na verificação de que o ato praticado em primeiro grau de jurisdição pode ocasionar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

No âmbito desse tipo de providência jurisdicional a cognição é apenas sumária, menos aprofundada em sentido vertical, consoante a definição de Kazuo Watanabe⁶.

Saliente-se, por oportuno, que o pedido de suspensão de liminar não comporta nenhum outro tipo de discussão, especialmente sobre os aspectos processuais da decisão recorrida. Aliás, contra a mesma liminar concedida na primeira instância também cabe o recurso de agravo de instrumento, mas seus fundamentos são diversos.

É possível, portanto, que seja negado seguimento ou

⁶ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão concessiva da liminar, mas mantida a decisão do presidente do Tribunal no pedido de suspensão, pois este somente pode ser impugnado por recurso próprio, específico: o agravo regimental.

Assim, mesmo em caso de negativa de concessão da liminar no agravo de instrumento, subsiste a liminar concedida no pedido de suspensão.

Cumprе destacar que a apreciação do pedido de suspensão de liminar é sempre angustiante, pois o julgador se depara com dois legítimos interesses em conflito: de um lado, no pólo ativo da ação civil pública, uma parcela da coletividade; de outro, a Administração Pública, que também representa uma outra face do interesse público.

5 CONCLUSÃO

Nosso sistema processual deve ser concebido como apto a tutelar todos os direitos, inclusive os de índole meta-individual, garantindo amplo acesso à Justiça.

O instituto da ação civil pública garante maior abrangência na tutela dos direitos é o acesso coletivo à jurisdição, antes só permitido individualmente.

Entretanto, em virtude da repercussão da ação civil pública no meio social, impõe-se uma atuação responsável tanto dos legitimados ativos para sua propositura como dos julgadores, especialmente quando a Fazenda Pública ocupa o pólo passivo da ação, sob pena de ser desvirtuado esse instituto tão útil e importante para a coletividade.

A concessão de liminares nas ações coletivas propostas em face da Fazenda Pública deve estar condicionada a um exame minucioso dos interesses envolvidos: o do cidadão individualmente considerado e o do Estado, representante de toda a sociedade.

Assim, as restrições impostas àqueles que litigam contra a Fazenda Pública, no tocante à concessão das liminares, são justificadas pela natureza dos interesses tutelados: de um lado o indivíduo, do outro, a coletividade, representada pelo poder público.

Esses legítimos interesses – o do cidadão e o do Estado – estão constantemente em conflito, levando o aplicador do direito à árdua tarefa de decidir qual deve prevalecer no caso concreto.

Para solucionar essa controvérsia, o julgador deve ter em mente que mesmo em um 'Estado Democrático de Direito' os interesses dos indivíduos não podem ser tutelados, notadamente por meio de liminares, se comprometerem valores como ordem, segurança, saúde e economia públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 4. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil).

SUNDFELD, Carlos Ari. *et al. Direito Processual Público, a Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública ou ação coletiva?* In: MILARÉ, Edis. *Lei de Ação Civil Pública – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.



PARECERES

Parte II



PARECER PGE N. 022/2001

PAA N. 011/2001

Processo n. 15/000403/2001

Interessado: Secretaria de Estado de Receita e Controle.

Assunto: Regime especial em contratos de parceria pecuária com indígenas da Reserva Kadiwéu.

Ementa: O instituto do indigenato, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, veda qualquer atividade em reserva indígena que implique em posse para o não-índio. Contratos entre índios e particulares ou o estabelecimento de qualquer vínculo com o Estado, deve, de qualquer modo, respeitar a vontade do legislador constituinte.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Trata-se de consulta formulada pela antiga Secretaria de Fazenda, atualmente Secretaria de Estado de Receita e Controle, que encaminhou os presentes autos a esta Procuradoria-Geral do Estado, objetivando manifestação a respeito da possibilidade da concessão de regime especial a participantes de contrato de parceria pecuária domiciliados em área de reserva indígena.

Logo em seguida ao encaminhamento da consulta supramencionada, recebemos um segundo Processo de n. 15/403/2001, abrangendo análise das figuras contratuais de arrendamento rural e prestação de serviços, igualmente aplicadas aos índios da reserva Kadiwéu.

Nesse sentido, sabendo que todas as questões aventadas envolvem o instituto do indigenato, aplicado à reserva indígena da nação Kadiwéu, existente em território situado no Estado de Mato Grosso do Sul, e observando a conexão existente entre as consultas

formuladas em ambos os processos, determinamos o apensamento dos mesmos.

Assim, constam dos autos n. 03/073479/1999, os seguintes documentos:

- 1) Ofício da ACIRK (f. 02);
- 2) Parecer GATD n. 033/95 (f. 04/06);
- 3) Parecer GATD n. 034/95 (f. 07/11);
- 4) Ofício n. 315/GAB/ERA/CGR/MS da Fundação Nacional do Índio (f. 13);
- 5) Esquema de possibilidades em tese, para as inscrições nas parcerias pecuárias (f. 14/15);
- 6) Ofício n. 311/PRES da FUNAI (f. 16);
- 7) Contrato de parceria pecuária e de pastoreio Kadiwéu (f. 17/23);
- 8) Parecer/NMA à SAT (f. 24/27);
- 9) Despacho/SAT (f. 27);
- 10) Ofício ACIRK (f. 28);
- 11) Instrumento particular de contrato de prestação de serviços com transferência de técnicas ecológicas de pecuária (f. 29/31);
- 12) Autorização ACIRK (f. 32/33);
- 13) Despacho do Setor de Monitoramento da Agropecuária - SMA (f. 34).

Por outro lado, constam dos autos n. 15/000403/2001, os seguintes documentos:

- 1) Ofício do Setor de Monitoramento da Agropecuária (f. 02);
- 2) Instrumento particular de "contrato de prestação de serviços" com transferência de técnicas ecológicas de pecuária (f. 03/05);
- 3) Estudo jurídico de um contrato de "prestação de serviços" entre índios da nação kadiwéu e um pecuarista não-índio realizado por Roberto A. O. Santos (f. 06/28);
- 4) Resposta à consulta formulada por Alain Charles Edouard Moreau à Henry Advogados Associados (f. 29/34).

Como já assinalado, todo o questionamento que presentemente se coloca, diz respeito ao relacionamento entre índios e não-índios, dentro da reserva indígena, sob a forma de arrendamento, parceria pecuária e prestação de serviços, com possíveis variantes.

Por sua vez, a participação da Fazenda Estadual envolve a concessão ou não de regime especial aos contratantes e, por consequência, a inscrição de quem e sob que forma, para que possa emitir notas fiscais e Declaração Anual de Produtor (DAP).

Ainda, cabe observar que qualquer envolvimento do Estado em questão indígena, há de considerar o instituto constitucional do indigenato, abrangente de direitos indígenas, sob a tutela da FUNAI e do Ministério Público Federal (art. 129, incisos I, III e V, combinado com artigos 231/232 da Constituição Federal).

Passamos, pois, à análise do caso:

I DO INDIGENATO

O indigenato é consagrado pelos dispositivos constitucionais

sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas.

Assim, a relação entre os indígenas e suas terras não se regem pelas normas de Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 231 e parágrafos, assim dispõe:

Art. 231 São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[...]

§4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

[...]

§6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Dá-se, portanto, a posse imediata, não a título de propriedade, que cabe à União, mas posse de usufrutuário exclusivo das riquezas.

Para Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹, o reconhecimento do indigenato implica que:

Agricultura, pecuária, pastoreio, agroindústria, transportes ferroviários, etc. são atividades que passam a ser nessas terras de exclusiva exploração pelos indígenas, pois o legislador supremo faz questão de referir-se ao "exclusivo usufruto" de tais riquezas pelas populações indígenas a serem preservadas nos seus costumes pré-históricos.

Por sua vez, José Afonso da Silva², eminente constitucionalista e um dos primeiros a estudar o indigenato inserido na Constituição de 1988, bem elucida diversos questionamentos aventados nos processos já mencionados:

Posse Permanente

As considerações acima nos conduzem ao problema da posse permanente das terras habitadas pelos índios. A Constituição tem duas cláusulas sobre isso, referindo-se a terras habitadas permanentemente pelos índios e terras que se destinam à sua posse permanente (art. 231, §§ 1º e 2º).

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos estava na consciência do

¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 8, p. 1.053.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 820-1.

antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat* no sentido visto antes.

Essa idéia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundos os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional.

[...]

Usufruto exclusivo

Completa o conjunto de direitos dos índios, outorgado no art. 231 da Constituição, o reconhecimento de seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras que tradicionalmente ocupam. Aí está mais um elemento a afirmar a idéia, antes mencionada, de que a posse, no caso, não é simplesmente *ius possessionis*, mas também *ius possidendi*, ou seja, direito de possuir, porque posse imediata, não a título de propriedade (que cabe à União), mas posse imediata de usufrutuário exclusivo das riquezas referidas.

Esse usufruto é intransferível, lembra Pontes de Miranda, que acrescenta: "é pleno, compreende o uso e a fruição, quer se trate de minerais, de vegetais ou de animais".

Assim, por conseqüência, qualquer ato ou contrato que colida com os direitos acima explicitados será dado inarredavelmente como nulo.

Tal é o pacífico entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, donde colhemos a autorizada lição de José Cretella Junior³:

Nulidade dos atos de ocupação das terras indígenas

As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, bem dominicais da União, são destinados à posse – ou, melhor, ao domínio – dos silvícolas, dotadas, assim, de intangibilidade, motivo por que é nulo e extinto, não produzindo nenhum efeito jurídico, todo e qualquer ato cujo objetivo seja o de ocupação, de domínio e de posse dessas terras, e ainda é vedada a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos, nelas existentes, ressalvado o caso de relevante interesse público da União, titular do bem, conforme o art. 20, XI e segundo dispuser lei complementar, não gerando, desse modo, a nulidade e a extinção do ato, qualquer direito a indenização ou ao ajuizamento de ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias, realizadas por terceiros, derivadas de ocupação de boa-fé.

De fato, o usufruto de que se trata não é apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, implicando no uso e na fruição da coisa.

De nada resguarda o indigenato ter o índio apenas o poder de fato sobre suas terras, com o ânimo de possuí-las como própria.

Na verdade, o que interessa à Constituição é a obtenção da terra pelo índio, como *habitat*, no sentido de inteirar-se com ela, propiciando-lhe o desenvolvimento equilibrado.

Por isso, não é possível, segundo o § 4º supratranscrito, destinar tais terras a outro fim senão aquele relacionado à cultura indígena, o que caracteriza sua indisponibilidade.

³ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1998, v. 3, p. 4.569.

II DO ARRENDAMENTO

Trata-se de contrato muito utilizado neste Estado, cuja economia encontra-se fortemente lastreada na agricultura e pecuária, tendo sido costumeiro o seu uso, mesmo em se tratando de reserva indígena, em período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

É de se ressaltar que tal contrato, ainda que não escrito, mas apresentando características essenciais quanto à situação de fato, sempre será um contrato de arrendamento rural, não importando o nome que se lhe dê. Ocorre que, após a Constituição de 1988, tornou-se absolutamente inadmissível o arrendamento de terras sob a tutela do indigenato, sendo nulos ou tidos como inexistentes quaisquer direitos pretendidos sob tal contrato.

De fato, basta analisarmos a figura do arrendamento para chegarmos à óbvia conclusão da ilicitude de sua aplicação em terras indígenas:

CONCEITO DE ARRENDAMENTO RURAL,
SUBARRENDAMENTO, ARRENDADOR E
ARRENDATÁRIO E DISTINÇÃO ENTRE
ARRENDAMENTO E PARCEIRA.

O arrendamento e a parceria são contratos agrícolas que a lei reconhece para o fim de posse ou uso temporário da terra, entre o proprietário, quem detenha a posse ou tenha a livre administração de um imóvel rural, e aquele que nela exerce qualquer atividade agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista.

Todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966, que regulamenta diversas seções do Estatuto da Terra (I, II e III do Cap. IV) e também o Capítulo III da Lei n. 4.947, de 6 de abril de 1966 – estatuto normativo do direito agrário.

Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte

ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da lei.

Subarrendamento é o contrato pelo qual o arrendatário transfere a outrem, no todo ou em parte, os direitos e obrigações do seu contrato de arrendamento.

Chama-se arrendador o que cede o imóvel rural ou aluga; arrendatário, a pessoa ou o conjunto familiar, representado pelo seu chefe, que o recebe ou toma por aluguel. O arrendatário outorgante do subarrendamento será, para todos os efeitos, classificado como arrendador.

O arrendamento não deve ser confundido com a parceria rural. Parceria rural é contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; o/ou lhe entrega animais para cria, recria, internagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha de riscos de caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais. Denomina-se parceiro-outorgante o cedente, proprietário ou não, que entrega os bens; e parceiro-outorgado, a pessoa ou o conjunto familiar, representado pelo seu chefe, que os recebe (os bens) para os fins próprios das modalidades definidas na lei (arts. 4º e 5º do Dec. n. 59.566/66). Dá-se a parceria: I – agrícola; II – pecuária; III – agroindustrial; IV – extrativa; V – mista.⁴

⁴ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Agrário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25-6.

Assim, qualquer situação de fato que venha a se traduzir em arrendamento de terras indígenas é ilícita, revelando, mesmo, simulação, com conseqüências civis e penais.

III DA PARCERIA PECUÁRIA

A parceria pecuária (art. 1.416 do Código Civil) ocorre quando se entregam animais a alguém para pastorear, tratar e criar, mediante uma quota nos lucros produzidos. A partilha recai sobre as crias dos animais e seus produtos, como peles, crinas, lãs, leite, ossos, etc.

Silvio Rodrigues⁵, pertinentemente, observa que:

[...] enquanto na parceria agrícola um dos parceiros é dono do solo, bem imóvel, na parceria pecuária é ele dono dos animais semoventes. O parceiro-criador em princípio recebe apenas os animais que criará em pastos alugados, ou em próprios, ou até mesmo em pastos do parceiro-proprietário.

Sua função primordial, senão a única, é a de zelar pelo rebanho que recebe, criando e tratando as espécies novas e antigas. E por isto é que este contrato, na forma que lhe deu o Código Civil, em muito se aproxima da sociedade de capital e indústria. Com efeito, enquanto o parceiro-proprietário fornece o capital, representado pelo rebanho, o parceiro-criador em tese só fornece sua indústria.

Daí resulta que o prejuízo decorrente do caso fortuito é sofrido apenas pelo parceiro-proprietário, que é o dono da coisa (art. 1.419). Da mesma forma que, por força de sua condição de proprietário, cabe-lhe o proveito obtido dos animais mortos, pertencentes ao capital.

A lei, de resto determina que se apliquem a este

⁵ RODRIGUES, Silvio. *Código Civ., art. 1.423. Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 3. p. 361.

contrato as regras de sociedade, no que não estiver regulado por convenção das partes e, na falta, pelo disposto naquela seção.

No caso, a Associação das Comunidades Indígenas da Reserva Kadiwéu (**ACIRK**), através de seu presidente, realiza contratos de parceria pecuária com pecuaristas, individualmente ou, com a Associação dos Criadores do Vale do Aquidaban e Nabileque (**ACRIVAN**).

Ocorre que, ao que tudo indica, muitas vezes não se trata de verdadeira parceria, mas de arrendamento puro e simples.

Por outro lado, é sabido que na parceria pecuária há a possibilidade de circulação e venda do gado pelo parceiro-criador, uma vez que pode cadastrar-se como produtor rural e emitir notas fiscais de venda.

Sendo assim, os pecuaristas contratantes, temerosos da possibilidade da venda de seu gado pelos índios, buscaram uma solução mais conveniente.

É de se ressaltar que, sendo do interesse dos próprios índios a manutenção de contratos de parceria, como fonte de recursos, solicitaram estes, através da **ACIRK**, à Secretaria de Fazenda a outorga de inscrição especial aos envolvidos nos referidos contratos.

Desse modo, a Associação dos Criadores do Vale do Aquidaban e Nabileque (**ACRIVAN**) pretende a concessão de domicílio fiscal e sede do estabelecimento no mesmo endereço que do parceiro-outorgado, **ACIRK**, ou seja, dentro da reserva indígena.

Tal seria uma forma de controle da circulação e venda do gado, através da emissão de nota fiscal de produtor, seja conjuntamente, seja em nome exclusivo da **ACRIVAN**, o que, por óbvio, envolve a Fazenda Estadual ao conceder o regime especial ou autorização para emissão das referidas notas.

Assim, vem a consulente indagar à f. 34:

- 1) Pode ser liberada a inscrição estadual a produtores em terras indígenas?
- 2) Em caso positivo, qual o instrumento legal que deverá amparar a concessão de inscrição estadual (contrato, garantia, etc.)?

Apesar de todo o exposto, não custa lembrar Washington de Barros Monteiro⁶:

O parceiro-proprietário fornece os animais, que continuam de sua propriedade; o parceiro-tratador entra com o trabalho e com as despesas de custeio e tratamento, se outra coisa não estipular.

Constituem objeto de partilha as crias dos animais e os seus produtos.

Por tais razões, entendemos não ser possível tal liberação, porque se descaracterizaria o instituto da parceria, além de colidir frontalmente com o instituto do indigenato.

A ACRIVAN pretende a liberação de inscrição estadual dos produtores do referido Vale para estabelecimento de domicílio fiscal na própria reserva *Kadiwéu*.

Como já demonstramos acima, a parceria pecuária constitui-se de colaboração por ambos os parceiros, principalmente daquele que detém a área onde os animais vão ser tratados, posto que esses é que vão zelar pelo desenvolvimento do rebanho.

Permitir a inscrição pretendida seria dar azo ao não desenvolvimento laboral e cultural dos silvícolas, além de revelar-se uma ficção não autorizada pela legislação do regime especial.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - Direito das obrigações*. 2. parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

Estaria o Estado, através do reconhecimento do domicílio fiscal da **ACRIVAN** em terras indígenas, admitindo, ainda que somente para efeitos fiscais, a posse de tais terras à **ACRIVAN**, o que implicaria em enorme confusão.

Em que pesem os argumentos de ambas as associações que já acordaram entre si, opina esta Procuradoria pelo indeferimento da inscrição estadual em regime especial, conforme o requerido.

Por fim, as associações devem buscar entendimento no sentido de estabelecer-se a parceria pecuária nas terras da reserva, onde ambas as partes exercem funções específicas, o que beneficiaria muito qualquer dos contratantes.

Para tanto, faz-se necessário respeitar as características tanto do indigenato como da parceria pecuária, situação em que é possível exclusivamente ao índio, ser parceiro-criador dentro da reserva, com a conseqüente emissão de nota fiscal.

Outros meios legais podem e devem ser estudados por ambas as associações, visando a aperfeiçoar tal relacionamento econômico, de modo que se efetive a confiança mútua, com elementos garantidores para ambas as partes, desde que, como já dito, respeite-se as formas contratuais, os comandos legais e, por fim, a Constituição Federal.

IV DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Aventou-se, ainda, sobre a possibilidade da efetuação de contrato de prestação de serviços com transferência de técnicas ecológicas de pecuária, entre a **ACIRK** e uma particular (Processo 15/000403/2001).

Nesse sentido, após percuciente análise do instrumento contratual (f. 03/05), remetemo-nos ao parecer do eminente mestre Roberto A O. Santos (f. 06/28).

De fato, diante das claríssimas razões ali bem postas,

concordamos que não é possível efetivar-se "um contrato de prestação de serviços envolvendo utilização habitual de terras indígenas pelo contratado ou funcionários seus" (f. 27), revelando tal prática, tal e qual trazida aos autos, verdadeira simulação, o que acarreta desdobramentos civis e penais.

V DOS ÓRGÃOS DE TUTELA

Oportuno observar que o reconhecimento constitucional do indigenato implica igualmente na outorga de meios que assegurem a sua defesa e manutenção.

Esses meios se dão através de medidas várias, de ordem administrativa, penal e civil, efetivadas pelo Ministério Público Federal e a FUNAI, os quais possuem atribuição de tutela dos índios.

Assim, cabe ao MPF e às próprias organizações indígenas a defesa dos direitos relacionados aos indigenato (artigos. 129, V e 232 da CF) perante a Justiça Federal (art. 109, XI da CF).

Outrossim, igualmente cabe à FUNAI atribuições no âmbito do referido tema, com fulcro em sua Lei-Instituidora n. 5.371/67 e no Estatuto do Índio ou Lei-Federal n. 6.001/73, ambas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Como bem lançado no Parecer supramencionado, evidenciando-se a violação de direitos preditos, cabe aos órgãos em questão a tomada de providências (f. 22/27).

Recomenda-se, portanto, que qualquer acordo ou contrato efetuado entre as associações de que ora se trata, obtenha a anuência dos referidos órgãos, em exercício de controle preventivo, para somente após ser submetido à Fazenda Estadual para a análise que lhe compete, qual seja, o enquadramento em regime especial, concessão de registro, situação fiscal e recolhimento de ICMS.

Finalmente, recomenda-se, ainda, o encaminhamento de cópia integral destes autos ao Ministério Público Federal em Mato Grosso do Sul para que tome ciência e proceda às providências que entender cabíveis.

VI CONCLUSÃO

Todo o questionamento carreado aos autos evidencia a busca de uma composição jurídica de modo a legalizar um relacionamento econômico existente entre índios da reserva Kadiwéu e não-índios.

Sendo do interesse de ambas as partes, devem as mesmas, com a necessária anuência dos órgãos de tutela, encontrar um equilíbrio satisfatório na referida relação, através de formas jurídicas ou lícitas.

Entendemos, portanto, que somente após tal equacionamento cabe à Fazenda Estadual vir a se manifestar sobre matéria de sua competência.

Assim, por todo o exposto, concluímos que:

- 1) As formas contratuais de arrendamento e prestação de serviços não podem ser aplicadas em reserva indígena;
- 2) O indigenato, em qualquer hipótese, deve ser respeitado;
- 3) O contrato de parceria pecuária, caso efetivado com todas suas características essenciais, pode ser aplicado em reserva indígena, tendo-se os índios como parceiros-criadores;
- 4) As alternativas contratuais pactuadas devem previamente ser analisadas pela FUNAI e o MPF para, após, serem submetidas à Fazenda Estadual exclusivamente quanto a questões de âmbito fiscal;

- 5) Foge à competência desta Procuradoria a análise das conseqüências civis, penais ou administrativas dos atos e contratos já efetuados, devendo, entretanto, ser encaminhada cópia integral destes autos ao Ministério Público Federal para as providências que entender cabíveis.

Tal é o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, 7 de maio de 2001.

Marcos Costa Vianna Moog
Procurador do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 37-59.

Registre-se.

Encaminhe-se cópia integral destes autos ao Ministério Público Federal.

Devolva-se os processos ao órgão consulente.

Campo Grande, 15 de maio de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE N. 023/2001

PP N. 005/2001

Processo n. 15/000045/2001

Interessado: Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul

Ementa: Consulta sobre a legalidade do cancelamento de atos de averbação de tempo de serviço – impossibilidade.

Averbação de tempo de serviço requerida pelo servidor. Posterior pedido de desfazimento - "desaverbação". Efetivada a averbação de tempo de serviço, o ato jurídico perfeito produz os efeitos legais. Impossibilidade de revogação, salvo declaração de nulidade no caso de conter ilegalidade.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Excelentíssimo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado consulta-nos sobre legalidade de efetuar o cancelamento de atos de averbação de tempo de serviço emitidos anteriormente.

Com intenção de delimitar a questão, cita a legislação que regulamenta os atos de averbação de tempo de serviço, o Decreto n. 6.555, de 17 de junho de 1992, e a decisão proferida no Mandado de Segurança n. 1000.075496 –7, cuja conclusão foi no sentido de que devem ser excluídos dos Quadros de Acesso para Promoções os policiais militares que contarem com mais de 30 (trinta) anos de serviço, conforme dispõe o art. 91, inciso II, letra "a", da Lei-Complementar Estadual n. 53, de 30 de agosto de 1990, e determina a anulação da promoção de um Oficial da PMMS.

Ante a decisão judicial, vários policiais militares efetuaram pedido de cancelamento de atos de averbação de tempo de serviço, anteriormente solicitados e deferidos, com o intuito de voltar a

contar com menos de trinta anos de serviço em seus assentamentos funcionais e, conseqüentemente, serem incluídos no Quadro de Acesso para Promoção.

Conforme sugestão de V. Ex^a, requeremos que nos fossem encaminhados outros documentos para maiores esclarecimentos sobre os fatos.

Assim, anexamos aos autos os documentos de f. 8 a 91, encaminhados pelo Comando-Geral da PMMS.

É o relatório, passamos a opinar.

Segundo o entendimento do TJMS, o policial militar que contar com mais de trinta anos de serviço não pode ser incluído no Quadro de Acesso para Promoções, isso porque a legislação é clara no sentido de que deverão ser transferidos para a reserva remunerada.

A Comissão Permanente de Promoções tem o dever de informar quais são os policiais militares que completaram o tempo de serviço, para propor a edição de atos de suas respectivas passagens para a reserva remunerada *ex officio*.

Dir-se-á que o servidor tem direito a permanecer em atividade até completar 70 (setenta) anos de idade, quando então será aposentado compulsoriamente, no entanto não estamos tratando de servidor civil e sim de militar, que pela peculiaridade de suas funções tem regras bem definidas em Estatuto próprio.

Dir-se-á, também, que a legislação federal tem disposição onde exige que o tempo de serviço que autoriza a transferência para a reserva remunerada deve ser aquele prestado à Corporação e não o tempo de serviço em geral, contudo a assertiva não é verdadeira em toda sua acepção, conforme se demonstrará no desenvolvimento deste estudo.

Para o deslinde da questão, devemos perscrutar a legislação a respeito da matéria.

Vejamos, assim, a definição que a legislação da PMMS nos dá com relação ao tempo de serviço:

Art. 8º Para efeito da aplicação da legislação peculiar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, serão observadas as seguintes interpretações para as expressões abaixo:

[...]

XI – efetivo serviço – é o efetivo desempenho de cargo, comissão, encargo incumbência serviços ou atividade policial militar pelo policial militar em serviço;

[...]

DO TEMPO DE SERVIÇO

Art. 128. Os policiais-militares começam a contar tempo de serviço na Polícia Militar a partir da data de seu ingresso na Corporação mediante matrícula em órgão de formação de oficiais ou praças policiais militares ou nomeação para o posto ou graduação.

[...]

Art. 129. Na apuração do tempo de serviço do policial militar será feita a distinção entre:

I – tempo de efetivo serviço;

II – anos de serviço.

Art. 130. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia, entre a data de ingresso na Polícia Militar e a data limite estabelecida para contagem ou a data do desligamento do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

[...]

Art. 131. Anos de serviço é a expressão que designa o tempo de serviço com os seguintes acréscimos:

I – tempo de serviço público federal, estadual, municipal e privado, prestado pelo policial militar anteriormente ao seu ingresso, através de matrícula, nomeação, reinclusão ou readmissão na Polícia Militar;

[...]

III – tempo relativo a cada licença especial e férias não gozadas, contado em dobro;

[...]

§. 1º Os acréscimos a que se referem os incisos II e III serão computados somente no momento da passagem do policial militar para a inatividade, e nessa situação, para todos os efeitos legais, inclusive quanto à percepção definitiva de vantagem adicional por tempo de serviço e adicional de inatividade. (grifo nosso)

Não há que se confundir, portanto, tempo de serviço (gênero) com tempo de efetivo serviço prestado à Corporação (espécie do gênero), pois é a própria legislação que traz as definições.

A Lei Complementar n. 53, de 30 de agosto de 1990, dispõe sobre os institutos da transferência para a reserva remunerada e reforma. Vejamos suas disposições:

DA TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA

Art. 89. A passagem do policial militar à situação de inatividade mediante transferência para a reserva remunerada, se efetuará:

I – a pedido;

II – "ex-offício".

[...]

Art. 91. A transferência, ex-offício, para a reserva remunerada, verificar-se-á sempre que o policial-militar incidir nos seguintes casos:

I – atingir a idade limite:

[...]

II - ter ultrapassado ou vier a ultrapassar:

30 anos de serviço;

[...]

§ 1º A transferência para a reserva remunerada processar-se-á sempre que o policial militar for enquadrado em um dos incisos deste artigo. (grifo nosso)

Não restam dúvidas quanto ao acerto do entendimento esposado pelo TJMS, pois, pelas normas citadas, o policial militar que contar com 30 (trinta) anos de serviço deve ser transferido para a reserva remunerada *ex-offício*.

Por outro ângulo, não podemos perder de vista que o sistema de acesso e de promoções na Polícia Militar Estadual, como nas Forças Armadas, decorre de planejamento e visa à obtenção de um fluxo regular e equilíbrio da carreira para a força militar, tendo em vista a renovação, a regularidade de acesso e a adequação dos efetivos da força policial militar.

Analisemos, então, a legislação estadual pertinente às promoções.

O Decreto n. 2.987, de 15 de abril de 1985, que regulamenta a Lei n. 61, de 7 de maio de 1985, que dispõe sobre as Promoções dos Oficiais da ativa, prescreve:

DA COMISSÃO DE PROMOÇÕES DE OFICIAIS DA
POLÍCIA MILITAR

[...]

Art. 54. Compete à Comissão de Promoções de Oficiais PM precipuamente:

I – organizar e submeter à aprovação do Comandante-Geral da Corporação, nos prazos estabelecidos neste Regulamento, os Quadros de Acesso e as Propostas para as promoções por antigüidade e merecimento;

II – **propor a agregação de oficiais PM que devam ser transferidos *ex-offício* para a reserva, segundo o disposto no Estatuto dos Policiais Militares. (grifo nosso)**

A legislação, nesse contexto, continua valendo para os policiais militares do Estado, vez que foi recepcionada pelas novas normas da Constituição Federal, pois os Estados Membros têm autonomia administrativa para instituir as normas referentes à carreira dos policiais militares, desde que observem as normas federais aplicáveis às PMs dos Estados, conforme se depreende dos artigos. 22, inciso XXI, 25, 42 e parágrafos, e inciso X do art. 142, todos da Carta Magna.

A legislação federal (Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980) referente à matéria é mais complexa e contém normas explícitas, quando se trata de transferência para a reserva remunerada (art. 98, inciso III e V; art. 99; art. 101, inciso II, letra "a", itens 1, 2, 3 e 4), pois delimita o **tempo de serviço prestado pelo oficial em cada posto**, o que significa tempo de efetivo serviço prestado na Corporação, além da inclusão na **Quota Compulsória**, que é destinada a assegurar a renovação, o equilíbrio, a regularidade de acesso e a adequação dos efetivos de cada Força Singular, bem como assegurar o número fixado de vagas à promoção na forma estabelecida em lei.

Trata-se de normas que aparentemente não existem nos estatutos da PMMS, que sequer menciona a possibilidade de inclusão do policial militar na "quota compulsória" com a finalidade de renovação dos quadros de pessoal da Corporação Militar Estadual.

A legislação federal especifica o tempo máximo de anos de efetivo serviço militar, impondo sua transferência para a reserva remunerada ou reforma, quando implementado o requisito, atendendo ao planejamento, e tem, ainda, a **finalidade de manter a renovação, o equilíbrio e a regularidade de acesso na carreira militar**. Tanto que o militar das Forças Armadas é incluído na quota compulsória.

Assim, se a legislação estadual não faz distinção em relação ao tempo de serviço com que o militar deverá ser transferido para a reserva remunerada, não cabe ao intérprete fazer **interpretação extensiva**.

Constatada a diferença entre a legislação federal e a estadual, resta-nos sugerir seja feita a adequação da legislação estadual com vistas a um melhor planejamento da carreira, possibilitando a renovação dos Quadros de Oficiais.

Enquanto estiver em vigor a atual legislação, resta ao administrador sua fiel observância, em razão do princípio da legalidade que rege os atos da Administração Pública.

O TJMS, em julgamento de mandado de segurança, ao entender que o Policial Militar com mais de trinta anos de serviço não pode constar no Quadro de Acesso, chamou à ordem o Comando da PMMS para a necessidade de obediência à legislação aplicável à questão.

Nesse caso, vislumbramos, ainda, que a inclusão no Quadro de Acesso para Promoção seria burla à legislação que proíbe a promoção no momento da passagem para a inatividade ou 30 (trinta) dias antes do ato de transferência, conforme esta Procuradoria-Geral do Estado já manifestou em pareceres lavrados anteriormente.

Constatado o acerto da decisão judicial, vejamos se a pretensão dos Policiais Militares na "desaverbação" do tempo de serviço é juridicamente possível.

Em primeiro lugar, insta informar que não existe na doutrina do direito administrativo o instituto de "desaverbação", da mesma forma que não existe na legislação estadual ou federal autorização para a prática de atos dessa estirpe.

Uma vez efetivado o ato de averbação de tempo de serviço pela administração, este é válido, perfeito e eficaz para gerar os efeitos pretendidos.

Tal ato, com todos os seus atributos de validade, tendo gerado os efeitos legais desejados quando do pedido original, somente poderá ser desfeito caso contenha alguma mácula que o invalide, isto é, caso contenha algum vício na sua formação.

Constatado pela administração algum vício que o torne absolutamente nulo, existe o dever de declarar sua nulidade, jamais o de editar ato de revogação por juízo de conveniência ou oportunidade ou simplesmente a "desaverbação".

É certo que o servidor é detentor do direito de requerer a averbação de tempo de serviço para fins de aposentadoria e disponibilidade.

No entanto, após colocar em movimento a máquina administrativa para editar o ato requerido e tendo este produzido os efeitos legais, não mais existe a possibilidade de seu desfazimento, por motivo de conveniência e oportunidade do interessado; ainda mais se a pretensão tem o vezo de burlar a norma, possibilitando a permanência no serviço ativo, emperrando a renovação do Quadro de Oficiais da Corporação, possibilitando, ainda, a promoção que é vedada no momento da passagem para a aposentadoria.

A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, isto é, somente pode realizar aquilo que estiver previsto em lei e regulamentos por ela editados.

Conforme afirmamos alhures, não existe autorização legal para desfazer ato administrativo que já gerou os efeitos legais pretendidos pelo servidor quando de seu pedido.

Ante o exposto, concluímos pela ilegalidade de desfazimento do ato, salvo a possibilidade de declaração de nulidade no caso de serem contrários à legislação pertinente.

É o parecer que submetemos à elevada apreciação superior.

Campo Grande, 28 de maio de 2001.

Sandra Calligaris
Procuradora do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 92-99.

Registre-se.

Encaminhe-se cópia ao órgão consulente.

Campo Grande, 05 de junho de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE N. 026/2001

PAG N. 01/2001

Processo n. 15/000503/2001

Interessado: Secretário de Estado de Receita e Controle

Referência: Ofício/SERC/GAB/n. 270/2001, de 23/05/2001

Ementa: Requisição Extrajudicial do Ministério Público ao Secretário de Estado de Receita e Controle, para acesso, via rede, às declarações anuais do produtor.

As DAP's são documentos fiscais sigilosos, *ex vi* do disposto nos artigos. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e 198, *caput*, do Código Tributário Nacional. A quebra do sigilo fiscal é autorizada somente em virtude de ordem judicial, segundo dispõe o art. 198, § 1º, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

I RELATÓRIO

O Excelentíssimo Secretário de Estado de Receita e Controle formula consulta à Procuradoria-Geral do Estado a respeito da legalidade da requisição do Ministério Público Estadual, que pretende ter acesso, via Internet, ao Cadastro da referida Secretaria das Declarações Anuais de Produtor (DAP's) o Estado de Mato Grosso do Sul, para fins de instrução do Inquérito Civil n. 008/MP-PGJ/96.

Os **dados** requisitados dizem respeito à situação econômica e financeira e à natureza, ao estado e à movimentação de negócios e atividades econômicas de contribuintes de ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul.

É o relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Considerações a respeito do sigilo fiscal

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XII: assegura aos indivíduos o sigilo sobre os seus **dados**:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de **dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;" (grifo nosso).

Coadunando-se com esse dispositivo constitucional, a Lei Complementar n. 5.172, de 25/10/66, que instituiu o Código Tributário Nacional, na **redação primitiva** dos seus artigos 198, parágrafo único, e 199, assegurava o sigilo dos dados da movimentação econômica dos contribuintes, informados ao Fisco com a finalidade de apurar o montante tributável, *in verbis*:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza, e o estado dos seus sócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetua-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de **requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça**.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos

respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida em caráter específico ou convênio. (grifo nosso)

O comando constitucional e a regra infraconstitucional que regiam a matéria tributária asseguravam a inviolabilidade do sigilo fiscal dos sujeitos passivos da obrigação tributária.

A única exceção a essa regra era:

Exibição dos documentos fiscais sigilosos por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal ou requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça. (grifo nosso)

Portanto, à época em que vigiam os referidos artigos do CTN, na redação primitiva antes transcrita, a requisição extrajudicial do representante do Órgão do Ministério Público, dirigida à Autoridade da Fazenda Pública Estadual, de fornecimento de dados sigilosos da movimentação econômica dos contribuintes de ICMS, especificamente, informações sobre a movimentação do rebanho nas Declarações Anuais do Produtor (DAPs), encontrava óbice no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e nos artigos 198, parágrafo único, e 199 do Código Tributário Nacional.

II.2 Considerações a respeito das normas que dispõem sobre prerrogativas do Ministério Público

Em decorrência da supremacia do direito constitucional ao sigilo fiscal, não há, nas Leis que estabelecem as prerrogativas do Ministério Público e nas Leis que disciplinam sobre procedimentos da competência do *Parquet*, especificamente, o Inquérito Civil dispositivos que autorizem a requisição extrajudicial de documentos fiscais sigilosos, posto que seriam inconstitucionais.

Para melhor ilustrar, citamos:

Da Lei n. 8.625, de 12/02/93, que institui a Lei Orgânica

Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, e dá outras providências:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

[...]

b) **requisitar** informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (grifo nosso)

2) Da Lei n. 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, e dá outras providências:

Art. 8º [...]

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou **requisitar**, de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. (grifo nosso)

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao Juiz requisitá-los.

Portanto, não há autorização legal para requisição de documentos fiscais sigilosos pelos representantes do Ministério Público, para instruir o Inquérito Civil.

Compete ao juiz, no interesse da justiça e estando fundamentada a necessidade da produção da prova solicitada pelo Órgão Ministerial, na ação para esse mister, requisitar da Autoridade Fazendária a quebra do sigilo fiscal, segundo a inteligência do art. 399 do Código de Processo Civil, a seguir transcrito:

Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes;

II – os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.

Assim sendo, sob a égide da antiga redação dos artigos 198 e 199 do CTN, era vedado o atendimento à requisição do representante do Ministério Público, que importasse em quebra do sigilo fiscal.

II.3 Alteração introduzida no CTN

Com o advento da Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001, que alterou dispositivos da Lei n. 5.172, de 25/10/66 (Código Tributário Nacional), foi inserido no ordenamento jurídico dispositivo legal que expressamente autoriza a **solicitação** de documentos fiscais sigilosos pela **Autoridade Administrativa**, no **interesse da Administração Pública**, *in verbis*:

Art. 1º A Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º - Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.”

Art. 199. [...].

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.”

(fotocópia acostada às f. 07/09)

À vista do exposto, entendemos que a alteração à redação do Código Tributário Nacional **não prevê** a hipótese da **requisição** de documentos fiscais sigilosos pelo representante do Ministério Público, isto porque:

- a) Primeiramente, haveria ofensa ao disposto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

b) Dentre as funções institucionais do Ministério Público, previstas no art. 129, incisos I a IX da Constituição Federal, **não se encontra a de defender o interesse da Administração Pública, in verbis:**

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos, e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender, judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

- c) Como já mencionado alhures, a Lei n. 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública, determina em seu art. 1º, incisos I a V, que referida ação destina-se a apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, visando à condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, **não se destina a satisfazer interesse da Administração.**

O inquérito civil, por sua vez, visa a instruir a ação civil pública.

A respeito desse procedimento, Hugo Nigro Mazzili¹, Procurador de Justiça aposentado, comenta:

Por semelhança com o inquérito policial, que é o meio normal de que se vale o Ministério Público para preparar-se para a propositura da ação penal pública, surgiu, pois, de forma gradativa, a consciência de que, também na área não penal, a instituição ministerial deveria ser dotada de um mecanismo de investigação administrativa, destinado a colher dados para a propositura da ação civil pública.

O § 1º do citado art. 8º limita expressamente o poder de requisição Ministerial, no âmbito do inquérito civil, restringindo-o aos documentos não acobertados pelo sigilo.

A redação do § 1º do art. 8º da Lei n. 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública, manteve-se inalterada com o advento da Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001.

Novamente transcrevemos o mencionado dispositivo legal:

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua

¹ MAZZILI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49.

presidência, inquérito civil, ou **requisitar**, de qualquer organismo público ou particular certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. (grifo nosso)

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao Juiz requisitá-los.

- d) O Ministério Público está legalmente autorizado a **requisitar** documentos e informações (desde que não acobertadas pelo sigilo), sendo essa a terminologia utilizada em todos os textos legais que tratam das atribuições do *Parquet*.

A Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001, que alterou o CTN, utiliza a terminologia **solicitar**, referindo-se a ato administrativo praticado pela Autoridade Administrativa, e não pelo Ministério Público.

- e) O Ministério Público está legitimado para presidir o inquérito civil público e o procedimento investigatório preliminar. Entretanto, não está legitimado para instaurar processo administrativo para defesa de interesses da Administração Pública.

Logo, o Ministério Público não é a Autoridade Administrativa encarregada da defesa dos interesses da Administração Pública, a que se refere o inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, com a alteração que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001.

Assim sendo, salvo melhor juízo, entendemos que a alteração introduzida no CTN não trouxe amparo legal à pretensão do Ministério Público.

III AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NO CTN PELA LEI COMPLEMENTAR N. 104, DE 10/01/2001 NÃO AUTORIZAM QUEBRA DE SIGILO FISCAL

A nova redação dos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional prevê que os dados fiscais sigilosos, além da requisição judicial, podem ser solicitados pela Autoridade Administrativa, no interesse da Fazenda Pública, em processo administrativo para apuração de falta cometida pelo sujeito passivo.

Data venia, entendemos que, nessa hipótese, não ocorre a quebra do sigilo fiscal, pois o conhecimento acerca dos dados do contribuinte não será entregue a domínio de terceiros. As informações permanecerão no âmbito da Fazenda Pública, sob a responsabilidade pessoal dos agentes públicos que, por lei, devem zelar pela inviolabilidade do sigilo.

As informações sigilosas serão utilizadas pela própria Administração, em seu próprio interesse, "com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa".

IV CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REQUISIÇÃO EM ANÁLISE

Segundo consta na requisição ao Excelentíssimo Secretário de Estado de Receita e Controle, os representantes do Ministério Público pretendem ter "acesso [...], via rede, ao cadastro da Secretaria de Estado de Receita e Controle de Mato Grosso do Sul das Declarações Anuais de Produtores – DAP's, para fins de instrução do Inquérito Civil n. 008/MP-PGJ/96".

Conforme foi noticiado na página 15 do Informativo do Ministério Público ano 2, n. 2, de maio de 2001, e em outros veículos da imprensa local, o objeto do Inquérito Civil n. 008/MP/PGJ/96 é a investigação de determinados:

Fiscais de rendas e agentes tributários estaduais, suspeitos de enriquecimento ilícito, além de atos de improbidade administrativa e outras condutas ilícitas cometidas contra a Administração Pública [...] (exemplar acostado às f. 10/18)

É certo que a investigação cinge-se a um conjunto determinado de pessoas, "envolvendo servidores ativos e inativos da Secretaria de Fazenda, referentes às irregularidades praticadas nos últimos cinco anos."

Logo, não há justa causa para arrimar a pretensão de os representantes do Ministério Público virem a ter acesso, via rede, a **todas** as Declarações Anuais de Produtores, prestadas pelos milhares de contribuintes que não estão sendo investigados no aludido Inquérito Civil.

Nos pedidos judiciais de quebra de sigilo, há a individualização e qualificação das pessoas investigadas, a fim de que o Poder Judiciário possa determinar especificamente quais os documentos serão exibidos aos representantes do Ministério Público.

A requisição, mormente se deduzida na via judicial, somente poderá ser atendida se restringir-se aos documentos relativos às pessoas que estão sendo investigadas.

V INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Cumpre-nos informar que, invocando o mencionado Inquérito Civil n. 008/MP-PGJ/96, os representantes do Ministério Público, através do Ofício n. 96120/PJPPS, de 15/10/96, requisitaram do então Secretário de Estado de Finanças as seguintes informações:

- a) nomes e completa identificação dos servidores do quadro TAF-Fiscais, Agentes Tributários Estaduais e outros designados;

- b) cópias das declarações de bens e valores que compõem o patrimônio privado dos respectivos servidores indicados no item anterior e que devem por exigência legal estar arquivados junto ao Serviço de Pessoal competente. As declarações devem compreender imóveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais localizados no país ou no exterior, inclusive, dos respectivos cônjuges e companheiros, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica dos declarantes (art. 13 da Lei Federal n. 8.429/92) e suas evoluções;
- c) informações outras que dispuser Vossa Excelência, sobre condutas irregulares a serem investigadas, tendo em vista afirmações procedidas perante a Assembléia Legislativa do Estado no dia 21/05/96 e declarações e repercussões na imprensa desta Capital, nos dias 16 e 17 do corrente mês.

(fotocópia acostada às f. 19/20)

O Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento consultou a Procuradoria-Geral do Estado a respeito da licitude daquela requisição.

Pela PGE, foi emitido o Parecer n. 078/96, de 14/11/96, cuja conclusão foi:

A Lei Federal n. 8.429/92, em seu art. 22, atribui ao Ministério Público a competência para requisitar à autoridade administrativa competente a instauração de procedimento administrativo, para que seja investigada a prática de ato de improbidade.

'Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá **requisitar** a instauração de inquérito policial ou **procedimento administrativo**'.

De acordo com os artigos 15 e 16 da Lei n. 8.429/92, instaurado o procedimento administrativo, o Ministério Público poderá designar representante para acompanhar o procedimento e havendo fundados indícios de responsabilidade poderá ser requerido ao Juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do servidor e, quando for o caso (art. 16, § 1º), o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras.

Por conseguinte, se no curso do procedimento administrativo, o representante do Ministério Público pretende investigar, examinar ou bloquear contas bancárias e aplicações deverá requerer ao Juízo competente.

Dessa forma, resta demonstrado que a apuração dos atos de improbidade que causam lesão ao erário público (no caso evasão fiscal/tributária) e o enriquecimento ilícito de servidores públicos (a ser sinalizada pelas declarações de bens) devem ser punidos na forma prevista pela Lei Federal n. 8.429/92.

Diante do exposto, exsurge claro que a competência para instaurar o procedimento administrativo para apurar enriquecimento ilícito e lesão ao erário, envolvendo servidor público, no caso concreto, é do Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento devidamente instado pelo Ministério Público, no qual poder-se-á requisitar não só declarações de bens de servidor público mas qualquer outro documento atinente aos fatos a serem esclarecidos e aos objetivos a serem colimados pelo procedimento administrativo e pela atribuição constitucional do Ministério Público. (grifo nosso)

(fotocópia acostada às f. 21/29)

Em decorrência da orientação jurídica da PGE, o então Secretário de Estado deixou de fornecer as informações fiscais sigilosas requisitadas extrajudicialmente, levando os representantes do Ministério Público a ajuizar a Medida Cautelar Satisfativa de Exibição de Documentos e Informações, que tramitou sob o código

97.0001896-2, na Primeira Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, em cuja inicial aduziram:

E diga-se mais, a par disso tudo está o fato de que tais documentos e informações encerram caráter público, cuja finalidade manifestamente afigura-se incompatível com eventual pretensão de se mantê-los secretos, sob sigilo e ocultação, inadmissíveis na hipótese, porquanto tais documentos e informações se prestam justamente ao contrário, para se propiciar a maior publicidade possível acerca da evolução patrimonial dos funcionários públicos – o que tanto mais se vislumbra necessário e imperioso quando se vê que se tratam de funcionários que atuam diretamente na fiscalização e arrecadação de impostos que constituem toda a fonte de renda do Tesouro Estadual – tratando-se de documentos e informações de cunho eminentemente público e obrigatório, previstos que são na legislação pertinente, e ainda jungidos que são diretamente aos princípios da publicidade da legalidade e da moralidade e transparência.

(fotocópia acostada às f. 31/55)

O Meritíssimo Juiz despachou às f. 260/261, da Medida Cautelar Satisfativa n. 97.0001896-2. Destacamos o seguinte trecho desse despacho:

3. tal resposta importa reconhecer o dever de prestar informações e, de qualquer sorte, as informações pretendidas no inquérito mencionado não são sigilosas, posto que impostas pelo § 4º do art. 19 e art. 218, inciso VII do Estatuto dos Servidores Cíveis (Lei n. 1.102/90), de modo que é inegável o dever de o requerido fornecer aqueles elementos requisitados, aos quais ele há de ter acesso.

(fotocópia acostada às f. 56/57)

Ao final, a ação foi julgada procedente *in totum*, conforme a fotocópia acostada às fls. 58/60.

O Ministério Público ajuizou também ação penal contra o referido Secretário de Estado, como incurso nas penas do art. 10 da Lei Federal n. 7.347/85.

A ação tramitou no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, sob o n. 0052007-2/2001, Classe A, III, conforme a fotocópia da denúncia acostada às f. 62/72.

A referida autoridade foi absolvida, sendo esta a ementa da decisão do Tribunal Pleno:

Ementa: Ação Penal – Recusa pelo Acusado de dados Técnicos Requisitados pelo Ministério Público Visando Propositura de Ação Civil Pública – Art. 10 da lei 7347/85 – Exercício Regular de Direito Putativo – Réu que se Imagina Descumprindo Ordem Abusiva e Ilegal – Má Orientação Jurídica – Erro de Tipo Essencial Inevitável – Exclusão de Dolo e Culpa – Improcedente.

Labora em erro de tipo essencial escusável o agente que recusa atendimento à requisição ministerial após tomar a devida cautela de consultar um parecer técnico e ser orientado a negar-lhe cumprimento, uma vez que a ordem foi considerada abusiva e ilegal, sendo movido pela excludente do exercício regular de direito putativo, que exclui o dolo e a culpa da conduta."

(fotocópia acostada às f. 77/115)

Dentre os votos proferidos no julgamento do Secretário de Estado de Finanças, Orçamento e Planejamento, destacam-se os votos do Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, que condenou o Acusado às penas do art. 10 da Lei n. 7.347/85 e propôs a denúncia do Procurador-Geral Adjunto do Estado e do Procurador-Geral do Estado como co-réus, por haverem subscrito e aprovado o Parecer n. 078/96, respectivamente, e o voto do Des. Nildo de Carvalho, acatando *in totum* o entendimento contido no Parecer n. 78/96/PGE e, em consequência, absolvendo o acusado pelos fundamentos do parecer.

A seguir, transcrevemos trechos do voto do Des. Jorge Eustácio da Silva Frias:

Também diferentemente do que destaca a defesa, o Ministério Público tinha atribuição para fazer a requisição que fez, tanto que o dispositivo em que a denúncia afirma incurso o réu erige como crime o desatendimento à requisição por ele feita. Não diz a Lei n. 7.347/85 que constitui crime a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público mediante Poder Judiciário. A lei prescreve como criminoso o desatendimento à requisição feita diretamente pelo Ministério Público com aquela finalidade. Aliás, não se vê porque devesse haver intervenção do Judiciário, que, de fato, acabou havendo (f. 374-5), desde que, como ressaltado, os documentos não eram sigilosos. O precedente referido pelo denunciado em suas alegações finais (f. 396) e nos memoriais depois encaminhados aos julgadores não se aplica ao caso. Na hipótese decidida pela 1ª Turma do STF, houve, sim, requisição judicial, mas o que queria o Ministério Público obter eram documentos que estariam acobertados pelo "sigilo bancário", ao passo que aqui o que se pretendeu foi documentação a que poderia ter acesso qualquer pessoa do povo.

[...]

Como se viu no decorrer desta exposição, a lei atribui ao Ministério Público o poder de requisitar documentos (art. 129, VI, C: Lei Federal n. 8.625/93, art. 26, I, b; e LC n. 72/94, art. 27, I, b), o que pode ele fazer independentemente da intervenção do Poder Judiciário, só exigível esta quando se tratar de documento sigiloso (que não é o caso em exame). Ainda, como se expôs, a lei erige como crime a recusa ou retardamento a semelhante requisição feita para instruir ação civil pública (art. 10, L. 7.347/85). Assim, se se concluir pela absolvição do réu, é certo que, conforme por ele afirmado e consoante depoimento do autor do parecer, esta peça é que provocou a conduta do acusado hoje

examinada (recusa na entrega de documentos requisitados para instruir ação civil pública). Assim, o terceiro que levou o acusado a erro, na forma do art. 20, § 2º do Código Penal, parece ter cometido crime.

Se não foi ele denunciado com o réu, penso que se deva remeter cópia destes autos ao Ministério Público **para, se caso, denunciar o autor do parecer e quem o aprovou** (f. 272-80). (grifo nosso)

(fotocópia acostada às f. 96/108)

Transcrevemos na íntegra o voto do desembargador Nildo de Carvalho:

Com a devida vênia do des. Frias, vou proferir meu voto.

Absolvo o acusado, não pelos fundamentos do relator, mas pelos fundamentos do parecer.

Acabei de ouvir o relator num esclarecimento ao Des. Nelson por uma indagação feita por este de suma importância, de que não apreciou o aspecto do sigilo porque teria ficado vencido, ocorre que para haver a absolvição pelo motivo esposado pelo relator tem de haver a figura típica, se houver crime poderá ser absolvido, e se ele não cometeu crime não há que se falar em culpabilidade.

Então, o primeiro aspecto que foi debatido pela defesa é exatamente o sigilo dos documentos, e o relator acabou de esclarecer que esses documentos não estavam em poder do acusado, logo ele não tinha o dever de prestar informações, por não estarem consigo.

Entendo que os documentos são sigilosos, tanto que a CPI tem poderes de pedir a quebra do sigilo, mas o que nós temos visto, de um modo geral, é que o Supremo tem decidido que não pode haver a quebra do sigilo, a não ser por ordem judicial.

Se não bastasse, ao fundamentar o pedido, o Ministério Público o fez com base na Lei Federal n. 7.347, de 24/07/85, que entre outros dispositivos, dispõe:

'Disciplina ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos'.

Indaga-se qual é a figura típica que regulamenta estes danos, os quais foram imputados ao acusado, previstos no art. 10 da referida lei: "...a recusa, retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil..." Dados técnicos a respeito de quê? Do meio ambiente, do consumidor, do direito de valor artístico, estético e histórico. Esta é a figura típica?

Entendo que não há tipicidade, então não há crime a ser punido.

Por isso, absolvo o réu. (grifo nosso)

(fotocópia acostada às f. 93/94)

Data venia, são equivocados os entendimentos esposados pelos Representantes do Ministério Público e pelo Juiz da Primeira Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande e pelo Des. Jorge Eustácio Silva Frias, em caso semelhante ao que ora se examina, pelas razões a seguir aduzidas.

A Lei Estadual n. 1.102, de 10/10/90, ao determinar a apresentação das declarações de renda dos funcionários públicos por ocasião da posse (art. 19, § 4º), não está derogando o art. 5º, inciso XII, e os artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional, que dispõem sobre o sigilo de tais informações.

Tampouco a Lei Estadual n. 1.102 de 10/10/90 determina que as declarações de renda dos servidores devam ser divulgadas à população, como interpretou o Des. Jorge Eustácio da Silva Frias.

Efetivamente, uma vez confiadas à Administração, as declarações de renda não perdem o caráter sigiloso e não podem ser divulgadas a terceiros, cabendo à Autoridade Administrativa competente para examinar a evolução do patrimônio dos servidores, depositária de tais informações, zelar pela manutenção do sigilo, exceto se a quebra decorrer de ordem judicial.

Por outro lado, o inciso VII do art. 218 determina que é dever do funcionário "providenciar para que esteja sempre atualizada, no assentamento individual, a sua declaração de família" não se refere às declarações de renda de seus familiares, mas sim, às informações atualizadas sobre o seu estado civil e número de dependentes, para fins cadastrais e de percepção e interrupção de pagamento de benefícios previdenciários.

Salientamos que, embora não exista amparo legal a arrimar a requisição em análise, cujo atendimento consistiria em violação aos artigos. 5º, inciso XII da CF, e 198, *caput*, do CTN, o Excelentíssimo Secretário de Estado de Receita e Controle, agindo em estrito cumprimento da lei, deixando de permitir ao Ministério Público o acesso, via rede, ao cadastro dos Produtores Rurais, poderá sofrer o ajuizamento de ações civil e penal, desprovidas de justa causa e de amparo legal, tomando-se como exemplo o que já ocorreu em 1997.

VI CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que prevalece a garantia constitucional da inviolabilidade do sigilo fiscal, prevista no art. 5º, inciso XII, da Carta Magna.

Na legislação que disciplina as atribuições do Ministério Público, não há amparo legal para requisição de documentos fiscais sigilosos, feita diretamente à Autoridade Fazendária.

Por força das disposições contidas na Lei n. 7.347, de 24/07/85, que disciplina a ação civil pública, o representante do Ministério Público não tem legitimidade para instaurar processo administrativo objetivando a defesa do interesse da Fazenda Pública.

O Representante do Ministério Público, portanto, não tem amparo legal e legitimidade para requisitar o acesso, via Internet, aos dados das Declarações Anuais do Produtor (DAP's) de todos os contribuintes do Estado de Mato Grosso do Sul, por se tratarem de

documentos fiscais protegidos pelo sigilo fiscal, previsto no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, e pelos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 104, de 10/01/2001.

O atendimento a tais requisições, por parte da Autoridade Fazendária, implicaria na quebra do sigilo fiscal de todos os contribuintes do Estado de Mato Grosso do Sul e, por conseguinte, na responsabilidade criminal do agente que divulgar indevidamente os dados, ficando o mesmo incurso nas penas do art. 325 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de violação de sigilo funcional:

Art. 325 – Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Além disso, os servidores infratores responderão civil e administrativamente pela violação.

O representante do Ministério Público somente poderá obter acesso aos dados sigilosos, **circunscritos às pessoas investigadas**, através da via judicial.

Salvo melhor juízo, entendemos que a providência a ser tomada pela Autoridade Fazendária consulente é o **indeferimento** da requisição Ministerial.

É o parecer, que submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande, 22 de junho de 2001.

Vaneli Fabrício de Jesus Gouliouras
Procuradora do Estado

Despacho

Não se há de negar que a ampliação dos poderes conferidos ao Ministério Público, com a vigência da Constituição de 1988, em muito contribuiu para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, pois tem sido uma das mais atuantes Instituições na defesa da cidadania, do patrimônio público, do meio ambiente, dentre tantos.

Todavia, é salutar destacar que a par de tais prerrogativas, também essa denodada Instituição sofre limitações imprimidas pelo próprio sistema que lhe conferiu ditas prerrogativas: o sistema constitucional normativo.

E a interpretação da Carta Fundamental é de ser feita à vista de uma visão teleológico-sistemática, eis que ao reverso a exegese poderá conduzir o intérprete a conclusões inconciliáveis.

Nesse passo, se é verdade que a Constituição Federal no art. 129 elencou à condição de "funções institucionais" as atribuições do *Parquet*, nem por essa razão emprestou-lhe caráter absoluto ou, de outro modo, autorizou o desprestígio de outras regras não menos importantes que o próprio Comando Supremo erigiu como base de sustentação do Estado de Direito.

E assim o fez quando assegurou no Capítulo I do Título II os "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", que consubstanciam e consolidam princípios que estão até mesmo acima da Constituição e, por isso mesmo, albergados por ela, a exemplo do direito do cidadão em não ter o seu sigilo fiscal violentado, salvo por decisão judicial que assim o determine - e a decisão, igualmente, está limitada à fundamentação e motivação, nos moldes do art. 93, IX, da CF.

De todos os princípios elencados no art. 5º da Norma Fundamental, três merecem especial destaque para o caso objeto do parecer: devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Evidentemente que a abertura indiscriminada dos dados cadastrais de produtor rural ao Ministério Público, implicaria na possibilidade do *Parquet* acessar as informações e de modo aleatório passar a fiscalizar a evolução patrimonial dos cidadãos, à vista do entendimento ou da suposição de cada Promotor que porventura vislumbrar, quiçá açodadamente, que alguém teve um aumento de patrimônio incompatível.

Isso, inquestionavelmente, resultaria no início de uma investigação sem direito a contraditório ou ampla defesa, o que por certo constituiria ação violadora do Texto Fundamental.

Nem se argumente que o suposto infrator teria oportunidade de defender-se por ocasião de um pleito judicial, porque, nesse momento, as provas contra ele já teriam sido unilateralmente produzidas e, ademais, colocado, como quase sempre acontece, como vilão do patrimônio público e execrado perante a opinião pública que, no mais das vezes, é induzida por moralistas de plantão.

Sobre mais, não se há de subtrair da apreciação do Poder Judiciário tal prerrogativa - a requisição - uma vez que é o órgão ao qual a Carta Máxima conferiu a competência para tanto, daí porque ser preferível sustentarmos-nos no pensamento do Min. Marco Aurélio que ao manifestar-se contrário, na data de ontem (28/06/2001), às medidas governamentais que impõem a sobretaxa na energia elétrica disse: "minha ferramenta é a Constituição."

Ante o exposto, aprovo o Parecer PGE/N. 026/2001 - PAG/N. 001/2001 e diante da relevância do caso, determino encaminhamento ao Exmo. Sr. Governador do Estado para, se assim entender, imprimir-lhe caráter normativo.

Remeta-se cópia à ilustre autoridade consulente.

Campo Grande, 29 de junho de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE N. 027/2001

PP N. 007/2001

Processo n. 09/000323/2000

Interessada: Leila Rosana Alves da Silva

Assunto: Incorporação das vantagens pecuniárias pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança - servidora do Quadro Especial.

Ementa: Cargos Públicos. Investidura mediante concurso público. Norma constitucional. Exceção quanto aos cargos em comissão e a contratação temporária. Servidores do quadro suplementar e especial, remanescentes do regime anterior. Necessária efetivação. Impossibilidade de se estender a estes servidores direitos inerentes aos servidores efetivos. Inaplicabilidade à espécie do princípio da isonomia.

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, com exceção dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, e a contratação temporária, nos termos da lei. Os servidores incluídos no quadro suplementar e especial, remanescentes do regime anterior, devem se submeter a concurso público para aquisição da efetividade. É impossível juridicamente, em face dos princípios constitucionais, a extensão de direitos inerentes aos servidores efetivos aos servidores incluídos no quadro suplementar e especial, em razão da desigualdade jurídica entre esses servidores. Inaplicabilidade do disposto no art. 14 da Lei n. 2.129/2000, relativamente aos direitos específicos dos detentores de cargo em provimento efetivo, como era a hipótese prevista no art. 77 da Lei n. 1.102/90, revogado pelo art. 6º da Lei n. 1.756/97.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos solicita apreciação desta Procuradoria-Geral do Estado quanto ao pedido apresentado pela servidora Leila Rosana Alves da Silva, do Quadro Especial, de incorporação das vantagens pecuniárias pelo exercício de cargo em comissão, conforme previa o art. 77 da Lei n. 1.102/90, revogado pelo art. 6º da Lei n. 1756, de 15/07/97, tendo em vista recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça deste Estado, nos autos do Mandado de Segurança n. 1000.073813-0, f. 39-43, cuja Ementa dispõe:

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - QUADRO SUPLEMENTAR - PEDIDO DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO - REVOGAÇÃO DO ART. 77 DA LEI 1102/90 QUE NÃO PREJUDICA, NO CASO, O DIREITO À VANTAGEM REQUERIDA - ORDEM CONCEDIDA.

A teor do art. 52 da Lei Estadual 2065/99, com a redação da Lei 2129/2000, os servidores do Quadro Suplementar, depois nomeados para cargo efetivo, têm os mesmos direitos e vantagens, deveres e obrigações, previstos na legislação que dispõe sobre o regime jurídico estatutário.

É o relatório.

A matéria tratada no presente processo, qual seja, a incorporação prevista no art. 77 da Lei n. 1.102/90, revogado pelo art. 6º da Lei n. 1.756/97, por servidores pertencentes ao quadro suplementar e especial, já foi objeto de inúmeras manifestações por parte desta Procuradoria-Geral do Estado, podendo ser dito que o entendimento sobre a mesma encontra-se consolidado administrativamente.

No entanto, diante da recente decisão judicial, o Secretário consultante indaga se deve ser mantido o entendimento esposado por este Órgão, ou se deverá ser revista a matéria.

A primeira questão a ser destacada é que a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, e que originou a indagação administrativa, apreciou o caso concreto trazido ao Judiciário, fazendo coisa julgada entre as partes, não se aplicando, em consequência, aos demais funcionários públicos que eventualmente estejam na mesma situação da servidora participante daquela relação processual.

Por outras palavras, a existência de decisão favorável a um certo servidor público não gera a obrigação para o Estado de estender o benefício concedido, por força judicial, ao titular da ação, aos demais servidores públicos que estejam em igual situação, mas que não fizeram parte da relação jurídica processual, da qual adveio a decisão favorável.

Ademais disso, o caso concreto objeto do Mandado de Segurança trazido à colação é diferente da hipótese tratada nestes autos, uma vez que naquele a servidora impetrante já era detentora de cargo efetivo, em razão de aprovação em concurso público, como pode ser verificado pela leitura da Ementa do Acórdão supratranscrita, e nestes autos a servidora interessada continua pertencendo ao quadro especial.

A despeito, portanto, da decisão judicial objeto de indagação, ratificamos o entendimento já firmado por esta Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de que a incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, previsto pelo revogado art. 77 da Lei n. 1.102/90, é direito inerente aos servidores detentores de cargo efetivo, não se estendendo aos servidores do quadro suplementar e especial, pelos fundamentos jurídicos que passamos a discorrer.

Com efeito, o art. 77 da Lei n. 1.102/90, revogado pelo art. 6º da Lei n. 1.756, de 15/07/97, dispunha, *in verbis*:

Art. 77. O funcionário ocupante de cargo efetivo, que durante cinco anos consecutivos ou dez alternados, tiver exercido cargo ou função de direção, chefia, assessoramento superior ou intermediário ou assistência

direta e imediata, incorporará, definitivamente, à remuneração do cargo, para todos os efeitos legais, as vantagens pecuniárias do cargo em comissão ou da função de confiança [...].

Conforme acima destacado, da simples leitura do dispositivo já se conclui que a incorporação era benefício concedido pela lei aos servidores efetivos, ou seja, investidos em cargo público em decorrência de aprovação em concurso público, nos termos constitucionais.

Nesse sentido, cumpre transcrever o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, *in verbis*:

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

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

Verifica-se, pois, que o ingresso no serviço público dá-se, por princípio constitucional, em razão de investidura decorrente de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados os casos de nomeação para cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, bem como a hipótese prevista no inciso IX do mesmo art. 37, que prevê a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da lei.

As mencionadas normas encontram-se repetidas no art. 27, II e IX da Constituição Estadual.

Assim, voltando à análise do art. 77, somente os servidores detentores da efetividade puderam, à época da vigência da norma garantidora, ser beneficiários da incorporação, direito este que não se estende aos servidores que não exercem cargo em provimento efetivo.

A bem da verdade, deve-se ressaltar que, em decorrência dos princípios constitucionais inseridos no art. 37, não existe fundamento legal para manutenção de servidores que não estejam incluídos em uma das hipóteses previstas para o exercício de cargo ou função pública.

No caso em tela, a indagação diz respeito aos servidores incluídos no chamado Quadro Suplementar e Especial, por força das Leis n. 274/81, n. 661/86 e n. 1.012/89, remanescentes do regime jurídico anterior à Constituição de 1988, e que não exercem cargos em provimento efetivo.

Ocorre que esses quadros deveriam ter existência temporária, até que os servidores neles incluídos fossem efetivados em decorrência de aprovação em concurso público, conforme a nova ordem constitucional.

O mencionado objetivo, no entanto, não se concretizou, remanescendo no Estado servidores pertencentes ao quadro suplementar e especial, aos quais, por força de dispositivos da legislação estadual, tem-se aplicado normas constantes do regime estatutário, situação esta em desalinho com as normas constitucionais aplicáveis à Administração Pública, conforme já ressaltado.

Nesse sentido, originariamente o § 1º do art. 52 da Lei n. 2.065/99 dispôs que os servidores incluídos no quadro suplementar e especial teriam os mesmos direitos e vantagens, deveres e obrigações, previstos na legislação que dispõe sobre o regime jurídico estatutário, exceto os direitos inerentes à condição de servidor efetivo.

Posteriormente, o art. 14 da Lei n. 2129, de 02/08/2000,

deu nova redação ao § 1º do art. 52 da Lei n. 2065/99, o qual passou a vigorar da seguinte forma:

§ 1º Os servidores referidos no caput deste artigo terão os mesmos direitos e vantagens, deveres e obrigações, previstos na legislação que dispõe sobre o regime jurídico estatutário.

Portanto, foi suprimida do texto a parte que fazia ressalva aos direitos inerentes aos servidores efetivos.

Apesar da supressão, o dispositivo, no entanto, deve ser interpretado restritivamente, uma vez que a lei não pode conceder direitos contrários aos princípios constitucionais, sob pena do vício da inconstitucionalidade.

Ademais, buscando-se as regras interpretativas dos textos legais, deve-se levar em conta que uma delas consagra o princípio de que os dispositivos que conferem privilégios, especialmente no ramo do direito público, interpretam-se restritivamente.

O Prof. Miguel Reale¹, ao fazer distinção entre a interpretação extensiva e a restritiva, ensina que:

[...] o que se chama de interpretação extensiva é exatamente o trabalho criador do intérprete, ao acrescentar algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, à vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo.

E continua: "Pela interpretação restritiva, dá-se o contrário, porque o intérprete, limitando a incidência da norma, impede que a mesma produza efeitos danosos".

No caso ora analisado, a interpretação restritiva é

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 285.

imprescindível para evitar-se efeitos danosos à Administração Pública, mesmo porque, se o desejo do legislador fosse o de estender todos os direitos dos servidores efetivos aos servidores do quadro suplementar e especial, não teria feito referência expressa aos detentores de cargo efetivo na hipótese tratada pelo art. 77 da Lei n. 1.102/90.

Neste ponto, cumpre destacar que o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, ao julgar o Mandando de Segurança n. 46046-2, assim decidiu:

INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA -
EXERCÍCIO DE CARGO DE PROVIMENTO EM
COMISSÃO- FUNCIONÁRIO EFETIVO -
PRESSUPOSTO DO TEMPO DE SERVIÇO RELATIVO
AO TEMPO PARA A APOSENTADORIA
VONTUNTÁRIA - DECRETO REGULAMENTAR -
EXIGÊNCIA E INTERPRETAÇÃO DA LEI -
LEGALIDADE - DENEGADO.

O Decreto que regulamenta o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, editado por força da mesma lei, relativamente à concessão da vantagem pecuniária, é legal porque limita-se a interpretá-lo dentro dos contornos estabelecidos no dispositivo legal criador do direito.

No mesmo acórdão, o ilustre Des. Joenildo de Souza Chaves assim se pronunciou, ao apreciar o disposto no art. 77 da Lei n. 1.102/90:

Essa regra constituiu um privilégio, se considerada em relação ao trabalhador da iniciativa privada, em relação ao ocupante de cargo em comissão que não seja servidor efetivo e em relação ao servidor que não ocupa qualquer função de chefia. É essencial perguntar, então, qual a razão para que o legislador concedesse tal privilégio. A única resposta possível, que se harmoniza com os princípios da moralidade, legalidade e impessoalidade, que regem a Administração Pública (CF, art. 37), é a de

que o objetivo único é a melhor prestação do serviço público; o privilégio deve ser assim como um incentivo para os servidores que ocupam os postos de direção.

Então, quanto mais restrito for esse grupo de servidores beneficiados pelo privilégio, mais a norma estará atingindo seus objetivos (...).

Em resumo, dou à lei uma interpretação restritiva que "aplica-se quando se reconhece que o legislador, posto se tenha exprimido em forma genérica e ampla, todavia quis referir-se a uma classe especial de relações".

Adotando-se essa linha de entendimento, e voltando ao disposto no § 1º do art. 52 da Lei n. 2.065/99, com a redação da Lei n. 2.129/2000, pode-se facilmente concluir que, embora o legislador genericamente tenha previsto a aplicação do regime estatutário aos servidores do quadro suplementar e especial, tal dispositivo deve ser entendido restritivamente.

Assim, aos servidores do quadro suplementar e especial jamais poderão ser concedidos direitos específicos dos servidores efetivos, pois não há como se aplicar o princípio da isonomia a servidores que não se encontram na mesma situação jurídica.

Com efeito, conforme já ressaltado, os servidores efetivos exercem seus cargos em decorrência da aprovação em concurso público, nos termos constitucionais.

Já os servidores do quadro suplementar ou especial são servidores remanescentes de regime anterior, os quais deverão se submeter a concurso público para aquisição da efetividade, sem a qual, ressalvadas as hipóteses previstas constitucionalmente (cargo em comissão e contratação temporária), não há possibilidade de se exercer cargo ou função pública.

Portanto, é evidente a situação de desigualdade jurídica entre os mencionados servidores, razão pela qual é inconstitucional a extensão de direitos e vantagens inerentes aos servidores efetivos aos servidores do quadro suplementar e especial, inclusive

a incorporação pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, prevista pelo revogado art. 77 da Lei n. 1.102/90.

Admitir-se o contrário significaria flagrante burla aos princípios constitucionais aos quais está submetida a Administração Pública.

Do exposto, conclui-se pelo indeferimento do pedido, uma vez que falta à requerente o requisito fundamental para a incorporação pleiteada, qual seja, o exercício de cargo em provimento efetivo, bem como ratifica-se o entendimento já esposado por esta Procuradoria-Geral do Estado relativamente à matéria.

É o parecer que submetemos a sua elevada apreciação.

Campo Grande, 31 de maio de 2001.

Judith Amaral Lageano
Procuradora do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 49-56.

Registre-se.

Devolva-se o processo ao órgão consulente.

Campo Grande, 04 de junho de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE N. 036/2001

PAP N. 009/2001

Processo n. 11/001564/99

Processos n. 04/113838/99 - José Leonel dos Santos

04/113850/99 - Joaquim Araújo

09/376953/00 - Valdecir José do Nascimento

Assunto: Isenção da contribuição previdenciária.

Ementa: Isenção da contribuição previdenciária. Art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 20/98. Norma prevista para os servidores públicos cuja aposentadoria é regida pelo disposto no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal. Inaplicabilidade aos servidores militares, regidos por legislação específica, conforme art. 42, § § 1º e 2º da Constituição Federal.

O § 1º do art. 3º da EC n. 20/98 dispõe sobre a isenção da contribuição previdenciária para os servidores públicos civis que, à data da publicação da Emenda, já tivessem preenchidos os requisitos para a obtenção da aposentadoria pelas regras então vigentes, e optassem em permanecer na ativa até a implementação das exigências contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da CF, que disciplina as atuais regras de aposentadoria para essa categoria de servidores. Aos servidores militares não se aplica o disposto no § 1º do art. 3º da EC n. 20/98, uma vez que são regidos por legislação específica, por força de mandamento constitucional, a qual prevê, no âmbito estadual, a transferência ex officio para a reserva remunerada do servidor militar que tenha ultrapassado ou venha a ultrapassar 30 anos de serviço, não dispondo sobre a hipótese de opção pela permanência no serviço ativo, após o implemento do tempo para a inatividade.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos, em atenção à sugestão apresentada pelo diretor executivo do MS-PREV, solicita análise e parecer quanto ao pedido apresentado pelos servidores militares Valdecir José do Nascimento, José Leonel dos Santos e Joaquim Araújo, de isenção da contribuição previdenciária a partir de 16/12/98, por terem completado 30 anos de efetivo serviço, bem como a restituição dos valores descontados a partir de janeiro de 1999, com fundamento no art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98.

Os processos supra discriminados foram instruídos com as certidões de tempo de serviço dos requerentes, constando, ainda, parecer favorável da Assessoria Jurídica do Previsul, e manifestação pelo indeferimento dos pedidos pela Assessoria Jurídica da Coordenação de Previdência/SEGES.

É o relatório.

Os requerentes pretendem a isenção da contribuição previdenciária, sob a alegação de que contam com mais de trinta anos de serviço, bem como a restituição dos valores descontados a partir de 1999, com fundamento nas disposições do art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, da Emenda Constitucional n. 20/98.

Destacaremos a seguir alguns tópicos, necessários para a análise da matéria.

Das certidões de tempo de serviço.

Nas certidões de tempo de serviço apresentadas, além do tempo de efetivo exercício na carreira militar, constam averbações de tempo de serviço, tais como: tempo prestado ao Exército Brasileiro (serviço público federal), ao serviço público municipal, prestado à iniciativa privada e relativo à licença especial e férias não gozadas, contado em dobro.

Ocorre que, conforme disposto no § 1º do art. 131 da Lei Complementar n. 053, de 30/08/90, o tempo relativo à licença especial e as férias não gozadas, contado em dobro, **somente pode ser acrescido ao tempo de serviço do servidor militar no momento da passagem para a inatividade.**

Portanto, por exigência legal, tal tempo não pode ser computado para outros fins a não ser para a contagem do tempo para aposentadoria.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 20/98, ficou vedada a contagem de tempo de contribuição fictício, conforme previsão do § 10 do art. 40 da Constituição Federal.

Conclui-se, pois, que a contagem do tempo relativo à licença especial e férias não gozadas, em dobro, não pode ser computada para a finalidade pretendida pelos requerentes, ou seja, isenção de contribuição previdenciária.

Da transferência *ex officio* para a reserva remunerada.

A Lei Complementar n. 053/90, o Estatuto dos servidores públicos militares deste Estado, ao dispor sobre a passagem para a situação de inatividade, estabelece, no art. 91, II, "a", a transferência *ex officio* para a reserva remunerada quando o servidor militar tenha ultrapassado ou venha a ultrapassar 30 anos de serviço.

Tal situação, logo, não depende da vontade do servidor, dispondo a lei como uma obrigação à Organização Militar de promover a transferência para a reserva remunerada do servidor militar que esteja inserido na hipótese legal.

No período em que aguardar a mencionada transferência, o art. 76, § 1º, "b", determina que o servidor deverá ficar agregado.

Ademais, a própria lei traz a definição de "anos de serviço"

para fins de transferência para a reserva remunerada, dispendo o art. 131 que essa expressão designa o tempo de serviço com os acréscimos discriminados nos incisos I a IV do dispositivo, dentre eles, o tempo de serviço público federal, estadual, municipal e privado, bem como o tempo relativo a cada licença especial e férias não gozadas, contado em dobro.

Dessa forma, nos termos da lei específica aplicável aos servidores militares, completados 30 anos de serviço, computados para tal efeito os acréscimos previstos na lei, o servidor militar deverá ser transferido *ex officio* para a reserva remunerada.

Cumprе ressaltar que recentemente esta Procuradoria-Geral do Estado manifestou-se sobre a matéria, através do Parecer PGE/PP/n. 023/2001, aprovado em 05/06/2001, de autoria da ilustre Procuradora do Estado, Dra. Sandra Calligaris, em resposta à consulta formulada pelo Comando-Geral da Polícia Militar sobre a legalidade do cancelamento de averbação de tempo de serviço realizado em atendimento à solicitação de alguns servidores militares, dentre eles, o Ten. Cel. QOPM José Leonel e o Ten. Cel. QOPM Joaquim Araújo, requerentes nestes autos.

Em outros termos, parte do tempo computado pelos requerentes para a pretendida isenção de recolhimento previdenciário foi posteriormente desaverbado em outros processos.

Em decorrência do Parecer supra destacado, foram cancelados os atos de desaverbação, sendo que a matéria já se encontra *sub judice* em razão da impetração do Mandado de Segurança n. 525/2001.17581-3, por Roberto Pinheiro de Lima, com pedido de liminar, indeferido pelo d. juízo.

E ainda, deve ser destacado que o Tribunal de Justiça-MS, no julgamento proferido no Mandado de Segurança n. 75486-7, interpretou o disposto no art. 91, II, "a", da Lei Complementar n. 053/90, como "obrigação do poder público providenciar, *in continenti*, o processamento da transferência para a inatividade quando o policial militar ultrapassar 30 anos de serviço - a chamada

transferência compulsória", considerando a transferência *ex officio* como uma imposição e não uma faculdade da lei.

Assim, e segundo o mencionado acórdão, a Comissão de Promoções, quando da análise e do julgamento individual de cada oficial, para inclusão no quadro de acesso, deve atentar para as condições pessoais, incluindo, dentre outras, o tempo de serviço, resultando em proposta ao Comandante-Geral da agregação do oficial por conta da superação do limite de permanência no serviço ativo.

No mesmo julgamento, um dos requerentes no presente feito, José Leonel dos Santos, foi considerado em excesso de tempo de serviço para a aposentadoria.

Resumindo, o servidor militar que já tenha trinta anos de serviço deve ser transferido *ex officio* para a reserva remunerada, aguardando esse ato na situação de agregado, não compondo, em decorrência, o quadro de acesso para promoção.

Do disposto no art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 20/98.

Uma das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 20/98, que modificou o sistema de previdência social, foi a conjugação, para fins de concessão de aposentadoria voluntária integral, dos seguintes fatores: dez anos de efetivo exercício no serviço público, cinco anos tempo de exercício no cargo em que se der a aposentadoria, idade e tempo de contribuição (60 anos e trinta e cinco de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e trinta de contribuição, se mulher).

No entanto, o art. 3º da Emenda garantiu o direito à aposentadoria, a qualquer tempo, aos servidores que, na data da publicação da Emenda, já tivessem preenchidos os requisitos para a obtenção do benefício pelas regras então vigentes.

Para esses servidores, e desde que optassem em

permanecer na ativa, o § 1º previu a isenção da contribuição previdenciária até a implementação das exigências contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal.

Exemplificando: servidor com 55 anos, que, em 16/12/98, já possuía 35 anos de serviço, e desde que optasse em permanecer na ativa, faria jus à isenção da contribuição previdenciária, até completar 60 anos (condição do art. 40, § 1º, III, "a"), momento em que passaria para a inatividade.

Verifica-se, assim, que as regras mencionadas se aplicam aos servidores públicos civis, que não são abrangidos por legislação especial relativamente à aposentadoria.

No caso dos servidores militares, a própria Constituição Federal os distingue dos demais servidores, tratando-os na Seção III, determinando, expressamente, quais regras aplicáveis aos servidores civis são estendidas aos servidores militares, conforme se constata pela leitura dos §§ 1º e 2º do art. 42.

Assim, o § 1º do art. 42 da Constituição Federal dispõe que se aplicam aos militares dos Estado, 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 (que tratam das Forças Armadas), **cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, dentre elas, as condições de transferência do militar para a inatividade, consideradas as peculiaridades de suas atividades.**

E, ainda, o § 2º do mesmo art. 42 estabelece que aos militares dos Estados e a seus pensionistas aplica-se o disposto no art. 40, § 7º e 8º.

No âmbito estadual, a legislação específica em vigor relativamente aos servidores militares é a Lei Complementar n. 053/90, a qual prevê, no art. 91, II, "a", a transferência *ex officio* do policial militar que tenha ultrapassado ou venha ultrapassar 30 anos de serviço, conforme discorrido no tópico anterior.

Portanto, a transferência do servidor militar para a

inatividade, em face das peculiaridades do cargo, e em razão do disposto em lei própria, dá-se em tempo inferior ao que é exigido para o servidor civil, previsto no art. 40, § 1º, da Constituição Federal.

Ademais, a legislação estadual específica aplicável não prevê para os servidores militares a opção de continuar em atividade, uma vez que, como já ressaltado, cumpridos os trinta anos de serviço, deve ser transferido *ex officio* para a reserva remunerada.

Dessa forma, a isenção da contribuição previdenciária não se aplica a essa categoria de servidores, uma vez que o disposto no art. 3º da Emenda Constitucional n. 20/98 dirige-se aos servidores civis, cujas regras de aposentadoria foram alteradas, segundo o disposto no art. 40, § 1º, da Constituição Federal.

Aliás, conforme já destacado, o § 1º do art. 3º da mencionada Emenda, no qual os requerentes se fundamentaram, é claro ao estabelecer a conexão entre a isenção da contribuição previdenciária e as disposições do art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal, aplicável aos servidores civis.

Do exposto, conclui-se pelo indeferimento do pedido, bem como pela imediata implementação dos atos de transferência dos requerentes para a reserva remunerada, por terem excedido o tempo de permanência em atividade, conforme disposto no art. 91, II, "a", da Lei Complementar n. 053/90.

É o parecer que submetemos a sua elevada apreciação.

Campo Grande, 26 de julho de 2001.

Judith Amaral Lageano
Procuradora do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 34-40.

Registre-se.

Devolva-se os processos ao órgão consultente.

Campo Grande, 30 de outubro de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE N. 048/2001

PP n. 013/2001

Processo n. 04/113855/97

Interessado: Odiel Pereira Viana

Assunto: Aposentadoria por tempo de serviço.

Ementa: Servidores ocupantes de cargos em comissão de direção e assistência da polícia civil – DAP. Aposentadoria. Regime geral de previdência social.

Em face do disposto no § 13 do art. 40 da CF, com a redação da EC n. 20/98, os servidores ocupantes de cargos em comissão de Direção e Assistência da Polícia Civil - DAP, criados pelo Decreto-Lei n. 055/79, alterados e reclassificados pela Lei n. 103/80, submetem-se ao regime geral de previdência social. As disposições da Lei n. 1.012/89, para fins do disposto no art. 97 da Lei n. 2.207/2000, não se aplicam aos servidores ocupantes de cargos em comissão - DAP, em razão da vedação prevista no § 2º do art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos solicita apreciação e normatização da matéria constante do processo em epígrafe, o qual trata do pedido de aposentadoria por tempo de serviço apresentado por Odiel Pereira Viana, ocupante de cargo em comissão de Direção e Assistência da Polícia Civil - DAP, na função de Agente de Polícia.

O requerente solicitou, em 15/04/97, perante o PREVISUL aposentadoria por tempo de serviço com fundamento no art. 51 da

Lei n. 204, de 29/12/80, o que lhe foi indeferido por não preencher o tempo necessário para a concessão (f. 113).

Posteriormente, com a edição da Lei n. 2.207/2000, que instituiu o regime de previdência social de Mato Grosso do Sul – MS PREV, o processo foi retomado, constatando-se que o servidor possuía, em 16/03/2001, trinta anos de serviço, conforme certidão de f. 139.

Foi elaborado o Parecer n. 258/2001 pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública de f. 143-5, concluindo pelo deferimento de aposentadoria aos trinta anos de serviço, com fundamento no art. 73, II, “a”, da LC n. 038/89, com a redação da LC n. 080/96.

Encaminhados os autos à Coordenadoria de Previdência, foi elaborada a Manifestação n. 348/2001, de f. 164, sugerindo remessa dos autos a esta PGE, em face da necessidade de normatização da matéria, tendo em vista vários casos semelhantes, inclusive com pedidos de revisão de aposentadoria em decorrência do entendimento manifestado pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública, quanto à aplicação das disposições da LC n. 038/89, e suas alterações, aos servidores - DAP.

É o relatório.

Trata o caso em tela de pedido de aposentadoria voluntária por tempo de serviço apresentado por servidor ocupante de cargo em comissão de Direção e Assistência da Polícia Civil, inicialmente com fundamento no art. 51 da Lei n. 204/80.

Os cargos de Direção e Assistência da Polícia Civil foram criados pelo Decreto-Lei n. 55, de 21/02/79, posteriormente alterados e reclassificados pela Lei n. 103, de 26/06/80.

Esses cargos, de provimento em comissão, foram criados para terem existência temporária, dispendo o art. 7º da Lei n. 103/80, que os mesmos seriam obrigatoriamente extintos quando

70% dos cargos efetivos criados pelo art. 13 da Lei n. 55/80 (Plano de Cargos e Empregos do Quadro Permanente), nas categorias funcionais que integram o Grupo Polícia Civil, fossem providos.

Entretanto, tais cargos não foram extintos, permanecendo em exercício na Administração Pública servidores nomeados para os cargos em comissão - DAP.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹, cargo em comissão é aquele predisposto ou vocacionado a ser preenchido por um ocupante transitório, da confiança da autoridade que o nomeou e que nele permanecerá enquanto dela gozar. Por isso, diz-se que tais cargos são de livre provimento. Isso significa que a autoridade com poderes para preenchê-los pode nomear pessoa de sua escolha. Não há, pois, concurso para o provimento de cargo em comissão. Assim, como é livre a nomeação, também é livre a exoneração, isto é, quem tem o poder para preencher o cargo, também o possui para exonerar *ad nutum* o ocupante.

Dessa forma, em face do provimento em comissão de seus cargos, os servidores - DAP recolheram a contribuição previdenciária para o extinto PREVISUL no percentual de 8%, nos termos do art. 16, II, da Lei n. 204, de 29/12/80, com a redação da Lei n. 1452, 07/12/93, que dispôs, *in verbis*:

Art. 1º. O servidor público civil ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com o Estado, suas autarquias ou fundações públicas que, comprovadamente, não contribua para outro Sistema de Previdência Social, vincula-se obrigatoriamente ao Sistema estabelecido pela Lei n. 204, de 29/12/80, recolhendo contribuição mensal conforme o inciso II, do art. 16 da referida Lei.

A Lei Complementar n. 038/89, o Estatuto do Policial Civil, dispôs em seu art. 172 que o quadro de carreira do Grupo Polícia

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

Civil será estruturado segundo o Anexo I da mesma lei, o qual não prevê os servidores ocupantes de cargos em comissão - DAP como pertencente à carreira do referido Grupo funcional, o que, aliás, atende aos princípios constitucionais que exigem a investidura em cargo público de provimento efetivo através de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF.

Ademais, o *caput* do art. 52 da Lei n. 2065, de 29/12/99, que estabeleceu o novo Plano de Cargos, Empregos e Carreiras da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado, dispôs, *in verbis*:

Art. 52. Aos servidores incluídos no Quadro Suplementar e Especial, por força das Leis n.º 274, de 26/10/81, n. 661, de 10/07/86, art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988 e Lei n. 1012/90, assim como os ocupantes dos cargos de provimento em confiança de Agente Fazendário, DAP e Função de Assessoramento Especializado - FAE, continuarão a pertencer aos seus respectivos quadros.

Assim, os servidores ocupantes de cargos em comissão de Direção e Assistência da Polícia Civil - DAP continuam pertencendo ao próprio quadro, não integrando o Plano de Cargos do Subgrupo Polícia Civil, constituído pelos servidores efetivos, conforme constante do Anexo VI da Lei n. 2.065/99.

Por outro lado, o § 1º do art. 52 da Lei n. 2065/99, originariamente dispôs que os servidores referidos no *caput* do art. 52, acima transcrito, dentre eles os servidores - DAP, teriam os mesmos direitos e vantagens, deveres e obrigações, previstos na legislação que dispõe sobre o regime jurídico estatutário, exceto os direitos inerentes à condição de servidor efetivo.

Posteriormente, o art. 14 da Lei n. 2.129, de 02/08/2000, deu nova redação ao § 1º do art. 52 da Lei n. 2065/99, suprimindo a parte final do dispositivo, o qual passou a vigorar da seguinte forma:

§ 1º Os servidores referidos no *caput* deste artigo terão

os mesmos direitos e vantagens, deveres e obrigações, previstos na legislação que dispõe sobre o regime jurídico estatutário.

Ora, a isonomia prevista no § 1º do art. 52 da Lei n. 2.065/99, com a redação da Lei n. 2.129/2000, entre os servidores do quadro suplementar e especial, de detentores de cargos em comissão de Agente Fazendário, DAP e FAE, com os servidores efetivos submetidos ao regime estatutário, é inconstitucional, por não encontrar respaldo nos princípios aplicáveis à Administração Pública no trato com o seu funcionalismo.

Com efeito, tal disposição deve ser entendida dentro dos limites constitucionais, atendendo aos princípios da legalidade, isonomia, moralidade, da necessária investidura em decorrência de concurso público, dentre outros estabelecidos na Constituição Federal, notadamente no capítulo que trata da Administração Pública.

Assim, não é possível juridicamente equiparar-se servidores que se encontram em situação de flagrante desigualdade, sob pena de se ferir os princípios supramencionados.

Nessa medida, os servidores efetivos, que ingressaram no serviço público em decorrência de concurso público de provas e títulos, em atendimento à exigência do art. 37, II, da Constituição Federal, não podem sofrer equiparação com os servidores que não ingressaram no serviço público pela forma constitucional, mas que remanescem em atividade em razão do regime constitucional anterior, que permitia a existência de regime especial.

No entanto, com a edição do novo ordenamento jurídico advindo da Constituição Federal de 1988, perdeu o suporte de validade a manutenção de tais servidores no serviço público, ressalvados aqueles que se enquadravam nas disposições do art. 19 do ADCT da Magna Carta.

Nesse ponto, cumpre destacar que o § 3º do art. 19 do ADCGT da Constituição Estadual conferiu estabilidade no serviço

público aos servidores admitidos para os cargos criados pela Lei n. 103/80 (DAP).

Esse dispositivo, no entanto, está eivado do vício da inconstitucionalidade frente ao disposto no § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, o qual excetua, da estabilidade no serviço público prevista no *caput* do mesmo artigo, os servidores ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, como é o caso dos servidores ocupantes dos cargos - DAP, nos termos da Lei n. 103/80.

Voltando ao caso em tela, o servidor requerente, ocupante de cargo em comissão - DAP, solicitou ao PREVISUL aposentadoria por tempo de serviço com fundamento no art. 51 da Lei n. 204/80, então vigente, que previa aposentadoria aos 35 anos, se homem, e trinta anos, se mulher.

Na ocasião do pedido, não preenchia o tempo de serviço necessário para a concessão de aposentadoria, o que lhe foi indeferido (f. 113).

Posteriormente, com a edição da Lei n. 2.207/2000 (MS-PREV), o processo de aposentadoria foi retomado, contando o interessado, em 16/03/2001, com 30 anos de serviço, conforme certidão de f. 139.

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Segurança Pública, analisando o processo, concluiu pelo deferimento do pedido, considerando que o requerente é amparado pela LC n. 038/89, com a redação da LC n. 080/96, que previu, no art. 73, II, "a", a aposentadoria especial dos integrantes do Grupo Polícia Civil, aos trinta anos de serviço, com proventos integrais.

No entanto, conforme supra destacado, os servidores ocupantes de cargos em comissão DAP, previstos na Lei n. 103/80, não pertencem à carreira do Grupo Polícia Civil, estatuída pela LC 038/89 (Anexo I), formada por servidores efetivos aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 14, I, da mencionada lei.

Ademais, não cabe o argumento de que o art. 170 da LC n. 038/89, com a redação da LC n. 054/90, equiparou os servidores DAP aos servidores do Grupo Polícia Civil, uma vez que o artigo mencionado previu apenas a extensão aos servidores - DAP, **quando cabíveis**, das gratificações previstas no art. 52 da LC n. 038/89 para os policiais civis, não fazendo qualquer referência aos dispositivos que tratam da aposentadoria.

Portanto, até a publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, os servidores ocupantes de cargos em comissão de Direção e Assistência da Polícia Civil - DAP eram contribuintes do antigo regime previdenciário do Estado, submetendo-se às regras gerais de aposentadoria previstas na Lei n. 204/80.

Dessa forma, como inicialmente destacado, recolheram ao extinto PREVISUL a contribuição previdenciária no percentual de 8%, conforme previa a Lei n. 204/80, art. 16, II, c/c art. 1º da Lei n. 1.452/93.

Ocorre que, com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, que modificou o sistema de previdência social, os servidores ocupantes de cargos em comissão passaram a ter novo tratamento constitucional, como pode ser verificado pela leitura do § 13 do art. 40, da CF, *in verbis*:

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

Dessa forma, em cumprimento à disposição constitucional, a Lei n. 2.207, de 28/12/2000, que institui o regime de previdência social deste Estado, e criou o Fundo de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, MS-PREV, estabeleceu, no § 2º do art. 5º, *in verbis*:

§ 2º O servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de

emprego público, é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, como empregado, estando excluído do regime de que trata esta Lei.

Deve-se registrar, que o art. 3º, *caput*, da Emenda Constitucional n. 20/98 assegurou a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, como aos seus dependentes, que, até a data da publicação da Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

Assim, os servidores comissionados e que no regime anterior recolhiam para o PREVISUL, e desde que já tivessem cumprido, em 16/12/98, os requisitos para a aposentadoria pelos critérios estabelecidos pela Lei n. 204/80 e suas alterações, vigente à época (35 anos, se homem, 30 anos, se mulher), estão amparados pelo art. 3º da Emenda Constitucional n. 20/98, hipótese que não se concretizou no presente caso, uma vez que o servidor contava, em 16/03/2001 (certidão de tempo de serviço de f. 139), com 30 anos de tempo de serviço, não preenchendo, portanto, os requisitos para aposentadoria na data da publicação da Emenda, segundo as normas então vigentes.

Por outro lado, o art. 97 da Lei n. 2.207/2000 dispôs que os servidores integrantes dos quadros especial e suplementar de que trata o parágrafo único do art. 302 da Lei n. 1.102/90, são segurados do regime instituído pela mencionada Lei (MS-PREV).

Os servidores do quadro especial, criado pela Lei n. 1.012, de 08/12/89, são aqueles abrangidos pelo art. 19 do Ato das Disposições Gerais e Transitórias da Constituição Federal, que previu a estabilidade aos servidores públicos civis em exercício, em 05/10/88, há pelo menos cinco anos continuados.

No entanto, a Lei n. 1.012/89, no § 2º do art. 1º, estendeu também a estabilidade constitucional aos servidores admitidos para os cargos em comissão criados pela Lei n. 103/80, ou seja, os cargos - DAP.

Conforme já exposto, o § 2º do art. 19 do ADCT da Constituição Federal vedou a estabilidade aos servidores ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão.

Portanto, o disposto no § 2º do art. 1º da Lei n. 1.012/89, da mesma forma que o disposto no § 3º do art. 19 do ADCGT da Constituição Estadual, ao garantir a estabilidade aos servidores ocupantes de cargo em comissão - DAP, é inconstitucional, uma vez que contraria disposição expressa do § 2º do art. 19 do ADCT da Constituição Federal que veda a estabilidade a essa categoria de servidores.

A título de argumentação, mesmo que fosse possível a garantia da estabilidade aos servidores ocupantes de cargos em comissão - DAP, no caso ora analisado, o servidor foi nomeado para o referido cargo a partir de 03/05/85, conforme f. 79 dos autos, não possuindo, portanto, cinco anos continuados, em 05/10/88, no exercício do cargo.

Do exposto, conclui-se que os servidores ocupantes de cargos em comissão de Direção e Assessoramento da Polícia - DAP, da mesma forma que os demais ocupantes de cargos em comissão em exercício na Administração Pública Estadual, submetem-se ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do § 13 da Constituição Federal c/c § 2º do art. 4º da Lei n. 2.207/2000, passando a recolher a contribuição previdenciária àquele regime, submetendo-se, quanto aos requisitos para aposentadoria, às normas previstas na legislação aplicada ao RGPS, ressalvadas as situações referentes aos servidores que já tivessem cumprido, em 16/12/98, os requisitos exigidos pela Lei n. 204/80 para a aposentadoria, nos termos do art. 3º, *caput*, da EC n. 20/98.

É o parecer que submetemos a sua apreciação.

Campo Grande, 27 de agosto de 2001.

Judith Amaral Lageano
Procuradora do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 168-175.

Registre-se.

Devolva-se os processos ao órgão consulente.

Campo Grande, 30 de agosto de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER/PGE/N. 061/2001

PAA/N. 036/2001

Processo n. 15/000780/2001

Interessada: Secretaria de Estado de Educação

Assunto: Legalidade do repasse das verbas oriundas do FIS (Fundo de Investimento Social) pela Secretaria de Educação aos educadores do Projeto MOVA/MS.

Ementa: É possível o repasse de verbas do FIS aos educadores do Projeto MOVA/MS, não se caracterizando vínculo empregatício com o Estado, desde que realizado através do instituto de parceria, sob a forma de convênio, entre a Secretaria de Educação e entidades ou associações civis, como, por exemplo, as associações de pais e alunos das escolas estaduais.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Senhor Secretário de Estado de Educação, Prof. Antônio Carlos Biffi, mediante OF/N.3123/GAB/SED/2001, submete à apreciação da Procuradoria-Geral do Estado processo administrativo, em que se busca a possibilidade de repasse de determinada quantia de verba do FIS (Fundo de Investimento Social) aos educadores do Projeto de Alfabetização de Jovens e Adultos, MOVA/MS.

Afirma que tal repasse já consta de previsão orçamentária e questiona se é legal e possível o repasse desta verba aos educadores sem que esse fato se configure em remuneração direta e conseqüente vínculo empregatício com o Estado.

Trazem estes autos projeto de alfabetização (f. 03/12), previsão orçamentária (f. 13) e manifestação da Procuradoria Especializada de Pessoal da Procuradoria-Geral do Estado (f. 15).

Nesta última, rejeita-se o enfrentamento da questão, sob o argumento de que **vínculo empregatício** refoge ao âmbito de sua função especializada.

Sendo assim, encaminhados os presentes autos A esta Procuradoria de Assuntos Administrativos, passamos à análise da questão.

I O INSTITUTO DA PARCERIA

O instituto da parceria nada mais é do que uma sociedade, onde duas ou mais pessoas se reúnem para consecução de um fim comum, com investimento de capital e trabalho.

É a existência de colaboração entre o poder público e a iniciativa privada, com intenção de satisfação de interesses públicos, nos âmbitos social e econômico, visando ou não ao lucro.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, leciona:

O vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores públicos e privado, para consecução de fins de interesse público.

Nesse sentido, uma das formas de parceria, denominada convênio, é um acordo de vontades entre órgãos de poder público e entidades privadas, para realização de interesses comuns a ambas as partes.

Difere do contrato, pois, nesse, as partes têm interesses diversos e opostos, uma pretendendo o objeto do ajuste e a outra a contraprestação correspondente.

Por seu turno, no convênio, os partícipes possuem

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, 3. ed, São Paulo: Atlas, 1999, p. 31

interesses comuns, pretendem um resultado comum, através de mútua colaboração, podendo ser exercida através de várias formas, como **repasse de verbas**, uso de equipamentos, **recursos humanos e materiais**.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro², ensina:

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-las 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 de 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)

² DI PIETRO, 1999, p. 180.

Ainda, faz-se necessário observar que o valor repassado ao conveniado deve ser totalmente aplicado à consecução do fim público, em estrita obediência aos objetivos previamente estipulados, devendo prestar contas ao órgão repassador da verba, bem como ao Tribunal de Contas.

Não basta que se demonstre o resultado final obtido, mas que todo o valor repassado foi utilizado para a obtenção do resultado.

Vejamos o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público.

Hely Lopes Meirelles⁴, dispõe sobre a execução do convênio:

A execução dos convênios tem ficado, comumente, a cargo de uma das entidades participantes, ou de comissão diretora. De qualquer forma, o convênio permanece despersonalizado e sem órgão diretivo adequado. Diante desses inconvenientes, recomenda-se a organização de uma entidade civil ou comercial com a finalidade específica de dar execução aos termos do convênio, a qual receberá e aplicará seus recursos nos fins estatutários, realizando diretamente as obras e serviços desejados pelos partícipes ou contratando-os com terceiros. Assim, o convênio manter-se-á como

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 287.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 344.

simples pacto de cooperação, mas disporá de uma pessoa jurídica que lhe dará execução, exercendo direitos e contraindo obrigações em nome próprio e oferecendo as garantias peculiares de uma empresa.

Assim sendo, o repasse de parcela da verba aos educadores não desvirtua o fim público almejado, já que estes serão os verdadeiros realizadores do Projeto.

Entretanto, o Estado não pode realizar o repasse direto de tais verbas aos professores da rede estadual ou particulares, sob pena de caracterizar-se como remuneração oriunda de vínculo empregatício. Deve, portanto, estabelecer parceria com entidades ou associações civis, como associação de pais e alunos das escolas estaduais, fornecendo subsídios e vantagens para que os particulares exerçam o que, de início, era de competência pública.

Tais entidades civis é que realizarão a contratação e pagamento dos professores envolvidos no projeto.

Por outro lado, a Lei Federal n 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Públicos) dispõe em seu art. 116:

Art. 166. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos ou entidades da Administração.

Referido dispositivo estabelece normas sobre o repasse ou aplicação de verbas e recursos através de convênio, devendo ser observado, bem como a Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

II CONCLUSÃO

O repasse de verbas aos educadores *in casu*, sem que se caracterize remuneração ou vínculo empregatício com o Estado, é possível, desde que o Projeto MOVA/MS seja realizado mediante convênio entre o poder público e entidades ou associações civis,

como, por exemplo, associações de pais e alunos, devendo todo o valor repassado ser aplicado à consecução do fim público, inclusive como contraprestação ao serviço prestado pelos educadores, que, na efetuação de tais serviços, não se caracterizarão como servidores ou empregados públicos.

Tal é o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, 23 de outubro de 2001.

Marcos Costa Vianna Moog
Procurador do Estado

Despacho

Aprovo o parecer de f. 18-26.

Registre-se.

Encaminhe-se cópia ao órgão consulente.

Campo Grande, 30 de agosto de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado

PARECER/PGE/N. 067/2001

PAA/N. 040/2001

Processo n. 27/001504/2001

Interessado: Secretário de Estado de Saúde.

Assunto: Análise de processo relativo à Sociedade Beneficente Corumbaense. Possibilidades e sugestão de procedimentos a serem adotados.

Ementa: O processo administrativo caracteriza-se como uma sucessão de atos administrativos com vistas à consecução de determinado fim. *In casu*, o que se tem é uma compilação de documentos juntados aos autos aleatoriamente. De todo modo, a análise dos documentos apresentados autoriza a tomada de providências civis, penais e administrativas, sendo estas últimas, com fulcro no Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Saúde, Dr. Gerardo Resende Pereira, encaminha estes autos, em 4 (quatro) volumes, através do OF/N. 7.418/2001/CCSS/SES/MS, nos seguintes termos:

"Conforme entendimento, após reunião com o Excelentíssimo Senhor Governador, José Orcírio Miranda dos Santos, encaminhado para análise dessa Procuradoria, 04 (quatro) volumes do processo contra a Sociedade Beneficente Corumbaense."

Tal "processo" inicia-se com um Relatório de visita realizada na Sociedade Beneficente Corumbaense (vol. 1), datado de abril de 1995.

Após, tem-se uma sucessão de inúmeros documentos compilados aleatoriamente no decorrer dos últimos 7 (sete) anos: auditorias, relatórios, correspondências, fotografias, cópias de faturas, ofícios, atas e planilhas, dentre outros, cuja análise permite concluir que o Hospital de Caridade e Maternidade de Corumbá, de propriedade da Sociedade Beneficente Corumbaense e mantido principalmente com verbas do SUS, encontra-se, de fato, em situação de completa insolvência, o equivalente civil à falência das sociedades comerciais.

Nesse sentido, o OF/CIR/N. 125/2001/CCSS/SES/MS, de 13 de março de 2001 (f. 419/420, vol. III), informa a existência de dívida da Sociedade Beneficente Corumbaense com o INSS, no valor de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), além de dívidas com a ENERSUL, SANESUL e FGTS, totalizando o montante de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

Ainda, há fortes indícios de inúmeras irregularidades, donde sobressai a suspeita de que, apesar de ser o Hospital mantido com verbas oriundas do SUS (aproximadamente 90%), convênios e doações, é administrado como uma clínica privada com fins lucrativos, cobrando-se desde remédios até operações, em exploração vil da população carente de Corumbá.

Eis porque, desde já, recomenda-se o encaminhamento de cópia integral destes autos ao Ministério Público Federal em Mato Grosso do Sul e ao Ministério Público Estadual, para as providências que entenderem cabíveis, dentre as quais, a abertura de inquéritos civis e criminais.

Por outro lado, considerando que o Hospital em questão é fundamental para o atendimento à população carente de Corumbá, realizaram-se inúmeras, embora infrutíferas, tentativas de regularização da situação, seja pelos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde, como pelos demais órgãos competentes.

Desse modo, impõe-se análise sob o prisma da Administração Pública Estadual, com foco na urgente regularização

do atendimento de saúde, público e gratuito, à população de Corumbá, pelo Hospital supramencionado.

Outras providências civis e criminais poderão ser tomadas, como já salientado, inclusive pelos sócios da Sociedade Beneficente que se sintam lesados pela forma como a mesma vem sendo administrada, além de seus credores, frente aos demais bens da Sociedade.

Aqui, entretanto, urge solucionar o problema da assistência à população, em vista do que vislumbra-se a hipótese de desapropriação mediante declaração de utilidade pública.

DESAPROPRIAÇÃO DO HOSPITAL DE CARIDADE OU SANTA CASA DE CORUMBÁ

A desapropriação aventada encontra respaldo na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIV, combinado com o art. 5º, letra "g", do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

De fato, tal diploma legal autoriza, em seu art. 2º, a desapropriação por utilidade pública de todos os bens, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios:

Por todos os bens e por direito de propriedade devem ser compreendidos: bens móveis ou imóveis (por natureza ou por destinação), bens imóveis-pertenças, direitos reais outros que a propriedade (de gozo e de garantia), posse, direitos de concessionários, direito ao exercício de profissão, bens patrimoniais das entidades políticas, enfim, direitos ou elementos de direitos dotados de patrimonialidade.

[...]

Em nosso Direito, a quase unanimidade dos doutrinadores admite a expropriedade de qualquer espécie de bem, admitindo Pontes de Miranda a desapropriação de elemento do direito de propriedade, através da desconstituição de um direito na esfera

dominial do proprietário para ser constituído na esfera de direitos do expropriante, como direito de locação, de usufruto, de servidão.¹ (grifo nosso)

Assim, consideram-se casos de utilidade pública, dentre outros, a **assistência pública**, as obras de higiene e decoração, **casas de saúde, clínicas**, estações de clima e fontes medicinais (art. 5º, letra "g").

O tema já foi objeto de análise pela doutrina:

Casas de Saúde

O legislador de 1941 foi minucioso ao configurar as hipóteses de utilidade pública e, entre as espécies, inclui a desapropriação de imóveis para a construção de prédios em que funcionem casas de saúde ou a desapropriação de edifícios particulares para serem aproveitados como futuras casas de tratamento médico-hospitalar.

Clínicas

Edifícios em que funcionem clínicas para tratamento de saúde, clínicas gerais ou especializadas, também foram objeto do legislador de 1941. Tais estabelecimentos são úteis à saúde coletiva e, por isso, a lei arma o poder público de poderes para desapropriar com o objetivo de localizá-las e instalá-las.²

Fagundes³ escreve:

Note-se que a desapropriação, a tal propósito, será feita, freqüentemente, no interesse de estabelecimentos privados, exercendo as funções delegadas do poder

¹ CÂMARA FILHO, Roberto Mattoso. *A desapropriação por utilidade pública*. São Paulo: Lumen Juris, 1994, p. 121-6.

² FAGUNDES apud CRETELLA JÚNIOR, José, *Comentários à Lei da Desapropriação*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1991, p. 166.

³ FAGUNDES apud CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 167.

público, como certas associações hospitalares, que quase sempre mantêm casas daquela natureza em cooperação com a Administração Pública.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial do supracitado dispositivo indica ser passível de desapropriação, tanto um terreno para a construção de um hospital, como de uma clínica, casa de saúde ou hospital já existente. A esse respeito, temos exemplo nas notícias que colacionamos, em anexo, sobre as desapropriações realizadas nos Municípios de Feliz-RS e Santos-SP.

Normalmente, o poder público é que expropria, realiza diretamente a prestação do serviço básico de saúde ou delega-o a particulares. No presente caso, a solução mais apropriada seria a prestação direta.

Ainda, a fim de se afastar qualquer dúvida, impõe observar que os casos de utilidade pública previstos no Código Civil foram absorvidos pelo Decreto-Lei n. 3.365/41:

Os casos de necessidade e utilidade pública capitulados no art. 590, §§ 1º e 2º, do Código Civil foram absorvidos todos, sob a designação de utilidade pública, pelo art. 5º do Decreto-lei 3.365.

De acordo com ele, são hipóteses de desapropriação por utilidade pública, entre outras: a segurança nacional; a salubridade pública; a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde; a exploração ou conservação de serviços públicos; a abertura, conservação ou melhoramento de vias ou logradouros públicos; a reedição ou divulgação de obras ou invento de natureza científica, artística ou literária, a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos etc.⁴

Em consonância, somos do entendimento de que a lista de

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celson Antônio. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 539.

hipóteses previstas no texto legal supracitado apresenta teor exemplificativo, o que se estenderia para além das hipóteses descritas:

Parece-nos que a exemplicatividade seja de melhor técnica legislativa que a taxatividade. O controle do Poder Judiciário sobre os atos expropriatórios, e não só sobre estes, mas ainda e indiretamente (através de atos) sobre os standards existentes ou a virem existir, é bastante para garantir a atuação do Poder Executivo dentro do balizamento que lhe traçam os conceitos constitucionais, de forma que não só o Legislativo, mas ainda o Executivo podem formular novos padrões de utilidade pública ou necessidade pública não previstos, desde que atendam ao conceito constitucional de utilidade ou necessidade públicas.

[...]

Temos, pois, no enunciado de utilidade pública feito pelo administrador investido do poder de desapropriar, um enunciado de obra ou medida a serem realizados (enquadráveis nos *standards*) e de tais e quais bens ou direitos serem necessários para a realização enunciada.

O controle do primeiro enunciado se faz, constatando seu enquadramento nos *standards*.

O controle do segundo enunciado se faz, constatando a adequação lógica dos meios requisitados frente aos fins almejados.

O poder de desapropriar é pautado por pressupostos gerais e específicos.

O exercício do poder de desapropriar, o ato expropriatório, é, portanto, além de pelos pressupostos do poder de desapropriar, por pressupostos de lógica interior, racionalidade interna, a ele.⁵ (grifo nosso)

Outro aspecto a ser lembrado diz respeito à prestação direta

⁵ CÂMARA FILHO, 1994, p. 28-9.

de assistência à saúde que se pretenda implantar no Hospital a ser desapropriado. Cabe dizer que a Secretaria Estadual de Saúde deve dispor de pessoal habilitado ao exercício de funções, tais como de médico e enfermeiro, ou realizar licitação para tal fim.

Finalmente, não se pode confundir as figuras de encampação e desapropriação. Só há possibilidade de encampação quando se intervém na prestação de serviço ou atividade exercida mediante contrato de concessão, o que não se verifica *in casu*:

Embora haja traços conceituais parecidos, distinguem-se os dois institutos, sobretudo no quanto a encampação resulta de direito exurgido do próprio negócio jurídico entre poder concedente e concessionário, como direito formativo que é (*Gestaltungsrecht*), ao passo que a desapropriação tem causalidade muito diversa, qual seja o ato desapropriatório, ato unilateral estranho às relações jurídicas contratuais.⁶

Sendo assim, à vista de todo o exposto, conclui-se pela possibilidade de desapropriação do hospital em questão, com fulcro no art. 5º, letra "g", do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

Recomendamos, ainda, a remessa de cópia destes autos aos Ministérios Públicos Federal e Estadual.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, 20 de novembro de 2001.

Marcos Costa Vianna Moog
Procurador do Estado

⁶ CÂMARA FILHO, 1994, p. 80.

Despacho

Vistos etc.

Efetivamente a melhor solução para o caso é a desapropriação, embora convém lembrar que a saúde também é dever do Município. Não vejo, contudo, no momento, necessidade de remessa de cópias ao Ministério Público, pois isso pode ser feito em Corumbá (denúncia) por qualquer munícipe.

Aprovo, pois, em parte o parecer.

À origem.

Campo Grande, 21 de novembro de 2001.

Wilson Vieira Loubet
Procurador-Geral do Estado