

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

**Nº 12**

**DEZEMBRO 2004**

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

---

# **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP

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

## **Comissão editorial**

Senise Freire Chacha

Lúcio Henrique Melke Bittar

Waleska Assis de Souza

## **Revista:**

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

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

Tiragem: 600 exemplares.

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

1979-1987 (1-9)

2002 (10)

CDU - 34 (05)

**Capa:** Flávio M. Lott

**Foto:** Ernesto Franco

**Revisão de texto:** Maria Helena Silva Cruz

**Normalização Bibliográfica:** Vilma Rosa Raitembach

**Editoração Eletrônica:** Sebastião Flores da Silva

**GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

**JOSÉ ORCÍRIO MIRANDA DOS SANTOS**  
Governador do Estado

**EGON KRAKHECKE**  
Vice-Governador e  
Secretário de Estado de Planejamento e de  
Ciência e Tecnologia

**JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES**  
Procurador-Geral do Estado

**ADALBERTO NEVES MIRANDA**  
Procurador-Geral Adjunto

**NELSON MENDES FONTOURA JUNIOR**  
Corregedor-Geral - Procurador do Estado

**SENISE FREIRE CHACHA**  
Procuradora do Estado  
Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública

---

## Relação dos Procuradores do Estado

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

## Relação dos Procuradores aposentados e falecidos

Acir Pires Maia *"in memorian"*  
Candemar Cecílio F. Victório *"in memorian"*  
Elide Rigon  
Francisco Antônio dos Santos e Silva *"in memorian"*  
Francisco de Paula e Silva  
João Olegario Figueiredo  
Manuel Ferreira da C. Moreira  
Maria Celeste Costa e Silva  
Nei Juárez Ribas  
Neusa Miranda e Silva  
Olimpio dos Santos Nascimento  
Ricardo Nascimento Araújo

## SUMÁRIO

---

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

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

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

PARECER PGE/Nº 032/2004 .....	326
Assunto: Imposto Territorial Rural de imóvel de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul <i>Eurildo Vieira Benjamin</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 034/2004 .....	332
Assunto: Procedimentos legais para proporcionar a realização do abortamento nos hospitais da rede pública de saúde quando permitidos pela legislação penal <i>Carlos Roberto Marques Júnior</i> - Procurador do Estado	
PARECER PGE/Nº 040/2004 .....	359
Assunto: Adjudicação de imóvel com ônus de IPTU <i>Christiana Puga de Barcelos</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÕES .....	373
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 026/2004 .....	375
Assunto: Anulação do ato de transferência para a reserva remunerada PM <i>Judith Amaral Lageano</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 043/2004 .....	384
Assunto: Averbação de Temo de Serviço - Prescrição <i>Suleimar Sousa Schröder Rosa</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PAT/Nº 056/2004 .....	393
Assunto: Viabilidade jurídica de serem os custos dos serviços públicos prestados pelo IMAP fixados por meio de resolução <i>Waleska Assis de Souza</i> - Procuradora do Estado	
MANIFESTAÇÃO PGE/PP/Nº 059/2004 .....	399
Assunto: Alteração da Lei Complementar Estadual 53/90 acerca da utilização dos militares inativos para atuarem novamente a serviço da corporação <i>Izidoro Oliveira Paniago</i> - Procurador do Estado	



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



## APRESENTAÇÃO

---

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

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

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

Paralelamente, outras conquistas foram sedimentadas, destacando-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

Campo Grande (MS), dezembro de 2004.

*José Wanderley Bezerra Alves*  
Procurador-Geral do Estado



# **PRÊMIO PGE**

---

**Parte I**

---





## **AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL**

***Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves\****

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

## DOS FATOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **1 A TEMPESTIVIDADE DA CONTESTAÇÃO**

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

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

## **2 MÉRITO**

### **2.1 Da Inocorrência da Decadência e da Validade do Lançamento Efetivado**

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Tributário. Decadência. ICMS.

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

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso provido.(grifo nosso)<sup>2</sup>

.....

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

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

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

4. Precedentes jurisprudenciais.

5. Embargos acolhidos.(grifo nosso)<sup>3</sup>

<sup>2</sup> REsp. n.174.672/SP., DJ de 11.03.2003.

<sup>3</sup> EREsp n.169.246/SP., DJ de 04.03.2002.

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

[...]

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

III - O TERMO INICIAL DA DECADÊNCIA PREVISTO NO ART. 173, I DO CTN NÃO É DATA EM QUE OCORREU O FATO GERADOR.

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

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

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

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

---

<sup>4</sup> REsp. 69308/SP., DJ de 04.03.1996.



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

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

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

[...]

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

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

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

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

O exame da sistemática tributária implicou as considerações seguintes:

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

[...]

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

[...]

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

Argutamente procede-se à distinção seguinte:

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

---

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

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

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

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

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

Não se pode dizer que nesse caso não se trata de

---

<sup>6</sup> MELO. *op. cit.* p. 114

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Art. 2º. O imposto incide sobre:

[...]

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

[...]

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

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

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

[...] (grifo nosso) <sup>8</sup>

<sup>8</sup> ADIn n.1.467-6-DF, DJ de 14.03.1997

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

território nacional, não sendo tal serviço albergado pela norma isentiva prevista no art. 3º, II, da Lei Complementar n. 87, de 1996.<sup>9</sup>

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

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

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

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

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

---

<sup>9</sup> PFGN/CAT/Parecer n.381/99.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>10</sup> Idem NR n.9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>11</sup> Idem NR n.9.

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

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

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

## **2.5 A multa aplicada é constitucional, não possuindo caráter confiscatório**

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

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

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

---

<sup>12</sup> CHIESA, *op cit.* p. 175.

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

[...]

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

[...]

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

[...] (grifo nosso).<sup>13</sup>

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

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

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

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

---

<sup>13</sup> AgRg nº 436.173-BA., DJ de 05.08.2002.



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

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

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

6. Recurso não provido. (grifo nosso).<sup>14</sup>

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

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

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

Art. 97 - Somente a lei pode estabelecer:

(...)

---

<sup>14</sup> REsp. nº 419.156-RS., DJ de 10.06.2002.

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

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

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

I - INFRAÇÕES RELACIONADAS COM O PAGAMENTO DO IMPOSTO:

[...]

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

[...]

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

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

---

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

Nesse sentido, também é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em recente julgado<sup>16</sup>. Vejamos:

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

[...]

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

[...]

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

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

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

---

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

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

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

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

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

## **PEDIDO**

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

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

Termos em que,

Pede Deferimento.

Campo Grande, MS, 07 de julho de 2003.

Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves  
Procuradora do Estado





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

*Marcos Costa Vianna Moog\**

PARECER/PGE/Nº 052/2003

PARECER PAA/Nº 030/2003

Processo n.13/030467/2003

Interessado: Secretário de Estado de Gestão Pública.

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

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

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

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

Senhor Procurador-Geral do Estado:

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

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

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

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

Instruem estes autos:

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

Esse o breve relatório, passamos à análise do caso.

## **I DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA**

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

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

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

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

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

## **II DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### III DAS PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal é o que se apreende da pesquisa abaixo transcrita:

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

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

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

...

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

#### IV DO PERÍODO ELEITORAL

##### Lei n.9.504/97

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

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

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

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

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

.....

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

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

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

Nesse sentido, percuciente a análise efetuada por Joel J. Cândido:<sup>4</sup>

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

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

---

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

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

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

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

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

## V DA CESSÃO DE USO

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

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

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

Cessão de uso<sup>5</sup> é aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgãos da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, traduza interesse para a coletividade.

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI DA DOAÇÃO

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

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

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

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

Veja-se o entendimento da doutrina de Diógenes Gasparini<sup>6</sup> a respeito:

---

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

## VII LEI ESTADUAL N. 273/81

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

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

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

...

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

...

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

...

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

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

## **VIII DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(omissis...)

II - alienados, por:

a) doação;

(omissis...)

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

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

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

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

## **IX LEI DE LICITAÇÕES**

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

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

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

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

a) dação em pagamento;

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

d) investidura;

e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;<sup>6</sup>

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgão ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.

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

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

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública.

---

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

A esse respeito, trazemos à baila os comentários de Marçal Justen Filho<sup>9</sup>, visando espancar qualquer dúvida sobre matéria:

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

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

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

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

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

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

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

#### Avaliação e preço mínimo

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

---

<sup>12</sup> CF, art. 37, incs. XIX e XX.

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

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

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

#### Regras específicas sobre bens imóveis

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

#### Prévia autorização legislativa

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



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

A modalidade de licitação cabível

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

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

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

---

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

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

#### Regras específicas sobre bens móveis

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

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

##### A doação (inc. II, al. "a")

O item "a" disciplina a doação. Cabem aqui alguns dos comentários desenvolvidos acerca da interpretação da alínea "b" do inc. I.<sup>15</sup>

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

---

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, preciosa lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:<sup>16</sup>

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

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

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.177 e 180.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 24. É dispensável a licitação:

...

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

---

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

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

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

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

Em esteio, valemo-nos dos ensinamentos de Marçal Justen Filho<sup>18</sup> que, em análise de hipótese análoga, enfrentou o assunto:

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

## **X CONCLUSÃO**

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

---

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, op. cit. 2002, p.256.

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



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

É o parecer, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 04 de setembro de 2003.

Marcos Costa Vianna Moog  
Chefe da Procuradoria Especializada de  
Assuntos Administrativos

### **Despacho**

Vistos etc.

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

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

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

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

a) embora inexista vedação para que se utilize o contrato de comodato pela Administração Pública, para passar o uso de bem público móvel para particular, a doutrina tem recomendado a não utilização deste instituto de Direito Civil, na hipótese, por considerá-lo impróprio e inadequado para tal fim<sup>1</sup>. Em razão disso, quando não se deseja repassar o bem perenemente, mas por tempo determinado, que se o faça mediante cessão de uso - admitida por alguns doutrinadores como possível de ser utilizada no repasse de bens a entidades – ou de autorização de uso<sup>2</sup>, sempre com prazo determinado e mediante registro no cadastro mobiliário do Estado;

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

---

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

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

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

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

b.3) avaliação prévia;

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

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

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

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

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

b) restituir os autos à autoridade consulente.

Campo Grande, MS, 25 de setembro de 2003.

*José Wanderley Bezerra Alves*  
Procurador-Geral do Estado

# **DOCTRINA**

---

## **Parte II**

---



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

*Fabício Griesbach\**

---

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

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

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

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

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

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

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

Quanto à possibilidade de autocomposição das ordens jurídicas locais, a CRFB definiu os princípios elementares pelos quais os demais entes políticos deverão se guiar. Assim, o constituinte estadual tem como limite da sua atuação a obediência àquela principiologia, todavia, não se trata de mera cópia dos dispositivos constitucionais<sup>2</sup>, pois senão a autocomposição das ordens locais resumira-se em mera reprodução da ordem nacional, o que não desejou o constituinte originário.

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

<sup>2</sup> TEMER, *op. cit.*, p.68.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ainda que a possibilidade de autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado não infrinja, ao nosso sentir, qualquer preceito constitucional, entretanto, não se poderia furtar da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal - STF (composição de outrora), em casos similares<sup>4</sup>, o qual se pronunciou sobre os vários aspectos atinentes à autonomia funcional, administrativa e financeira, seja da Procuradoria-Geral dos Estados, seja das Defensorias Públicas estaduais.

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

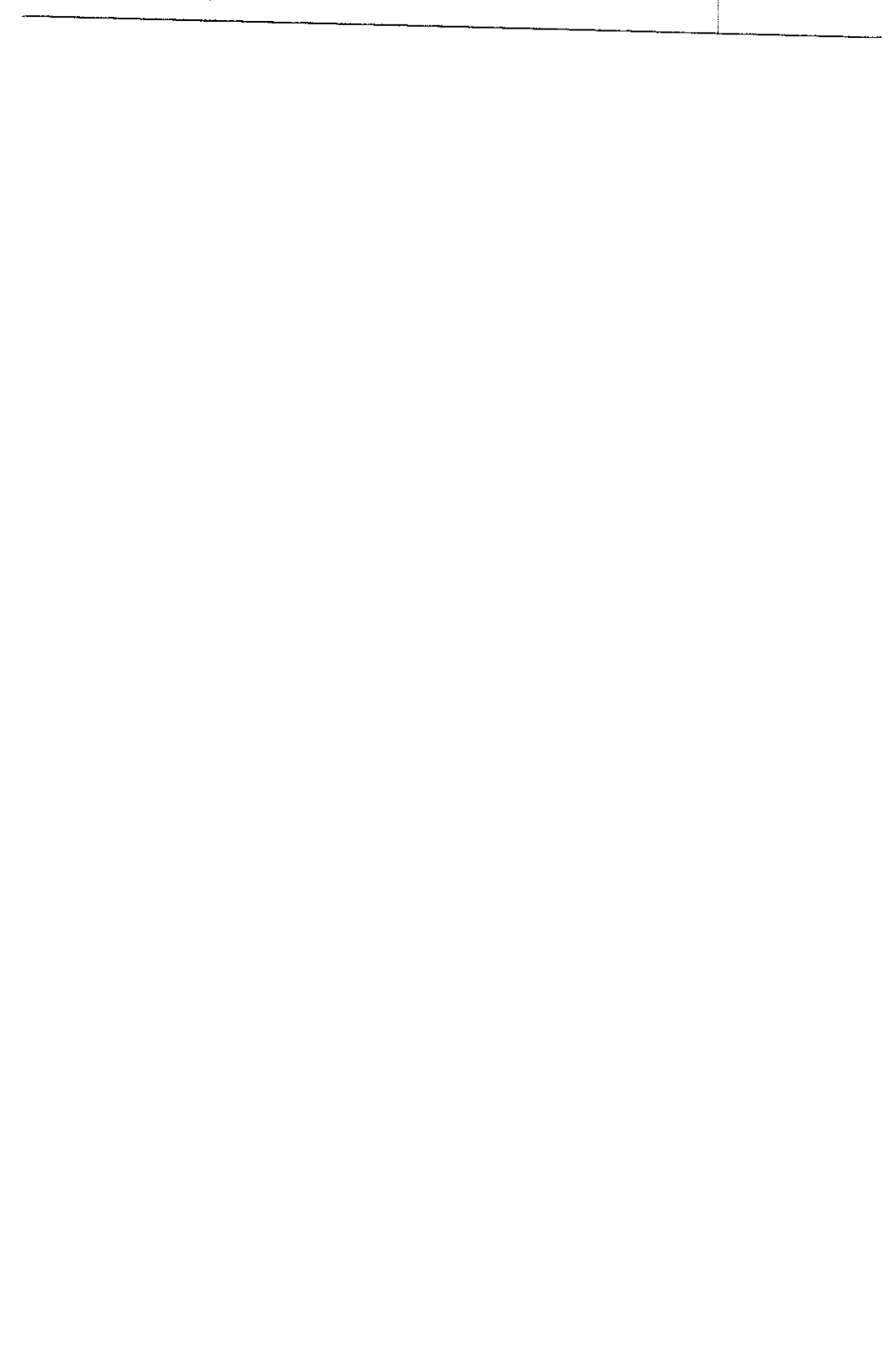
Além disso, a preponderância da federação e da autonomia político-administrativa dos Estados em detrimento da simetria não tem por fim apenas outorgar a autonomia administrativa e financeira à Procuradoria-Geral do Estado, em si considerada, mas também realiza indiretamente o escopo da melhoria na prestação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

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

---

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

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





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

*Marcos Costa Vianna Moog\**

---

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

## 1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

No mesmo sentido, porém aplicando-se tais premissas à advocacia pública e, em especial, ao Procurador do Estado, sobressaem os argumentos expostos pelos Procuradores do Estado de São Paulo, Ana Paula Andrade Borges de Faria e Olavo Augusto Viana Alves Ferreira<sup>4</sup>, bem como, pelo Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Rafael Farinatti Aymone<sup>5</sup>, concluindo que a independência funcional constitui princípio implícito no ordenamento constitucional, considerada a atribuição de defesa do interesse público primário e do controle interno de legalidade dos atos da Administração Pública.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

## 2 O PARADIGMA DO INTERESSE PÚBLICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

### **3 AS ATIVIDADES DE ASSESSORIA, CONSULTORIA E REPRESENTAÇÃO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## 5. HERMENÊUTICA: DOIS EXEMPLOS CONSTRUTIVISTAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

---

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

.....

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Dispõe o mesmo que:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Livros**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## Revistas Jurídicas

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

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

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

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

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

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

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

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





# A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL \*

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

---

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

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

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

## 1 INTRODUÇÃO

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

## 2 LICENCIAMENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

Conceitua-se poder de polícia como sendo

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

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

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

Como explicam Daniel Roberto Fink et al<sup>2</sup>

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

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

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

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

Sobre a matéria explica Paulo de Bessa Antunes:<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> FINK, *op.cit.*, p.4.

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

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

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

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

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

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

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

O conteúdo do EIA e do RIMA vinculam tanto o órgão público ambiental como a equipe multidisciplinar. No caso em que o órgão público ambiental já seja possuidor de informações que devam estar inseridas no EIA e no RIMA, esses órgãos devem passar essas informações para a equipe multidisciplinar, que procurará confrontar e integrar as informações recebidas com as que ela - equipe - levantar. Do contrário fragmentar-se-ia o EIA e o RIMA ao sabor da Administração Pública, e o público estaria privado de conhecer o RIMA em sua inteireza, o que viciaria todo o procedimento. Portanto, não é dado ao órgão público dispensar qualquer dos elementos de conteúdo EIA e do RIMA<sup>4</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

### **3 NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO**

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

Há controvérsias acerca da natureza jurídica da compensação ambiental, na Lei Federal n.9985/2000, especificamente o art. 36, já regulamentado pelo Decreto Federal n. 4340, de 22.08.2002.

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

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

**Tributos verdes**, no enfoque de José Marcos Domingues de Oliveira<sup>5</sup>,

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

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

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

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

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

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

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

Passaremos ao enfrentamento jurídico da questão.

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

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

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

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

- de acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional, *tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*. Na compensação ambiental não é necessário ocorrer o ato ilícito, a prestação não é compulsória porque somente será exigida em situação própria, nos casos citados em lei (art.36 da Lei do SNUC).

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

Fernando Ribeiro de Moraes preleciona que taxa é:

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

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

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

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

Como expressa José Rubens Morato Leite<sup>7</sup>:

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

Na visão de José Rubens Morato Leite<sup>8</sup>,

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

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

---

<sup>8</sup> LEITE, *op.cit.*, p.112.

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

Como pontua Paulo Affonso Leme Machado<sup>9</sup>:

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

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

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

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

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

<sup>9</sup> MACHADO, *op.cit.*, p.764-765.



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

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

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

#### 4 VALORAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS

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

Segundo Paraíso<sup>10</sup> “a avaliação econômica dos recursos naturais é importante “para se calcular o montante do ressarcimento devido à sociedade pelo dano causado ao meio ambiente ou para se poder justificar o montante despendido na sua preservação”.

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

Mc Nelly<sup>11</sup> sustenta que o valor econômico do meio ambiente pode ser calculado por meio das seguintes expressões:

---

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

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

<p><b>valor econômico total = valor de uso + valor de opção + valor de existência</b></p>
---

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

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

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

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

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

No Estado de Mato Grosso do Sul, com a redação dada pela Lei n.2.723, de 27.11.2003, em seu art. 10, inciso III, alínea "c", foi alterada a denominação da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo para Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos, que tem competência para o planejamento, a coordenação, supervisão e o controle das ações relativas ao meio ambiente e aos recursos hídricos, visando à compatibilização do desenvolvimento econômico e social com a preservação da qualidade ambiental e o equilíbrio ecológico, dentre outras, atribuições elencadas no art. 18, incisos I a VI da mencionada lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **6 DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DA COMPENSAÇÃO**

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

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

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

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

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

Paulo Affonso Leme Machado<sup>12</sup>, afirma que “os recursos arrecadados devem ir para as unidades de conservação existentes na área, sejam elas federais, estaduais ou municipais, independentemente do órgão licenciador ser federal, estadual ou municipal.”

Por derradeiro, cumpre-nos observar que o Decreto n° 4.340/2002, regulamenta artigos da Lei do Sistema de Unidades de Conservação, disciplinou a criação de **câmaras de compensação**, constituídas de representantes do órgão com o objetivo de analisar e propor a aplicação dos recursos advindos da compensação ambiental, para a aprovação da autoridade competente, com base nos estudos ambientais, efetuados e percentuais definidos.

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

---

<sup>12</sup> MACHADO, *op.cit.* p.768.

## 7 CASOS PRÁTICOS

### 7.1 Usina Termelétrica de Três Lagoas-MS

O Município de Três Lagoas ingressou com Ação Civil Pública de Obrigação de Fazer em desfavor da Petrobrás - Petróleo Brasileiro S/A e Estado de Mato Grosso do Sul, IMAP - Instituto do Meio Ambiente Pantanal e Secretaria de Estado do Meio Ambiente<sup>13</sup>, pleiteando a concessão de medida liminar visando a paralisação de obras de instalação da Usina Termelétrica naquele Município, nas linhas divisórias do Parque Natural Recanto das Capivaras.

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Regularização Fundiária

Valor R\$ 3.000.000,00;

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

Elaboração de Plano de Manejo

Valor R\$ 150.000,00;

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

Construção de Sede Administrativa/Centro de Visitante

Valor R\$ 150.000,00;

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

Aquisição de Equipamentos

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

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

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

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

Subtotal: R\$ 3.750.000,00

EXTRATO DE CONVÊNIO N. 05

NÚMERO DO PROCESSO: 02001.003133/00-61

PETROBRÁS, IMAP e IBAMA

VIGÊNCIA: 01 ano a contar da pub. no DOU

DATA DE ASSINATURA: 03/09/03

PELO IBAMA: MARCUS LUIZ BARROSO BARROS,  
Presidente do IBAMA

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

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

Pub. DOU, de 23/09/03, Seção 3, p. 49

## **7.2 Pequena Central Hidrelétrica Porto das Pedras - MS**

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



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

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

A potência instalada da PCH Porto das Pedras será de 28,6 MW/28.600 KW, que formará um reservatório de 3,19 Km<sup>2</sup>/319 hectares no NA máximo normal 380,60 m.

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

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

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

Fica estabelecida a Compensação Ambiental em atendimento ao art. 36 da Lei n° 9985/2000, pelos impactos causados pela PCH Porto das Pedras a saber:

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

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

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

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

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

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

## 8 CONCLUSÕES

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

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

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

indivisibilidade e especificidade e não possui um fato gerador específico;

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

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

## REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

# **PARECERES**

---

**Parte III**



PARECER PGE/Nº 048/2003

PARECER PP/Nº 019/2003

Processo Nº 15/1067/2002

Interessado: Secretário de Estado de Educação.

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

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

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

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

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

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

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

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

Senhor Procurador-Geral do Estado:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

#### **a) Monismo com primazia no direito internacional**

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

#### **b) Monismo com primazia no direito interno**

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

#### **c) Monismo com primazia no direito internacional não radical**

Para os Estados que assim pensam, prevalece o direito internacional, exceção feita a matérias fundamentais em que a primazia fica com o direito interno.

#### **d) Dualismo**

Admite a existência de duas ordens, uma internacional e outra interna. Correm paralelas. Não há conflito entre elas porque cuidam de matérias diferenciadas, isto é, têm campos diferentes. Se, todavia, houver um conflito, incorpora-se o direito internacional ao direito interno, no que for fundamental e admitido como válido pelo Estado, por meio de uma espécie normativa.

O Brasil é tido, ora como dualista, ora como monista, com primazia no direito internacional radical, ora como monista moderado.

Uma coisa é certa: o Brasil não é monista com primazia no direito interno.

Os tratados internacionais, uma vez ratificados pelo Presidente da República, precisam do Decreto Executivo para a sua veiculação, para ter aplicabilidade interna.

Nesse sentido, é o teor dos regramentos conduzidos pelos artigos 49 inciso I e 84 inciso VIII da Carta Constitucional, adiante reproduzidos:

Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Bem ilustra o alcance dos sobretidos dispositivos o aresto, oriundo do Supremo Tribunal Federal, abaixo relacionado:

Incorporação dos tratados internacionais: STF - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da

República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O item procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. Subordinação Normativa dos Tratados Internacionais à Constituição da República - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. Controle de Constitucionalidade de Tratados Internacionais No Sistema Jurídico Brasileiro - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência" (STF - Pleno - ADIN n.1.480DF - Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, n.135).

Na doutrina, a posição de Rezek, guarda sintonia com o precitado julgamento. Observe-se:<sup>1</sup>

Promulgação e publicação de tratados no Brasil. O ordenamento jurídico, nesta República, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe - resulte de produção legislativa internacional ou doméstica - presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicação para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a idéia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe base jurídica apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, dessarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento.

No Brasil se promulgam, por decreto do Presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. Publicam-se apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um decreto, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de publicidade da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o

---

<sup>1</sup> REZER, J.F. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 84.

órgão oficial, para que o tratado - cujo texto completo vai em anexo - se introduza na ordem legal e opere desde o momento próprio. A simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde "executivo" - sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do presidente da República.

Na questão analisada, o Convênio de Intercâmbio Cultural com a Bolívia (f. 03-06) foi aprovado (art. 1º) pelo Decreto Legislativo n.43, de 1964 e promulgado pelo Decreto n.65.446, de 13.10.69 (documentos em anexo).

Destarte, diante das lições acima apreendidas e consoante o teor dos dispositivos constitucionais pertinentes a "quaestio", pode-se proceder à conclusão de que o Convênio de Intercâmbio Cultural Brasil-Bolívia encontra-se em vigor.

É importante, todavia, deixar registrado que os atos normativos acima elencados (Decreto Legislativo n.43/64 e Decreto n.65.446/69) adentraram no ordenamento jurídico pátrio sob a vigência de Constituições Brasileiras já ab-rogadas, a saber as Cartas de 1946 e a de 1967/69.

Diante disso, há que se obter o esclarecimento acerca da compatibilidade daqueles decretos com a Constituição de 88.

Bem ilustra essa indagação, a coesa cátedra de Barroso:<sup>2</sup>

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes internas e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p.31-32.

a) Os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.

b) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível.

Em face do Texto Constitucional de 88, o Tratado de Roboré (ato internacional sob enfoque) encontra sustentação nos precitados artigos 49, I e 84, VIII.

Contudo, é possível interpretar o sobredito Tratado sobre o comando do parágrafo único do art. 4º da Carta Magna, abaixo relacionado:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

Parágrafo único - A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Como se percebe, nítido equacionamento do princípio do efeito integrador, cujo significado obtém ressonância nas palavras do mestre Canotilho:<sup>3</sup>

#### O princípio do efeito integrador

Ainda muitas vezes associado ao princípio da unidade e, na sua formulação mais simples, o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

Exposta a compatibilidade do Tratado de Roboré com a Constituição Federal de 1988, cumpre operar-se a análise sobre os questionamentos do consulente.

Em primeiro plano, deve ser assentado o entendimento da impossibilidade de convocação de professores bolivianos para ministrarem aulas de espanhol nas unidades escolares da rede estadual de ensino, por faltar ao Estado de Mato Grosso do Sul personalidade jurídica de direito das gentes, aptidão necessária para entabular, direta e imediatamente, relações jurídicas com entes dotados de soberania.

Colha-se o robustecimento da tese desenvolvida, nas sóbrias palavras de Carlos Roberto Husek:<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 1993. p. 227.

<sup>4</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de direito internacional público*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 29.

Pessoas internacionais são os entes destinatários das normas jurídicas internacionais e têm atuação e competência delimitadas pelas mesmas. Não se pode escapar à conceituação do Direito interno no que concerne a tais pessoas, porque jurídicas e naturais, conforme as conhecemos neste. Clóvis Beviláqua ensina que pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, equivalendo, assim, a sujeito de direito.

A existência de tais pessoas comprova a própria vida internacional e as regras que a animam, porque “pessoa” é uma criação jurídica possível quando se considera uma dada ordem normativa, ainda que não tenha tal ordem, no caso internacional, os mesmos caracteres das ordens internas.

Assim, os Estados, a ONU, a Santa Sé e o próprio indivíduo, além das empresas transnacionais ou internacionais, são exemplos de pessoas.

Prossegue o ilustre professor:<sup>5</sup>

Todas as pessoas internacionais têm o que se chama de “subjetividade internacional”, isto é, a faculdade de exercer direito e obrigações.

Podem ser classificadas em: coletividades estatais, interestatais e não-estatais e o indivíduo.

Outros autores falam em sujeitos básicos permanentes, entidades anômalas, organizações internacionais e organizações supranacionais, como Belfort de Mattos, ou em Estados, Santa Sé, organizações internacionais, outras coletividades e os indivíduos.

Uma breve explicação é necessária, mesmo porque o rigor jurídico desta e de outras

---

<sup>5</sup> *op.cit.* p.29-30



classificações deixa muito a desejar, sendo de difícil obtenção em matéria que se caracteriza por certa imprecisão no seu campo.

Os Estados, à unanimidade das opiniões, são sujeitos de Direito Internacional, inexistindo dúvida quando ao seu papel no mundo, com a comprovação fática e histórica de sua participação em vários eventos, proporcionando-lhes os diversos autores quase que exclusividade de existência como ser jurídico internacional.

Qualquer classificação que não os leve em conta pecará pela base, pois em torno do Estado é que giram as diversas concepções sobre o Direito Internacional.

A idéia acima plantada, agrega maior reforço com a clássica doutrina internacionalista de Rezek:<sup>6</sup>

Estados soberanos e organizações internacionais. Sujeitos de direito internacional público - ou pessoas jurídicas de direito internacional público - são os Estados soberanos (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as organizações internacionais. Aí não vai uma verdade eterna, senão uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea. Não faz muito tempo, essa qualidade era própria dos Estados e deles exclusiva. Hoje, é certo que outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes, porque habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas. A era das organizações internacionais trouxe à mente dos cultores dessa disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, num determinado sistema

---

<sup>6</sup> REZEK, *op. cit.* p. 157

jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades.

A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se originária, enquanto, derivada, a das organizações. O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos.

Por conseguinte, restringe-se ao ente federado, diante da ausência de personalidade de direito internacional público, a qual não lhe outorga a necessária aptidão para desenvolvimento de relações jurídicas “de per siltum” com entes revestidos de soberania, a possibilidade de convocar professores bolivianos para lecionarem aulas de espanhol, na rede estadual de ensino.

Aliado a esse argumento, incidem, na presente análise as restrições oriundas da Lei n.6.815, de 19.08.80 (Estatuto do Estrangeiro), a saber:

Art. 2º - Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

(...)

Art. 4º - Ao estrangeiro que pretenda entrar no território nacional poderá ser concedido visto:

(...)

III – temporário

(...)

Art. 13 - O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda vir ao Brasil:

(...)

V - na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de

contrato ou a serviço do Governo brasileiro.

Art. 14 - O prazo de estada no Brasil, nos casos dos incisos II e III do art. 13, será de até noventa dias, no caso do inciso VII, de até um ano; e nos demais, salvo o disposto no parágrafo único, o correspondente à duração da missão, do contrato, ou da prestação de serviços, comprovada perante a autoridade consular, observado o disposto na legislação trabalhista.

(...)

Art. 15 - Ao estrangeiro referido nos itens III ou V do art. 13 só se concederá o visto se satisfizer as exigências especiais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração e for parte em contrato de trabalho, visado pelo Ministério do Trabalho, salvo no caso de comprovada prestação de serviço ao Governo Brasileiro.

Conforme se verifica, as regras enclausuradas no Estatuto do Estrangeiro (Lei n.6.815/80) igualmente são restritivas da pretensão de convocar professores bolivianos para ministrarem aulas de espanhol em território sul-mato-grossense.

É como me parece a questão.

Campo Grande, MS, 03 de setembro de 2003.

Jerônimo Olinto de Almeida  
Procurador do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, com observações que seguem, nos termos do artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 048/2003 - PP Nº 019/2003, firmado pelo Procurador do Estado Jerônimo Olinto de Almeida, da Procuradoria de Pessoal, juntado às folhas 08-19, do processo em destaque.

2. Se o tratado internacional se equivale à lei ordinária - e quanto a isso inexistem dúvidas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - indiscutível que este fica limitado pela Constituição Federal, havendo a necessidade de análise, quando de sua aplicação, da compatibilidade vertical do dispositivo sob foco nele contido, com a Lei Fundamental.

3. Consta do inciso I, do artigo 37, da Carta Federal, que *“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”*, com ressalva para os de nacionalidade portuguesa, nos termos do § 1º, do artigo 12, do mesmo diploma.

4. A função pública - e é nesta condição que se dá o exercício de serviço público mediante convocação temporária - somente pode ser provida por brasileiros, admitindo-se tal se dê por estrangeiros, mas, nos termos de lei federal ainda não editada.

5. Como corolário disso, tem-se que os termos do Tratado de Roboré, quanto ao assunto em apreciação, são programáticos; são aspirações dependentes de implementação e limitadas pela legislação em sentido lato.

6. À Assessoria Técnica de Gabinete para que:

a) dê ciência desta decisão ao Procurador do Estado citado, bem assim, à Chefe da Procuradoria de Pessoal;

b) destine cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado, ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Educação; e

c) archive o processo, depois de cumprir o acima determinado.

Campo Grande, MS, 04 de setembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 057/2003

PARECER PAA/Nº 028/2003

Processo n. 15/000687/03

Interessado: Diretor Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de MS - EGRHP/MS.

Assunto: Liquidação da Agrosul - Apuração de Ativos e Passivo - Débitos - Execuções - Possibilidade de Licitação sob a forma de Concorrência para Venda de Armazéns.

Ementa: LIQUIDAÇÃO DE EMPRESA - APURAÇÃO DE ATIVOS - POSSIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA PARA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS - REQUISITOS.

Empresa pública constituída com a finalidade de fomento à atividade econômica. Intervenção do Estado que não mais se justifica transcorridas mais de duas décadas. Possibilidade de liquidação autorizada por lei.

Havendo bens imóveis, ainda que penhorados e arrestados em processos de execução, é possível aliená-los, mediante processo de licitação na modalidade concorrência, conforme requisitos determinados na Lei n.8.666/93.

Os credores da empresa em liquidação, sub-rogam-se no montante apurado, podendo, inclusive, participar da licitação utilizando seus créditos como forma de pagamento.

Hipótese mais interessante ao devedor, pois obterá pelos seus bens, o melhor preço, sendo assim, resguardado o interesse público, ficando eventual saldo devedor à conta de precatório.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

O Ilmo. Sr. Diretor-Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de MS - EGRHP/MS, administradora da Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul - AGROSUL, atualmente em liquidação, autorizada pela Lei Estadual n.2.598/02, indaga, mediante ofício DIPRESI/Nº 459/03 de fl. 02, qual o “procedimento que será dado para solução das obrigações da Empresa”.

Informa que o passivo é maior que o ativo, sendo certo que o patrimônio da empresa em liquidação resume-se a vários armazéns localizados em diversos municípios do Estado-MS.

Informa ainda que o maior e principal credor é o Consórcio Egelte/Tratex, cujo crédito se originou justamente da prestação do serviço da construção dos referidos armazéns, crédito esse que, presentemente, se encontra em execução judicial, tendo vários desses armazéns sido penhorados ou arrestados em garantia do processo executivo.

Encaminha, afinal, documentação que instrui estes autos, na seguinte ordem:

- 1) Ofício DIPRESI/Nº 459/03 (f. 02);
- 2) Relatório do processo em que são partes AGROSUL e Consórcio Egelte/Tratex (f. 03-08);
- 3) Avaliações judiciais dos bens penhorados e/ou arrematados (f.09);
- 4) Relação de imóveis de propriedade da AGROSUL (f. 10-11);
- 5) Termo acordo extrajudicial (f. 19-31);
- 6) Ofício DIPRESI/N. 491/03 (f. 77-80);
- 7) Demonstrativo da Procuradoria de Informática e Cálculo - PIC (f. 82);
- 8) Ofício DIPRESI/N.624/03 e relatório de bens da AGROSUL (f. 85/98);

9) Ofício DIPRESI/Nº 570/03 e legislação pertinente à AGROSUL (f. 99/110).

Tais são os fatos. Passamos à análise do caso.

## I DA NECESSIDADE DE ALIENAÇÃO

Sendo certo que a intervenção do Estado com intuito de fomentar a economia, nesse campo específico, não mais se justifica, deve o Estado alienar os bens da empresa AGROSUL.

Não se trata de mera discricionariedade, mas sim, de obrigação quanto à defesa do interesse público, pois tal patrimônio deve atender a interesses primários da atividade estatal, sempre carentes de recursos.

Nesse sentido, lição de Marçal Justen Filho:<sup>1</sup>

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

O que se exige é a evidenciação prévia pela Administração de que os requisitos contidos na legislação própria para a alienação encontram-se devidamente atendidos. Embora a ausência de regras na Lei, é óbvio que existem limites à decisão de alienar ou onerar bens públicos. Existem bens públicos por inerência, que não podem ser desafetados. Isso se passa com os "...bens que, por sua própria natureza, são insuscetíveis de

<sup>1</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9.ed São Paulo: Dialética, 2002 p.177-178.

valoração patrimonial, como os mares, praias, rios navegáveis”<sup>2</sup>. Há hipóteses em que a Administração está impedida de deliberar pela alienação. Há outros casos em que a Administração tem dever jurídico de promover alienação<sup>3</sup>. Isso se passa quanto a bens que não sejam inerentemente públicos e que tenham sido integrados no patrimônio público por circunstâncias eventuais, não sendo necessários à realização das finalidades públicas. Assim, por exemplo, suponha-se caso de herança jacente, que acarrete sucessão universal em favor do Estado e que o espólio abranja bens totalmente desvinculados do interesse público. Ou, mesmo, situação derivada de intervenção estatal no domínio econômico, desaparecendo supervenientemente os motivos autorizadores do exercício direto de atividade econômica por parte do Estado. Podem lembrar-se, ainda, situações em que haja controle ou participação do Estado em sociedades privadas, relativamente às quais não exista lei assim autorizando<sup>4</sup>. Em todos esses casos, não há autorização constitucional para permanência da situação. O Estado não pode desempenhar atividade econômica nem manter a situação existente. Estará obrigado a promover a alienação para cumprir os desígnios constitucionais. Excluídas essas duas situações extremas, haverá discricionariedade na decisão de alienar bens, que deverá ser cumpridamente motivada para indicar sua compatibilidade com o interesse público.

<sup>2</sup> Maria Sylvania Z. Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit., p. 73. Ademais, todos os bens inerentes à soberania estatal não podem ser objeto de alienação, nem mesmo mediante lei. Assim, por exemplo, tem de reputar-se juridicamente inexistentes certas avenças que proliferaram na Administração Pública, durante certo período. Eram pactos de transferência do direito de receber receita futura como instrumento de liquidação de dívidas contraídas pela Administração. Ora, o direito de receber receita não pode ser alienado nem cedido.

<sup>3</sup> Não se incluem, aqui, comentários acerca de programas governamentais de privatização de empresas, sujeitos a regras específicas.

<sup>4</sup> CF, art. 37, incs. XIX e XX.



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

Por outro lado, a Lei Estadual n.2.598/02, expressamente autorizou a liquidação da AGROSUL.

## II DA NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

O art. 17 da Lei n.8.666/93 assim dispõe, *in verbis*:

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

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

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera do governo;<sup>5</sup>

<sup>5</sup> As alíneas "e" e "f" do inc. I e os §§ 4º a 6º do art. 17 constam com a redação introduzida pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994.

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgão ou entidades da Administração Pública especificamente criados para esse fim.

Da leitura do artigo 17 se verifica-se que o presente caso não se encaixa em nenhuma exceção que autorize a dispensa de licitação.

Da mesma forma, a Lei n.273 de 19/10/1981, que trata sobre o regime jurídico dos bens imóveis do Estado, impõe que *in verbis*:

Art. 19 - A venda de imóveis do Estado somente poderá ser efetuada por concorrência ou leilão, salvo se o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno ou empresa pública federal, estadual ou municipal.

Dir-se-á, no entanto, que a licitação pode ser afastada em razão de permissivo legal contido no diploma estadual supracitado, à luz do art. 26 que trata da dação em pagamento *in verbis*:

Art. 26 - A dação de bem público em pagamento de débito será admitida, mediante lei autorizativa e, concomitantemente, expressa autorização do Governador do Estado.

Parágrafo único - A dação em pagamento de débitos será feita mediante prévia avaliação do imóvel, efetivada por três peritos legalmente habilitados.

Todavia, sendo certo que vários armazéns encontram-se arrestados ou penhorados em processos movidos por exeqüentes diversos, cujos créditos excedem o patrimônio da executada, não há possibilidade de se efetuar quitação via dação em pagamento, senão, mediante venda do ativo em processo de licitação, pelo melhor preço, de modo que, apurado o montante obtido, seja este utilizado integralmente no pagamento das dívidas, cujo saldo remanescente acarretará precatórios.

Assim, verificada a necessidade de licitação, cabe analisar aspectos específicos e pertinentes à questão.

De fato, cabe observar que, reunindo a Lei de Licitações alguns princípios gerais sobre a alienação de imóveis, os quais decorrem de disciplina imposta pela Constituição Federal, deve-se aplicá-la, sobretudo porque o Estado não pode fugir ao seu comando, ou ainda, legislar em divergência a tais princípios.

Nesse ponto, a modalidade de licitação cabível será da concorrência, não havendo necessidade de prévia autorização legislativa, conforme Justen Filho.<sup>6</sup>

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

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

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, *op.cit.*, 2002, p.178-179.

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

Ocorre que a concorrência pressupõe uma fase preliminar e autônoma, destinada ao exame da habilitação do interessado. No caso da alienação, essa fase de habilitação seria um despropósito, pelos motivos acima enunciados. Como visto, a Administração não exigirá senão o pagamento do preço, quando aliena um bem. Por isso, foi necessário editar o art. 18, dispensando o cumprimento de formalidades inerentes à concorrência.<sup>7</sup>

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

Desse modo, parece-nos ser desnecessária *in casu* a autorização legislativa, a despeito dos artigo 5º da Lei n.273/81; *in verbis*:

Art. 5º - Toda alienação dependerá de lei que a autorize, de licitação, prévia avaliação e, concomitantemente, de autorização do Governador do Estado.

De fato, a referida lei trata da alienação de imóveis de domínio direto do Estado, não conflitando com o entendimento acima esposado,

<sup>7</sup> Além disso, conforme Carlos Ari Sundfeld, *Licitação...*, cit., p. 70, o art. 19, III, faculta a escolha da modalidade **leilão**, quando se tratar de alienação de imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou dação em pagamento.

uma vez que a AGROSUL é entidade da administração indireta do Estado.

Destarte, a Lei Estadual n.2.598/02 houve por bem autorizar a liquidação da AGROSUL, o que se dará, inclusive, pela alienação de seus bens.

Quanto aos requisitos da avaliação prévia e do preço mínimo, deve-se ressaltar que a as avaliações judiciais decorrentes de processos executivos encontram-se defasadas, necessitando de atualização monetária, seja pela correção com a aplicação de índice oficial, seja pela consecução de nova avaliação.

Portanto, chegando-se ao valor atual dos imóveis, tal será o valor indicado como preço mínimo:

A alienação nunca poderá fazer-se simplesmente pelo "maior" preço. Há um preço mínimo, obtido através de avaliação, insuscetível de ser ignorado.<sup>8</sup> Logo, se o maior preço for inferior ao mínimo, a alienação é inviável.

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

Como condição de classificação, as propostas deverão superar o limite mínimo. As propostas com

<sup>8</sup> Na jurisprudência, há decisão julgando inválida licitação para venda de imóvel cujo domínio fora adquirido através de desapropriação porque somente se procedeu à avaliação administrativa para fins do ajuizamento da ação de desapropriação, mesmo quando o valor adotado na licitação tenha sido muito mais elevado (RJTJESP 77/72).

valor inferior deverão ser desclassificadas, sendo juridicamente impossível cogitar de sua apreciação. Se inexistir proposta igual ou acima do valor mínimo, deverá ser convocada nova licitação, após reavaliação do bem e redução (se for o caso) do valor da proposta mínima aceitável. (Justen Filho, 2002).<sup>9</sup>

Por fim, cabe registrar nossa discordância quanto ao cálculo apresentado pelo Consórcio Egelte/Tratex, na posição de credor frente à empresa AGROSUL (fls. 77/80) uma vez que o resultado encontrado pela Procuradoria de Informática e Cálculo - PIC diverge em aproximadamente R\$ 4.547.000,00 (quatro milhões, quinhentos e quarenta e sete mil reais) para menos.

### **III CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Finalmente, faz-se oportuno, tecer algumas considerações sobre eventuais questionamentos que advirão com o desdobramento do caso.

Nesse sentido, cabe observar que os créditos líquidos, certos e exigíveis, reconhecidos por sentença judicial transitada em julgado, são os mais recomendáveis a serem aceitos em pagamento.

Assim, poderá o liquidante aceitar apenas tais créditos ou, conforme a conveniência da Administração, mediante ato motivado, alargar as hipóteses de aceitação, com base na possibilidade de transação em favor do interesse público.

Da mesma forma, é recomendável que apenas o credor com penhora sobre determinado bem a ser leiloadado, possa oferecer crédito em pagamento, embora, consideradas as razões acima expostas, seja possível ao administrador incluir outras hipóteses.

---

<sup>9</sup>JUSTEN FILHO, *op.cit.*, 2002, p.178.

De qualquer modo, seria evidentemente muito interessante ao liquidante/Estado impor um deságio para a aceitação de crédito como lance, prática usual e lícita.

Ainda é de se registrar a necessidade de manifestação prévia dos órgãos superiores da AGROSUL (Conselho de Administração e Conselho Fiscal), uma vez que a Lei Estadual n.2.598/02 autorizou a liquidação da empresa sem indicar, entretanto, de que modo fazê-la, se conclui que se aplica então a norma de regência legal e estatutária, devendo-se colher a referida manifestação.

Outrossim, sendo certo que se pode alienar determinado bem que esteja sob constrição judicial, desde que mediante licitação, deve-se garantir ao credor que tinha a garantia do Juízo, a sub-rogação no preço, mediante certidão, título ou instrumento hábil ao recebimento do valor devido, sob pena de fraude à execução.

Destarte, qualquer bem poderá ser leiloado administrativamente, desde que não esteja afetado ou já tenha passado à titularidade de outrem. Nesse caso, há que se ter a devida cautela, pois um bem que já foi objeto de leilão judicial, ainda que não emitida a carta de adjudicação, não poderá ser leiloado administrativamente, salvo com o depósito do preço.

Importantíssimo ressaltar ainda que a avaliação judicial porventura realizada pode ser tomada por parâmetro, desde que atual, isto é, até três meses antes do leilão, ou que tenha seus valores monetários corrigidos até a data do edital, através de índice oficial que mais beneficie o Estado.

Finalmente, despidendo notar que, os créditos trabalhistas terão sempre preferência no recebimento, seja em relação aos bens que forem leiloados em hasta pública, seja - e com maior razão - em relação aos bens que forem leiloados administrativamente e sobre os quais já incidia penhora.

#### **IV CONCLUSÃO**

Pelo exposto, podemos concluir que:

- a) impõe-se a alienação dos bens da AGROSUL visando a sua liquidação em atendimento à determinação legal;
- b) a referida alienação dar-se-á mediante processo de licitação na modalidade concorrência, com prévia avaliação e fixação de preço mínimo;
- c) nesse caso, não há necessidade de prévia autorização legal, embora a Lei Estadual n.2.598/02 já autorize a liquidação da empresa;
- d) questão acessória, a ser discutida posteriormente, refere-se ao cálculo do montante do débito da empresa AGROSUL perante o Consórcio Egelte/Tratex, uma vez que, conforme cálculo da PIC, há divergência de 4,5 milhões para menos;
- e) nesse sentido, deve ser encontrado um denominador comum, considerando-se que o Consórcio credor, subrogar-se-á no valor apurado na alienação ou ainda, poderá compensar o seu crédito como forma de pagamento do preço ofertado na licitação.

Esse o parecer, salvo melhor entendimento.

Campo Grande, MS, 03 de outubro de 2003.

Marcos Costa Vianna Moog  
Chefe da Procuradoria Especializada de  
Assuntos Administrativos



## **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 057/2003 - PAA Nº 028/2003, firmado pelo Procurador do Estado Marcos Costa Vianna Moog, da Procuradoria de Assuntos Administrativos, acostado às folhas 126-138, do processo em destaque.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) dar ciência desta decisão ao Procurador-Chefe de Assuntos Administrativos; e

c) extrair cópias desta decisão e do Parecer ora aprovado, destinando-as ao Diretor-Presidente da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio do Estado de Mato Grosso do Sul.

Campo Grande, MS, 07 de outubro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 062/2003

PARECER PP/ Nº 024/2003

Processo n.13/200.754/2002

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Interessado: Ramão Insfran Rodrigues.

Assunto: Inclusão de menor sob guarda como dependente.

EMENTA - MENOR SOB GUARDA - DEPENDENTE DE SEGURADO EQUIPARADO A FILHO - PREVISÃO CONTIDA NO ART. 6º, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 2.207/2000 - ILEGALIDADE POR AFRONTA AOS ARTIGOS 16, § 2º DA LEI Nº 8.213/91, NA REDAÇÃO DA LEI Nº 9.528/97 E ART. 5º DA LEI Nº 9.717/98 - INCONSTITUCIONALIDADE POR AFRONTA ART. 40, § 12 E 195, §5º.

A Lei Estadual n.2.207/2000, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, que prevê a possibilidade do menor sob guarda figurar como dependente do segurado na condição de filho equiparado, padece dos vícios de ilegalidade, ante a ausência de previsão no Regime Geral de Previdência (art. 16, § 2º Lei n.8.213/91, na redação da Lei n.9.528/97), vulnerando o disposto no art. 5º da Lei n.9.717/98 e art. 40, § 12 e art. 195, 5º da Carta Magna.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

## I RELATÓRIO

Tendo em vista o requerimento de inclusão de menor sob guarda como dependente de segurado do MS-PREV, formulado por Ramão Insfran Rodrigues, por meio do processo n.13/200.754/02, solicitou o Senhor Secretário de Gestão de Pessoal e Gastos da época, manifestação da Procuradoria-Geral do Estado a respeito do pedido.

O requerimento veio acompanhado de cópia do documento de identidade do interessado (f. 03), cópia da certidão de nascimento do menor Carlos Henrique Espíndola, neto do interessado (f. 04), Termo de Guarda Provisória de menor (f. 05) e ficha cadastral do segurado (f. 06).

Em seguida, foi elaborado Relatório Social (f. 08/09), e anexada cópia do Termo de Guarda de Menor e decisão judicial que a concedeu (f. 11/12), bem como cópia da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Rendas (f. 14).

Por intermédio da Manifestação n.1351/02/AJ/CPREV/SEGES, a Assessoria Jurídica da SEGES opinou pelo deferimento do pedido, com fulcro no art. 6º, § 2º, inciso II da Lei n.2.207/00.

Foi então que o Diretor Executivo do MS-PREV à época suscitou dúvida, argumentando que, apesar da Lei n.2.207/00 prever a possibilidade do menor sob guarda ser considerado dependente do segurado do MS-PREV, tal direito não encontra correspondência na legislação federal, além da infinidade de simulações deduzidas em Juízo para obtenção de guarda de menores de segurados que não possuem outros dependentes obrigatórios.

Por fim, solicita consulta à Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de firmar a melhor interpretação da lei aplicável ao caso.

É o relatório.

## **II PREVISÃO LEGAL DE INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL**

A Lei Estadual n.2.207, de 28.12.2000, estabelece, em seu art. 6º, os beneficiários do regime de previdência social do nosso Estado, na condição de dependente do segurado, destacando, *in verbis*:

Art. 6º São beneficiários do regime de previdência social de que trata esta Lei, na condição de dependente do segurado:

(...)

II - os filhos solteiros, menores de dezoito anos ou inválidos;<sup>1</sup>

Buscando alargar tal rol de dependentes, o § 2º do mesmo artigo enumera as pessoas que podem ser consideradas dependentes do segurado, equiparadas a filho, *in verbis*:

Art. 6º (...)

(...)

§ 2º Equipara-se a filho, nas condições do inciso II, mediante declaração do segurado, desde que não tenha qualquer vinculação previdenciária, quer como segurado, quer como beneficiário dos pais ou de outrem:

(...)

II - o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; (grifo nosso)

Portanto vislumbra-se que a nossa legislação previdenciária contempla o menor sob guarda como dependente do segurado, equiparado a filho.

Entretanto tal dispositivo encontra-se em desacordo com a legislação federal e com a própria Constituição Federal, conforme passaremos a demonstrar.

### **III ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO CONTIDA NO ART. 6º, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 2.207/00**

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar as competências legislativas concorrentes fixadas pela Constituição Federal no artigo 24, XII, bem como merece destaque o disposto no art. 25 e § 1º, *in verbis*:

<sup>1</sup> Redação dada pela Lei n.2.590 de 26.12.2002.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.  
(grifo nosso)

O estabelecimento da competência concorrente dos Estados para legislar sobre previdência social é garantia constitucional que não pode ser olvidada.

Assim, os Estados têm liberdade para legislar, concorrentemente, sobre previdência social, observados aos limites que a seguir serão abordados (regras gerais).

Portanto, observadas certas limitação, o Estado tem o direito de produzir sua própria legislação previdenciária, que regulará o seu Regime Próprio.

Vale destacar que o art. 40, *caput*, da Carta Magna estabelece, *in verbis*:

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

(...)

Depreende-se, pois, que os Estados devem cumprir a determinação constitucional e assegurar aos servidores titulares de cargos efetivos regime de previdência de caráter contributivo, os quais deverão observar certas disposições ditas pela própria Carta Magna,

em especial o § 12 do art. 40, que ganhou destaque após a Emenda Constitucional n.20, de 15.12.1998, que determina, *in verbis*:

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

Tal regra encerra um comando ao legislador ordinário estadual para que, ao instituir o regime próprio de previdência dos servidores públicos, observe os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência, no que couber. Em outros termos, os regimes próprios não estão obrigados a repetir exatamente as mesmas regras ditadas para o Regime Geral, já que a própria Carta Magna garante aos Estados o direito de legislar concorrentemente sobre previdência social, mas devem observar certos requisitos e critérios.

Nessa linha, foi editada a Lei Federal n.9.717, de 27.11.1998, que disciplina as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, donde destacamos o comando insculpido no art. 5º:

Art. 5º - Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos do previsto no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. (grifo noso)

Buscando-se uma interpretação sistemática das normas em questão, tem-se que os entes federados podem legislar concorrentemente sobre previdência social, devendo, no entanto, observar as regras gerais estabelecidas pela legislação federal.

Seguindo esse entendimento, conclui-se que o Regime Geral de Previdência Social, com a Lei Federal n. 8.213/91, contempla o rol

máximo de benefícios e de beneficiários, ficando vedado aos regimes próprios concederem benefícios ou contemplarem beneficiários além daquilo que determina a regra geral.

O intuito de tal regra foi o de aproximar ao máximo os direitos previdenciários dos servidores públicos daqueles concedidos aos trabalhadores comuns, abrangidos pelo Regime Geral, tentando coibir certos privilégios na busca de se alcançar uma certa igualdade em termos de benefícios previdenciários entre setor público e setor privado.

Portanto, o Regime Geral de Previdência Social, na Lei Federal n.8.213/91, contém o rol máximo de benefícios e beneficiários, ficando garantido aos Regimes Próprios a prerrogativa de estabelecer somente os benefícios e contemplar apenas os beneficiários que não venham a comprometer o seu equilíbrio financeiro e atuarial, conforme determina o art. 40, *caput* da Constituição Federal, além de ser necessária a garantia da fonte de custeio para qualquer benefício, conforme exige o art. 195, § 5º, que dispõe, *in verbis*:

Art. 195 (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio.

No que tange ao rol de beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, o art. 16, § 2º da Lei Federal n.8.213/91 **não mais contempla** a hipótese de menor sob guarda.

Tal previsão foi extirpada do Regime Geral pela Medida Provisória n.1.523, de 11.10.1996, posteriormente convertida em Lei Federal n.9.528, de 10.12.1997, como se pode observar da sua redação, *in verbis*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

l - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um anos) ou inválido;

(...)

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (grifo nosso).

Dessa forma, o menor sob guarda não mais pode ser considerado dependente do segurado e, portanto, não faz jus a qualquer benefício.

A hipótese de dependente equiparado a filho ficou limitada às hipóteses de enteado ou menor tutelado.

A propósito, esclarece Sérgio Pinto Martins:<sup>2</sup>

O menor que estiver sob a guarda do segurado não mais será considerado dependente. A guarda sai da hipótese de dependência em razão dos absurdos que eram cometidos, pelo requerimento de inclusão de menor sob a guarda dos avós com o objetivo de dependência para efeito de previdência social. Isso onera a previdência e descaracteriza a ordem normal das coisas.

Está-se diante de um caso em que o mau uso e o abuso de um direito acabaram gerando a sua própria extinção, com punição dos que agiam de má-fé, mas em prejuízo às pessoas que agiam com honestidade e boa-fé.

Entretanto, como não é possível fazer tal distinção na lei em abstrato e ante a dificuldade em se detectar as fraudes, preferiu o legislador abolir a hipótese, contemplando apenas os casos de enteados e de menor sob tutela.

---

<sup>2</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.311.



Vale lembrar que a tutela ocorre em situações mais extremas do que a guarda. Esta visa apenas regularizar a posse de fato do menor, enquanto aquela tem lugar nos casos em que falecem os pais ou sejam declarados ausentes, bem como na hipótese de perda do poder familiar.

Algumas outras questões são muito bem explicadas pelo citado doutrinador, ao expressar que a nova redação do art. 16, § 2º da Lei Federal n.8.213/91, conferida pela Lei Federal n.9.528/97:

1. não está em desacordo com o inciso II do § 3º do art. 227 da Constituição Federal;
2. não viola o princípio da isonomia contido no art. 5º, caput, da Carta Magna;
3. derogou o § 3º do art. 33 da Lei n.8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os fundamentos em relação ao item 1 são os seguintes:

No caso em tela, não se verifica limitação à abrangência do inciso II, do § 3º do art. 227 da Constituição pelo § 2º do art. 16 da Lei n.8.213, quando exclui o menor sob guarda da condição de dependente. O citado dispositivo constitucional diz respeito ao menor como segurado, como trabalhador, tanto que o mesmo inciso faz referência à proteção trabalhista, que só pode referir-se a quem é trabalhador. Não se está tratando de questão de dependente. Logo, a lei ordinária pode versar sobre o assunto, excluindo o menor sob guarda da condição de dependente.<sup>3</sup>

Verifica-se, portanto, que a limitação imposta ao rol de dependentes, excluindo o menor sob guarda, não está em confronto com o inciso II do § 3º do art. 227 da Constituição Federal, até mesmo porque tal dispositivo constitucional é de eficácia limitada, dependendo de previsão legal para sua implementação.

---

<sup>3</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 311.

Em estrito cumprimento ao princípio da reserva legal (art. 5º, II da Constituição Federal), as garantias de que fala a Carta Magna devem vir previstas na lei, com indicação dos benefícios e condições oferecidas, inclusive de dependente.

No que diz respeito ao item 2, esclarece Sérgio Pinto Martins:

Não vejo inconstitucionalidade do § 2º do art. 16 da Lei n.8.213 sob violação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da Constituição), em razão de que a guarda não é semelhante à tutela e à curatela, que têm tratamento diferenciado. Assim, em se tratando de situações distintas, é possível a existência de discriminação, como de a lei excluir o menor sob guarda da condição de dependente para fins de Previdência Social.<sup>4</sup>

Conforme já dito alhures, a guarda de menor é instituto diverso da tutela, pois, enquanto a guarda visa regularizar a posse de fato, a tutela é bem mais ampla, além de ser maior a dificuldade em se obter a tutela do que a guarda.

Em sendo diferentes as situações base, não há que se falar em isonomia, estando a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes em pleno acordo com o art. 5º, *caput* da Carta Magna.

Quanto ao argumento exposto no item 3, diz o doutrinador:

Entendo que o § 3º do art. 33 da Lei n.8.069 foi derogado pela previsão do § 2º do art. 16 da lei n.8.213 na nova redação determinada pela Lei n.9.528, pois a lei posterior revoga a anterior quando seja incompatível com esta última (§ 1º do art. 2º da LICC). É o que ocorre na disposição do § 2º do art. 16 da Lei n.8.213 que é incompatível com a previsão do § 2º do art. 33 da Lei n.8.069. Dessa forma, o menor sob guarda não mais é dependente para fins previdenciários.

---

<sup>4</sup> Idem, p.311-312.

Tem-se, portanto, que à hipótese se aplica a regra prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece que a lei posterior revoga a anterior naquilo em que for incompatível.

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069/90), em seu art. 33, § 3º<sup>5</sup>, previsse que a guarda conferia à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário, tal norma é anterior à nova redação do art. 16, § 2º da Lei n.8.213/91 dada pela Lei n.9.528/97, estando, portanto, derogado.

Assim, a exclusão do menor sob guarda do rol de dependentes do segurado não ofende qualquer dispositivo legal ou constitucional.

No entanto, o Estado de Mato Grosso do Sul, ao instituir o seu Regime Próprio de Previdência Social, nos moldes do art. 5º da Lei Federal n.9.717/98, por meio da Lei Estadual n.2.207/00, de 28.12.2000, elencou, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, o menor sob guarda como dependente do segurado.

Tal hipótese extrapola aquelas previstas para o Regime Geral de Previdência e não pode ser aceita como legal e constitucional, pois vulnera o disposto no art. 5º da Lei n.9.717/98, bem como no art. 40, §12 e 195, § 5º, da Constituição Federal.

#### **IV CONCLUSÃO**

Em conclusão, tem-se que a Lei Estadual n.2.207/00, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, padece dos vícios de ilegalidade, por contrariar a legislação federal (art. 16, § 2º Lei n.8.213/91, na redação da Lei n.9.528/97 e art. 5º da Lei n.9.717/98) e a própria Constituição Federal (art. 40, § 12 e 195, §5º).

---

<sup>5</sup> Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Dessa forma, sugere-se que não seja o referido dispositivo legal aplicado no âmbito da Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul, inclusive com encaminhamento de sugestão de alteração legislativa ao Exmo. Sr. Secretário de Estado de Gestão Pública, a fim de excluir da Lei n.2.207/00 a previsão de enquadramento do menor sob guarda como dependente do segurado (art. 6º, § 2º, inciso II).

Quanto ao pedido em questão, opina-se pelo seu indeferimento, ante a ilegalidade e inconstitucionalidade da norma garantidora do direito pretendido (figuração de menor sob guarda como dependente de segurado).

Feitas essas considerações, submeto a presente manifestação à sua apreciação.

Campo Grande, MS, 07 de novembro de 2003

Suleimar Sousa Schröder Rosa  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, sem qualquer acréscimo ou reparo, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 062/2003 - PP Nº 024/2003, subscrito pela Procuradora do Estado Suleimar Souza Schröder Rosa, da Procuradoria de Pessoal, acostado às folhas 22-34, do processo em destaque.

2 . Destacada a parte subjetiva do processo sob análise da Procuradoria-Geral do Estado, na qual se opina pelo indeferimento do pleito preambular formulado pelo servidor, resta analisar que emerge

do Parecer ora aprovado que o inciso II, do § 2º, do artigo 6º, da Lei (Estadual) n.2.207, de 28.12.2000, padece do vício de ilegalidade, por afrontar o artigo 16, § 2º, da Lei (Federal) n.8.213, de 24.07.1991, na redação que lhe foi dada pela Lei (Federal) n.9.528/97, e artigo 5º da Lei (Federal) n.9.717/98, e do vício de inconstitucionalidade, por ofender o § 12, do artigo 40, e o § 5º, do artigo 195, todos da Constituição Federal.

A alegação de lesão constitucional ensejaria, por certo, a determinação de interposição de ação direta de inconstitucionalidade para afastar o dispositivo enfocado do mundo jurídico, uma vez que *"nula é toda lei oposta à Constituição"*<sup>1</sup>, conforme decidido em fevereiro de 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso William Marbury v. James Madison.

Contudo a ofensa à Constituição Federal é reflexa, o que não autoriza a abertura de controle concentrado de constitucionalidade. Diz-se ser reflexa a ofensa, uma vez que, para se decidir pela inconstitucionalidade, existe a necessidade de ser perquirida a legislação infraconstitucional, razão por que, nestes casos, a Corte Excelsa tem afastado o controle direto<sup>2</sup>.

Esta a razão por que o Supremo Tribunal Federal não conheceu a ADI-1540-1/MS, interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, questionando o artigo 57, caput, e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei Complementar (Estadual) n.53/90, não obstante tenha decidido que *"o Estado-membro pode legislar sobre a matéria desde que de forma similar ao que dispuser a lei federal; no caso, esta proíbe a concessão do especial privilégio impugnado (art. 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 62 do Estatuto dos Militares - Lei n.6.880/80)"*, e que, *"o impugnado art. 57 afronta diretamente à lei federal, não à Constituição, e, em*

<sup>1</sup> MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.1-29.

<sup>2</sup> *"Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento de que só é cabível a ação direta de inconstitucionalidade para o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo impugnado e a Constituição Federal. Precedentes: ADIMC nº 996, Rel. Min. Celso de Mello e ADI n. 1388, Rel. Min. Néri da Silveira. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida."* (Pleno, ADI-1670/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10.10.2002, p. DJU de 08.11.2002, p. 21).

*consequência, sendo o caso de ilegalidade, não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade”<sup>3</sup>. (destaques no original).*

No caso presente, a situação é a mesma: o dispositivo questionado (art. 6º, § 2º, inc. II, da Lei n.2.207/00) é flagrantemente ilegal e inconstitucional, mas a Carta da República é atingida reflexamente, de modo que o controle de constitucionalidade somente pode ocorrer na forma indireta, difusa, razão pela qual deixo de determinar a elaboração de petição para a instauração do processo objetivo referido.

3. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

- a) proceder aos registros de praxe;
- b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado citada e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e
- c) providenciar o recâmbio dos autos à origem.

Campo Grande, MS , 17 de novembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

---

<sup>3</sup> Pleno, ADI-1540-1/MS, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25.06.1997, p. DJU de 16.11.2001.

PARECER PGE /Nº 063/2003

PARECER PP/Nº 026/2003

Processo n. 15/001139/2003

Interessado: Secretário de Justiça e Segurança Pública.

Assunto: Análise dos artigos 13, 84, 118 e 152, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil).

1. A POSSIBILIDADE DE REVISÃO, A QUALQUER TEMPO, DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FINDO, NOS CASOS ELENCADOS NO ARTIGO 152, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 038/89, NÃO AFRONTA O PRAZO PRESCRICIONAL ESTABELECIDO PELO ARTIGO 84, DA MESMA LEI. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE SE JUSTIFICAM PELA PREVALÊNCIA DA VERDADE REAL EM PROCEDIMENTOS ACUSATÓRIOS.

2. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA OU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NÃO PERMITE A INTERRUPÇÃO AD ETERNUM DA PRESCRIÇÃO, QUE RECOMEÇARÁ A CORRER POR INTEIRO, A PARTIR DO DIA EM QUE CESSAR A INTERRUPÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 118, PARÁGRAFO 2º, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) N.038/89 ANALOGICAMENTE COM O ARTIGO 240, PARÁGRAFO 4º, DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO (LEI N.1.102/90).

3. LIMITAÇÃO ETÁRIA PARA INGRESSO NA CARREIRA DA POLÍCIA CIVIL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE SEJA CRITÉRIO IGUALITÁRIO PREVISTO PARA TODOS OS CANDIDATOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 1º, DO ARTIGO 13, DA LEI COMPLEMENTAR (ESTADUAL) N.038/89, QUE

AFRONTA O ARTIGO 5º, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A MEDIDA EM QUE TRAZ TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA QUEM JÁ INTEGRA OS QUADROS DA CORPORAÇÃO.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

## **I RELATÓRIO**

O Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, Deputado Dagoberto Nogueira Filho, encaminha a esta Procuradoria-Geral consulta formulada pelo Diretor-Geral da Polícia Civil, Dr. Milton Watanabe Tocikazu, a respeito da aplicabilidade de alguns dispositivos da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 (Lei Orgânica da Polícia Civil).

Solicita a emissão de parecer normativo para firmar interpretação sobre prescrição em sindicância e processo administrativo disciplinar e ainda sobre a exigência de idade para ingresso na carreira da Polícia Civil.

É a síntese do necessário.

Passamos às indagações, respondendo-as em seguida:

## **II PRESCRIÇÃO EM SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

O consulente afirma que há aparente conflito entre o artigo 84 e o artigo 152, ambos da Lei Orgânica da Polícia Civil, questionando se existe contradição entre as normas e qual dos dois dispositivos merece aplicabilidade.

Vejamos a redação dos preceitos indicados para análise, *in verbis*:



Art. 84. O direito de pleitear na esfera administrativa prescreverá:

I - em cinco anos, quanto aos atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, e aos referentes à matéria patrimonial;

II - em cento e vinte dias, nos demais casos, salvo quando outro prazo for estabelecido em lei.

Art. 152. Admitir-se-á a qualquer tempo, a revisão do processo administrativo disciplinar findo, mediante recurso do punido:

I - quando a decisão for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos;

II - quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou viciados;

III - quando, após a decisão, se descobrirem novas provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorize pena mais branda.

Não se infere dos preceitos supra, qualquer conflito ou contradição de normas. O artigo 84 traz a regra geral referente à prescrição administrativa, fixando lapso temporal certo para o pleito. Por sua vez, o artigo 152 traz hipóteses excepcionais, em que não há prescrição, podendo haver revisão do processo administrativo disciplinar findo a qualquer tempo.

Fazendo a interpretação conjunta dos dispositivos, conclui-se que o servidor terá cinco anos para pleitear, na esfera administrativa, quanto aos atos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e matéria patrimonial, bem como terá cento e vinte dias para os demais casos, salvo outro prazo estabelecido em lei (artigo 84). Porém, quando a decisão do processo administrativo disciplinar for contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos; quando a decisão se fundar em depoimento, exames ou documentos comprovadamente falsos ou viciados; ou quando se descobrirem novas

provas da inocência do punido ou de circunstâncias que autorizem pena mais branda, a revisão poderá ser feita a qualquer tempo (artigo 152).

Denota-se, portanto, que o artigo 84, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, traz a regra geral sobre prescrição administrativa, que é excepcionada pelo artigo 152, para os casos específicos que elenca.

Hipótese idêntica é prevista no Estatuto dos Servidores da União (artigo 174, da Lei n.8.112/90) e no Estatuto dos Servidores do Estado (artigo 281, da Lei Estadual n.1.102/90) e justifica-se pela identidade existente entre o processo administrativo disciplinar e o processo penal, sendo certo que este prevê no artigo 621 de seu Código Instrumental, a revisão dos processos criminais findos, a qualquer tempo, em casos semelhantes.

Isso porque a intangibilidade das decisões, em processos acusatórios, deve ceder ante os imperativos da Justiça, dando-se prevalência à verdade real e não à verdade formal. Permite-se, dessa forma, a revisão do processo administrativo a qualquer tempo, nos casos expressos em lei.

Pelo exposto, e respondendo as indagações formuladas, não se verifica conflito entre os dois dispositivos da Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado, sendo certo que ambos merecem aplicabilidade, dependendo do caso concreto a ser analisado.

### **III INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO**

Outra questão colocada refere-se à interrupção da prescrição pela instauração de Sindicância ou Procedimento Administrativo Disciplinar. A autoridade pergunta se o procedimento permite a interrupção eterna, como dá a entender o artigo 118, § 2º, da Lei de Regência.

O mencionado artigo trata da extinção da punibilidade e preconiza, *in verbis*:

Art. 118. Prescreverá:

I - em sessenta dias a falta sujeita à pena de repreensão;

II - em dois anos, a falta sujeita às penas de suspensão;

III - em cinco anos, a falta sujeita:

a) à pena de demissão;

b) à cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - A falta também prevista em lei penal como crime prescreverá juntamente com este.

§ 2º - O curso da prescrição começa a fluir da data do evento disciplinar, e se interrompe pela instauração de Sindicância ou de Processo Administrativo Disciplinar. (grifo nosso)

Como alertado na consulta, a lei não menciona se o prazo prescricional recomeça a correr, sugerindo que permanece suspenso indefinidamente, o que não se pode aceitar, haja vista a necessidade de estabilização das relações jurídicas.

Dessa forma, é preciso alterar a lei em discussão, para que traga, em um terceiro parágrafo, o marco do recomeço da contagem prescricional.

Insta destacar, ainda, que o prazo recomeçará a contar por inteiro, pois se trata de interrupção, e não de suspensão.

Enquanto o adendo não ocorre, pode-se utilizar analogicamente a regra inserta no artigo 240, parágrafo quarto, da Lei (Estadual) n.1.102/90 (Estatuto dos Funcionários Cíveis do Estado) que regula:

Art. 240 (...)

§ 4º - Suspensa a prescrição, esta recomeçará a correr pelo restante, a partir do dia em que cessar a suspensão.

No entanto, deve-se atentar ao fato de que o Estatuto do Servidor traz hipótese de suspensão, no qual o prazo recomeça pelo restante, diferente do que ocorre na Lei Orgânica da Polícia Civil, na qual a instauração de Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar interrompe a prescrição.

Desse modo, para preservar o espírito da Lei Complementar (Estadual) n.038/89 e para evitar a interrupção *ad eternum* da prescrição, a melhor interpretação será aquela que considerar interrompido o prazo pela instauração da Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar, recomeçando o lapso por inteiro, no dia em que cessar a interrupção.

#### **IV LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NA CARREIRA**

Por derradeiro, a autoridade consulente indaga acerca da constitucionalidade do disposto no artigo 13, inciso II e parágrafo 1º, da lei em comento, que fixa limitação etária para ingresso na Polícia Civil, fazendo diferenciação deste requisito para os candidatos que já são integrantes do Grupo, bem como para aqueles que são policiais civis de outros estados.

O dispositivo, com as alterações da Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999, restou assim redigido:

São requisitos mínimos para o ingresso na Polícia Civil:

I - (...)

II - ter, no mínimo, 18 anos completos e, no máximo, 40 anos incompletos na data do encerramento das inscrições no concurso;

(...)

§ 1º - Os integrantes do Grupo Polícia Civil do Estado estão isentos do limite de idade de que trata o inciso II deste artigo, e aos policiais civis de outras unidades da federação, desde que estáveis, o limite acima referido será de 45

(quarenta e cinco) anos incompletos na data do encerramento das inscrições.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso I, dispõe a respeito do acesso aos cargos, empregos e funções públicas da seguinte forma:

Art. 37 (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. (grifo nosso)

Verifica-se, pois, que a Carta Magna remete à lei, os requisitos imprescindíveis para o acesso ao serviço público. Desse modo, a doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que na regulamentação desse direito de acesso, há possibilidade de fixação de requisitos razoáveis, desde que compatíveis com o princípio da igualdade, para o provimento de cargos, empregos e funções públicas.

Igualmente, será possível a limitação do acesso em face da fixação de limite de idade, *desde que compatível com a atribuição a ser exercida*, ou seja, mostre-se compatível com o conjunto de atribuições inerentes ao cargo a ser preenchido.<sup>1</sup>

Ocorre que a lei estadual sob foco é discriminatória, na medida em que exige idade máxima de 40 (quarenta) anos para alguns candidatos (que não pertencem ao Grupo Polícia Civil), aumenta a faixa etária para 45 (quarenta e cinco) anos para outros (policiais de outros estados) e isenta do requisito aqueles que já pertencem ao quadro estadual. Como se vê, não há razoabilidade nessa diferenciação, pois há afronta expressa ao princípio da isonomia, garantido pela *Lex Fundamental*, em seu artigo 5º, *caput*.

Vislumbra-se, portanto, que a lei pode exigir idade máxima para ingresso na corporação, desde que tal exigência seja paritária, ou seja, que o requisito seja observado por todos os candidatos.

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo : Atlas, 2002. p. 822.

Nesse sentido, decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMITAÇÃO DE IDADE - CONCURSO PÚBLICO - AGENTE DE POLÍCIA CIVIL - DISCRIMINAÇÃO - INCONSTITUCIONAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A administração pública pode impor restrição que guarde pertinência com o cargo a ser exercido. Contudo, é necessário que a diferenciação possua uma justificativa lógica diretamente relacionada à natureza e atribuições do cargo. Havendo lei que dispensa a limitação etária dos que já são servidores públicos, resta evidente a discriminação inconstitucional.<sup>2</sup> (grifo nosso)

Ainda, julgado do Supremo Tribunal Federal:

CONCURSO PÚBLICO - INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO FUNDADA EM IMPOSIÇÃO LEGAL DE LIMITE DE IDADE, QUE CONFIGURA, NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL (CF, ARTS. 5º E 7º, XXX) - SEGURANÇA CONCEDIDA - A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, *caput*), que se estende, à falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar com imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores

<sup>2</sup> TJMS. 4ª Turma Cível. AC 2002.005142-0 - outubro de 2002.

públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado. Precedentes: RMS 21.046, 14.12.1990, Pertence; RMS 21.033, 01.03.1991, Velloso.<sup>3</sup> (grifo nosso).

E do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE. DISPENSA PARA FUNCIONÁRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA.

I - Contém discriminação arbitrária o dispositivo editalício que estabelece idade-limite, para inscrição em concurso público, apenas para o não funcionário.

II – Nega-se a segurança quando ocorrente o prazo decadencial.

III - Recursos conhecidos e providos, com exceção para o recorrente que impetrou tardiamente o *mandamus*.<sup>4</sup> (grifo nosso).

Do voto do relator extrai-se o seguinte excerto:

(...)

O mesmo acerto, contudo, não pode ser reconhecido no aresto quanto tem por correto o preceito editalício que estabeleceu limite máximo de idade apenas para o concorrente que não seja funcionário público.

Não por entender ser de todo impossível estabelecer-se limite de idade para o ingresso no serviço público, visto que não me filio à corrente

<sup>3</sup> STF - RE 156404 - BA - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 01.10.1993.

<sup>4</sup> STJ - 1ª Turma. ROMS 1.330-0 - RS - Rel. Min. Cesar Rocha. 16.12.1992.

dos que assim se posicionam.

É que tenho por arbitrária a discriminação constante do edital quando, por um lado, estabelece a regra da limitação de idade para que se possa participar do exame mas, por outro, permite ao funcionário público concorrer mesmo já contando com anos de vida que ultrapasse o limite fixado.

É essa discriminação que repudio, pois essa circunstância demonstra que o limite de idade imposto não tem explicação razoável.

(...) (grifo noso)

Destarte, o artigo 13 da Lei de Regência da Polícia Civil Estadual é inconstitucional, na medida em que trata desigualmente os iguais. Nesse diapasão, deve deixar de ser observado pela Administração Pública, posto ser inconstitucional.

Sobre a não obediência de lei inconstitucional, Alexandre de MORAES leciona:

O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, como primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário.<sup>5</sup> (grifo nosso)

Na mesma esteira, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12 ed.. São Paulo : Atlas, 2002. p.580.



Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou às leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não há de negar ao Chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que, por ato administrativo formal e expresso, declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste.<sup>6</sup> (grifo nosso)

No mesmo sentido: RTJ 2/386, 32/134, 33/336, 41/669, 96/469; RDA 140/49, 56/295, 85/212; RT 374/153, 354/153, 358/130; RDP 26/68, 2/150, 5/234.

Diante do exposto, a inobservância imediata do dispositivo mencionado é medida que se impõe.

## V CONCLUSÃO

*Ex positis*, responde-se às questões colocadas sob consulta, sugerindo-se, nesta oportunidade, que sejam tomadas providências para:

- 1) Inserção de parágrafo no artigo 118, da Lei Complementar (Estadual) n.038/90, para que regule o reinício do prazo prescricional;
- 2) Revogação do disposto no parágrafo 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, ou então, viabilização de proposutura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o parecer, *sub censura*.

<sup>6</sup> TJSP - 3ª Câmara Civil - Ap. n.220.155-1 - Campinas, Rel. Des. Gonzaga Franceschini, decisão: 14.02.1995. RTJ 96/496.

Campo Grande, MS, 14 de novembro de 2003.

Renata Corona Zuconelli  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, com os reparos e acréscimos que seguem, fulcrado no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26 de dezembro de 2001, o PARECER PGE Nº 063/2003 - PP Nº 026/2003, subscrito pela Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, da Procuradoria de Pessoal, acostado às folhas 09-20, do processo em destaque.

2. Ressalto, inicialmente, o meritório objetivo da consulta formulada, de evitar discussões administrativas e judiciais quanto aos temas nela versados, posição que todo administrador público deve ter, por observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, e por respeito aos cidadãos.

3. Nenhuma ressalva faço às considerações postas quanto aos artigos 84 e 152, da Lei Complementar (Estadual) n.038, de 12.01.1989, objeto de análise do tópico II, do Parecer ora aprovado.

4. No que concerne ao tópico III, que trata da interrupção da prescrição, matéria afeta ao artigo 118, § 2º, do diploma legal em foco, trago algumas observações, a saber:

a) a prescrição na esfera administrativa consiste na "*extinção do direito de punir que lei a impõe à autoridade administrativa, no caso de não usar ela, no momento adequado e durante certo lapso de tempo, das prerrogativas que lhe confere o Estatuto dos Funcionários no capítulo das infrações*"<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 414.

b) com relação aos policiais civis, o dispositivo em comento estabelece a **interrupção** do prazo prescricional pela instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, o que dá azo a que o prazo tem recomeço por inteiro quando cessada a causa que o interrompeu<sup>2</sup>;

c) à sindicância e ao processo administrativo disciplinar se aplica o **princípio da oficialidade ou impulsão**<sup>3</sup>, pelo que não pode o

<sup>2</sup> “A interrupção da prescrição inutiliza a prescrição já começada. Difiere da suspensão, em que, nesta, a prescrição continua o seu curso, logo que desaparece o impedimento, e, na interrupção, o tempo decorrido, anteriormente, fica perdido para o prescribente, que, aliás, póde, depois do acto interruptivo, iniciar nova prescrição”. (sic). (BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil do Estados Unidos do Brasil. 4 tiragem. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p. 451). “As causas suspensivas da prescrição são as que, temporariamente, paralísam o seu curso; superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr, computado o tempo decorrido antes dele. [...] As causas interruptivas da prescrição são as que inutilizam a prescrição iniciada, de modo que o seu prazo recomeça a correr da data do ato que a interrompeu ou do último ato do processo que a interrompe”. (DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 159 e 161). “Debe distinguirse la suspensión de la interrupción y remisión de los términos. Existe suspensión cuando el término cesa de operar pero puede continuar corriendo a partir del cese de la suspensión. En esta hipótesis, ha corrido en parte antes de producirse la suspensión y continúa luego produciendo efectos hasta terminar de correr en la parte faltante”. (GODILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo : el procedimiento administrativo. 4. t. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey - Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VIII-20).

<sup>3</sup> “O princípio da oficialidade ou da impulsão atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular; uma vez iniciado, passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete seu impulsoamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressar, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão. Outra consequência deste princípio é a de que a instância não perime, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 646). Outro não é o entendimento na Argentina, *in verbis*: “Oficialidad. En mérito a la tutela del interés público, se impone a la autoridad administrativa el deber de dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El principio de la impulsión de oficio domina en el procedimiento administrativo; en tanto el principio dispositivo o a instancia de parte prevalece en el proceso administrativo”. (DORMI, Roberto. Derecho administrativo. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 768-9).

administrador postergar *ad eternum* o seu término. A legislação estabelece prazos para a conclusão da sindicância e do processo administrativo disciplinar, que deverão de ser respeitados pelo administrador, sob pena de ser responsabilizado por abuso de poder decorrente da omissão, que enseja correção judicial e indenização ao prejudicado<sup>4</sup>, sendo possível que o Judiciário o obrigue a decidir em prazo certo<sup>5</sup>. Não há necessidade de se fixar quando recomeça a contagem do prazo prescricional, isso porque, a toda evidência, tal se dará quando cessada a causa de interrupção.

Como conseqüência, coloco reparo ao argumento de que “é preciso alterar a lei em discussão, para que traga, em um terceiro parágrafo, o marco do recomeço da contagem prescricional” e na sugestão de aplicação analógica do artigo 240, § 4º, da Lei (Estadual) n.1.102, de 10.10.1990 (fl. 13), que versa sobre a suspensão, e não a interrupção do prazo prescricional.

5. Acrescento, em relação ao tópico IV - Limite de Idade para Ingresso na Carreira, que é possível a fixação de limites de idade, mínimo e máximo (CF, art. 37, inc. I c/c art. 39, § 3º), e que a inconstitucionalidade apontada recai somente em relação ao § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, na redação dada pela Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999<sup>6</sup>, porque contraria os princípios da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), além de afrontar o artigo 3º, inciso IV, o artigo 5º, *caput*, o artigo 7º, inciso XXX c/c o artigo 39, § 3º, todos da Carta Federal.

6. Como corolário do acima exposto, decido, em relação ao Parecer ora aprovado, com manutenção da ementa apresentada:

<sup>4</sup> FAGUNDES, Seabra. Responsabilidade do Estado : indenização por retardada decisão administrativa. *Revista de Direito Público*, v. 57-58, p. 7-17, 1981.

<sup>5</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, 559/67. Sobre o assunto, consulte-se: BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. v. 1: do mandado de segurança individual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206-8; MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 106-7.

<sup>6</sup> “Art. 13. (...), § 1º. Os integrantes do Grupo Polícia Civil do Estado estão isentos do limite de idade de que trata o inciso II deste artigo, e aos policiais civis de outras unidades da Federação, desde que estáveis, o limite acima referido será de 45 (quarenta e cinco) anos incompletos na data do encerramento das inscrições”.

a) excluir a sugestão n.1, do item V - Conclusão, de inserção de um parágrafo ao artigo 118, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89;

b) fixar interpretação administrativa, com espeque no inciso IV, do artigo 2º, combinado com o inciso XVI, do artigo 8º, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, no sentido de que o § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038, de 12.01.1989, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar (Estadual) n.084, de 22.01.1999, porta vício de inconstitucionalidade por afrontar aos princípios da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) e da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV), além de malferir o artigo 3º, inciso IV, o artigo 5º, *caput*, o artigo 7º, inciso XXX c/c o artigo 39, § 3º, todos da Carta Federal;

c) recomendar aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública e de Gestão Pública, e ao Diretor-Geral da Polícia Civil que, nos editais de concurso público para provimento de cargos do Grupo Polícia Civil, não incluam a restrição prevista no § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, mesmo enquanto não revogado o dispositivo;

d) determinar à Chefe da Procuradoria de Pessoal que, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, seja elaborada, no âmbito da Especializada, minuta de anteprojeto de lei complementar com o escopo de revogar o § 1º, do artigo 13, da Lei Complementar (Estadual) n.038/89, encaminhando-a aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública, de Gestão Pública e de Coordenação-Geral do Governo, e ao Diretor-Geral da Polícia Civil, para conhecimento e providências. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, em hipótese na qual a Assembléia Legislativa do Estado não se manifestou contrariamente (como ocorreria, *verbi gratia*, na rejeição de veto), é medida extrema e demorada, sendo mais recomendável, primeiramente, a tentativa de revogação legislativa.

7 . À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros de praxe;

b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e

c) destinar cópia desta decisão e do Parecer ora aprovado aos Secretários de Estado de Justiça e Segurança Pública, de Gestão Pública e de Coordenação-Geral do Governo, bem assim, ao Diretor-Geral da Polícia Civil.

Campo Grande, MS, 17 de novembro de 2003.

José Wanderley Bezerra Alves  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 065/2003

PARECER PP/Nº 025/2003

Processo n. 31/300397/2002

Solicitante: Secretário de Estado de Gestão Pública.

Interessado: Rosalvino Nunes da Mota.

Assunto: Passagem para Reserva Remunerada "ex-officio".

**EMENTA - PASSAGEM PARA A RESERVA REMUNERADA "EX OFFICIO" - ATINGIMENTO DA IDADE LIMITE PARA O POSTO OU GRADUAÇÃO - PROVENTOS CALCULADOS COM BASE NO SOLDADO INTEGRAL - LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N.53/90.**

Os dispositivos legais da Lei Complementar n. 53/90, que tratam da passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral, não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois em consonância com o disposto nos artigos 42, § 1º e 142, § 3º, inciso X, da Carta Magna; artigos 50, inciso III, 96 e 98 da Lei Federal n.6.880/80; art. 10, § 3º, da Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11 de setembro de 2001; artigo 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 25 da Lei Estadual n.2.207/2000.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

## **I RELATÓRIO**

Tendo em vista o pedido de passagem para a reserva remunerada "ex-officio" do 3º Sargento PM, Rosalvino Nunes da Mota, por meio do processo n.31/300.3974/02, solicitou o Senhor Secretário

de Gestão de Pessoal e Gastos da época, manifestação da Procuradoria-Geral do Estado a respeito do pedido.

O pedido de passagem do interessado para a reserva remunerada "ex-officio" foi proposto tendo em vista o atingimento da idade limite para o quadro de 3º Sargento, amparado o pedido no art. 47, inciso III, art. 86, inciso I, art. 89, inciso II, art. 91, inciso I, item 2, todos da Lei Complementar n.53/90 (f. 02).

Foi procedida a contagem de tempo de serviço do interessado, conforme certidão de f. 03, totalizando vinte e sete anos e vinte e nove dias.

Dados da vida funcional foram relacionados (f. 04), bem como procedida inspeção de saúde (f. 05), seguida de declaração de não acumulação de cargo ou função pública (f. 06) e inexistência de débito para com a Fazenda Pública (f. 07).

Cópias da certidão de nascimento, documento de identidade e certidão de casamento foram anexadas à f. 08/10, seguida por demonstrativos financeiros (f. 12/28).

Análise do pedido foi realizada, conforme Informação n.016/DP-1/2002, f. 30, seguida da apostila de fixação de proventos, de forma integral.

Pelo Parecer n.138/02/ASS.JUR/PM/MS (f.33), concluiu a Assessoria Jurídica da Polícia Militar pelo deferimento do pedido de transferência para a reserva remunerada "ex-officio", com proventos fixados conforme apostila de fixação de proventos elaborada nos autos (integrais).

Os autos foram encaminhados para o Superintendente de Administração e Finanças (f. 34).

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Segurança Pública, por intermédio do PARECER Nº 589/2002/ASSJUR/SEJUSP/MS (f. 35/36), também opinou pelo deferimento do pedido.



Foi então elaborada minuta do respectivo Decreto (f. 38), seguindo os autos para a Superintendência de Recursos Humanos e Previdência da SEGES, sendo exarada a Manifestação n.1.095/02/AJ/CPREV/SEGES (f. 41), e anexado demonstrativo financeiro atualizado (f. 42/43), bem como analisada e aprovada a apostila de fixação de proventos (f. 44).

Foi então que o Diretor Executivo do MS-PREV à época suscitou a dúvida, argumentando que, apesar da Lei Complementar n.53/90 prever a possibilidade de transferência "ex-officio" para a reserva remunerada, com proventos integrais, por atingimento da idade limite inferior àquela estabelecida para os demais servidores, tal direito encontra óbice no disposto no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n.20/98, a qual veda a adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos servidores vinculados aos regimes próprios de previdência social dos entes federados.

Aduz ainda que a Lei n.2.207/00, em seu art. 24, inciso III, alínea "b", prevê a proporcionalidade para o cálculo financeiro desse direito.

Por fim, solicita consulta à Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de firmar a melhor interpretação da lei aplicável ao caso, ante o aparente conflito entre a norma estatutária e a legislação previdenciária vigente.

É o relatório.

## **II PREVISÃO LEGAL DE PASSAGEM PARA A RESERVA REMUNERADA COM PROVENTOS INTEGRAIS POR ATINGIMENTO DA IDADE LIMITE**

A Lei Complementar Estadual n.53, de 30.08.1990, prevê a hipótese de passagem para a reserva remunerada por atingimento da idade limite, sendo os proventos, nessa circunstância, calculado de forma integral.

A reger tal matéria, aplicável ao caso do interessado, temos os seguintes dispositivos legais, contidos na referida Lei Complementar, *in verbis*:

Art. 47. São direitos dos policiais militares estaduais:

(...)

III - remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou da graduação, quando tiver atingido a idade.

Art. 86. O desligamento ou exclusão do serviço ativo da Polícia Militar é feito em consequência de:

I - transferência para a reserva remunerada;

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

I - a pedido;

II - "ex officio".

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

I - atingir a idade limite:

(...)

2. Praças de todos os quadros:

Graduações:

(...)

Idade

3º Sargento PM

47 anos

Verifica-se, desta forma, que a legislação estadual prevê regras específicas para os policiais militares no que tange à passagem para

a reserva remunerada, especificando os casos em que essa ocorrerá "ex officio", em especial por atingimento da idade limite para cada posto ou graduação, hipótese em que os proventos serão integrais.

Tais disposições estão em pleno acordo com a Constituição Federal e com a legislação federal, conforme restará demonstrado.

### **III CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS DE INATIVAÇÃO DOS MILITARES**

Diante das peculiaridades da atividade policial militar, existem regras específicas a tal categoria funcional, diferente dos demais servidores civis, dentre elas as que regulam o desligamento do serviço público.

Nesse sentido assinala José Afonso da Silva:

Sua organização e seu regime jurídico, desde a forma de investidura até as formas de inatividades, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis.<sup>1</sup>

Assim, quando se fala em inatividade de policial militar, há que se verificar as diversas formas existentes e seus respectivos conceitos, que diferem da simples aposentadoria dos servidores civis (compulsória, por invalidez ou por tempo de contribuição e idade).

Novamente José Afonso da Silva esclarece:

A Constituição garante as patentes dos oficiais da ativa, da reserva e dos reformados das Forças Armadas (art. 142, § 3º, I), das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal (art. 42, § 1º). Fala várias vezes em militar da ativa, transferência

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.680.

para a reserva, reforma e agregação, indicando, com esses termos, situações dos militares, que podem, em verdade ser reduzidas as duas: atividade e inatividade. A primeira diz respeito ao militar que se encontra incorporado nas fileiras da tropa no exercício do serviço militar. É a situação do militar em efetivo exercício de seu posto ou graduação. A inatividade é o estado ou situação do militar afastado, temporária ou definitivamente, do serviço da respectiva força. A inatividade, assim abrange a agregação, a transferência para a reserva e a reforma.<sup>2</sup> (grifo nosso).

Motivado pelas peculiaridades da atividade policial, o legislador preferiu deixar a disciplina acerca da transferência para a inatividade dos militares estaduais, a cargo de lei específica que disporá sobre limites de idade e outras condições específicas, conforme consignado no art. 142, § 3º inciso X da Constituição Federal, que determina, *in verbis*:

Art. 142. (...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(...)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

---

<sup>2</sup> Ibid, p.681.

Vale lembrar que tal dispositivo, referente às Forças Armadas, aplica-se aos militares dos Estados por força do art. 42, § 1º, da Constituição Federal, que assim fixa, *in verbis*:

Art. 42 (...)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º e do art. 142, §§ 2º e 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

No mesmo sentido, a previdenciária local (Lei n.2.207/00), em seu art. 25, estabelece, *in verbis*:

Art. 25 - A transferência para a inatividade dos militares estaduais observará lei específica que disporá sobre os limites de idade e outras condições especiais.

Parágrafo único. Os militares estaduais serão transferidos para a inatividade conforme as regras vigentes na data de publicação desta Lei, desde que tenham feito ao MS-PREV, no mínimo, 60 (sessenta) contribuições, até que a legislação específica disponha sobre a matéria.

Portanto tem-se que, tanto a Constituição Federal, quanto a nossa lei previdenciária estadual, reconhecem a situação singular da atividade policial militar, inclusive no que tange às condições de transferência à inatividade, consideradas as peculiaridades de suas atividades.

Assim, não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia de tratamento entre civis e militares no que tange ao estabelecimento de condições especiais para esses últimos para a passagem à inatividade, já que a própria Carta Magna assim o prevê.

Como ainda não foi promulgada a lei à qual alude o art. 25 da Lei n.2.207/00, devem ser aplicadas as leis vigentes que tratam da matéria, ou seja, as disposições da Lei Complementar n.53/90.

#### IV LEGALIDADE DAS REGRAS DE INATIVAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES

Há que se ressaltar que a competência legislativa dos Estados-membros, prevista no art. 42, § 1º da Constituição Federal, encontra limitação na legislação federal, não podendo conceder direitos superiores aos atribuídos ao pessoal das Forças Armadas.

Tal regra encontra-se descrita no art. 24 do Decreto-lei n.667/69, recepcionado pela nova ordem constitucional implantada a partir de 1988, e que estabelece, *in verbis*:

Art. 24. Os direitos, vencimentos, vantagens e regalias do pessoal, em serviço ativo ou na inatividade, das Polícias Militares, constarão de legislação especial de cada Unidade da Federação, não sendo permitidas condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas. (grifo nosso).

Encontram-se previstas na Lei Federal n.6.880, de 9.12.1980, cuja observância é obrigatória pelos Estados-membros<sup>3</sup>, as regras pertinentes à transferência para a reserva remunerada por atingimento da idade limite, as quais são as seguintes, *in verbis*:

Art. 50. São direitos dos militares:

(...)

III - remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando 30 (trinta) anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, "ex officio", por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória; e

<sup>3</sup> Por força do disposto no art. 22, inciso XXI da Constituição Federal e art. 24 do Decreto-lei n.667/69.

Art. 96. A passagem do militar à situação de inatividade, mediante transferência para a reserva remunerada, se efetua:

I - a pedido; e

II - "ex officio".

Art. 98. A transferência para a reserva remunerada, ex officio, verificar-se-á sempre que o militar incidir em um dos seguintes casos:

I - atingir as seguintes idades-limites:

(...)

Referida lei foi alterada pela Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11/09/2001<sup>4</sup>, que deu ao art. 50, inciso III, a seguinte redação, sem mudar-lhe a essência:

Art. 50.

(...)

III - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando trinta anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, ex officio, por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória;

Além disso, a referida Medida Provisória, em seu art. 10, § 3º estabelece:

<sup>4</sup> Art. 2º - As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Art. 10 (...)

§ 3º O militar transferido para a reserva remunerada "ex officio", por haver atingido a idade limite de permanência em atividade, no respectivo posto ou graduação, ou por não haver preenchido as condições de escolha para o acesso ao generalato, tem direito ao soldo integral.

Buscando-se a interpretação sistemática de tais normas, conclui-se que o militar deve passar à reserva remunerada, com proventos integrais, quando esta se der ex officio, por atingimento da idade limite.

Igual regra, aplicável aos policiais militares dos Estados-membros, contida na legislação estadual de Mato Grosso do Sul, está em pleno acordo com as regras contidas na legislação federal.

#### **IV CONCLUSÃO**

Em conclusão, tem-se que os dispositivos legais da Lei Complementar n.53/90, que tratam da passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral, não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, pois em consonância com o disposto nos artigos 42, § 1º e 142, § 3º, inciso X, da Carta Magna; artigos 50, inciso III, 96 e 98 da Lei Federal n.6.880/80 e art. 10, § 3º, da Medida Provisória n.2.215-10, ainda aplicável por força do art. 2º da Emenda Constitucional n.32, de 11.09.2001; artigo 24 do Decreto-lei n.667/69 e art. 25 da Lei Estadual n.2.207/00.

Dessa forma, sugere-se que seja mantida a aplicação dos dispositivos legais da Lei Complementar n.53/90, no que tange à passagem ex officio dos policiais militares para a reserva remunerada, com proventos calculados de forma integral e não proporcional.

Quanto ao pedido em questão, opina-se pelo seu deferimento, ante a legalidade e constitucionalidade das regras garantidoras do



direito pretendido (reserva remunerada ex officio, com atingimento da idade limite, com proventos integrais).

Feitas essas considerações, submeto a presente manifestação à sua apreciação.

Campo Grande, MS, 13 de novembro de 2003

Suleimar Sousa Schröder Rosa  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, com supedâneo no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER PGE Nº 065/2003 - PP Nº 025/2003, firmado pela Procuradora do Estado Suleimar Sousa Schröder Rosa, da Procuradoria de Pessoal, juntado às folhas 50-61, do processo em destaque.

2. Registro, por oportuno, que aos proventos da reserva remunerada não se aplica o disposto no artigo 24, inciso III, alínea "b", da Lei (Estadual) n.2.207, de 28.12.2000, pelas razões elencadas no Parecer ora aprovado.

3 . À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

- b) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado citada e à Procuradora-Chefe de Pessoal; e
- c) restituir os autos à origem.

Campo Grande, MS, 24 de novembro de 2003.

**José Wanderley Bezerra Alves**  
Procurador-Geral do Estado

PARECER PGE/Nº 002/2004

PARECER PAA/Nº 002/2004

Processo n. 15/001364/2003

Interessado: Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo.

Assunto: Planejamento da Ação Estadual Antidrogas - SETASS - SEJUSP.

Ementa: A SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA É O ÓRGÃO COMPETENTE PARA RECEBER RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS AO PLANEJAMENTO DA AÇÃO ESTADUAL ANTIDROGAS, EIS QUE VINCULA, POR FORÇA DO DECRETO (ESTADUAL) N.10.433/01, O CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS, QUE É O ÓRGÃO CENTRAL DO SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS.

Senhor Procurador-Geral do Estado:

Cuida-se de expediente encaminhado pelo Excelentíssimo Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo, Senhor Paulo Roberto Duarte, com o ofício/SECOGE/GAB/n.522/2003 (documento de f. 02), indagando acerca do repasse de recursos financeiros destinados ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas, tendo em vista divergência de entendimentos entre a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) e a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária (SETASS).

Junta-se o ofício n.154/03/SEJUSP/MS - fls. 03-04, onde constam considerações formuladas pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, que aduz que a coordenação e execução da Política Estadual Antidrogas é de competência exclusiva do Conselho Estadual Antidrogas, que está vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e não à Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária.

Na f. 05, veio aos autos o Ofício n.027/03/CEAD, por meio do qual o Conselho Estadual Antidrogas solicitou à SEJUSP que fosse feita a transferência dos recursos financeiros da SETASS (destinados a coordenar a execução de Política Estadual Antidrogas) para a SEJUSP/MS, pois dessa forma poderia ser feita a implementação e execução dos projetos aprovados pelo CEAD.

Na f. 07, consta Ofício/SECOGE/GAB/289/03 encaminhado para a SETASS e requisitando informações quanto às providências adotadas pela Secretaria, em relação à política estadual antidrogas e também quanto aos repasses financeiros efetuados, objetivando a concepção de um programa multisetorial no PPA quanto ao assunto, já que abrange atribuições tanto da SETASS quanto da SEJUSP.

Em resposta, vieram os documentos de fls. 08-43.

Na f. 44, a Secretaria de Coordenação-Geral do Governo remeteu o ofício nº 290/03 à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, solicitando providências para elaboração do programa multisetorial em relação à política estadual antidrogas.

Em resposta, a SEJUSP afirmou ser inviável a aplicação desse programa em razão da exclusividade do CEAD quanto à política estadual antidrogas.

É o breve relatório.

## **I CONSULTA**

Extrai-se do processado que a autoridade consulente pretende esclarecer a questão do repasse financeiro destinado ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas.

Ao que tudo indica, o deslinde da questão está em saber se o repasse deve ser feito para a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP) ou para a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária (SETASS).

Passamos à análise jurídica do caso.

## II SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS - COMPOSIÇÃO

Antes de entrar na *quaestio* propriamente dita, insta tecer algumas considerações acerca do Sistema Estadual Antidrogas, com vistas a definir a posição que cada Secretaria de Estado ocupa nesse projeto.

Referido Sistema foi instituído pelo Decreto (Estadual) n.10.433, de 24.07.2001, visando à prevenção do uso indevido, ao tratamento, à recuperação e à reinserção social de dependentes de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica, bem como a fiscalização e a repressão ao tráfico ilícito e à produção não autorizada dessas mesmas substâncias (artigo 1º, incisos I e II).

O Sistema Estadual é constituído pelo conjunto de órgãos que exercem tais atividades e tem, como organismo central, o Conselho Estadual Antidrogas (CEAD/MS), conforme preconiza o artigo 3º, do Decreto instituidor, *in verbis*:

Art. 3º - Compõem o Sistema Estadual Antidrogas:

I - o Conselho Estadual Antidrogas - CEAD/MS, como órgão central;

II - os órgãos de fiscalização sanitária e de assistência hospitalar da Secretaria de Estado de Saúde;

III - os órgãos especializados em repressão às drogas da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública;

IV - a Secretaria de Estado de Educação;

V - a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário;

VI - a Fundação de Esporte e Lazer de Mato Grosso do Sul;

VII - o Instituto de Estudos e Planejamento de Mato Grosso do Sul;

VIII - a Secretaria de Estado de Receita e Controle;

§ 1º Os órgãos e entidades mencionados nos incisos II a VIII ficam sujeitos à orientação normativa e à supervisão técnica do Conselho Estadual Antidrogas, no que tange às atividades inerentes ao Sistema, sem prejuízo da subordinação administrativa aos órgãos em cujas estruturas estiverem integrados.

§ 2º Incumbe ao Conselho Estadual Antidrogas integrar ao Sistema os órgãos do Estado e dos Municípios que exerçam atividades concernentes à prevenção, fiscalização e repressão de drogas e substâncias que determinem dependência física e ou psíquica.

Verifica-se, pois, que houve divisão da responsabilidade no combate às drogas, sem no entanto, descentralizá-la, eis que há previsão de um órgão central (Conselho Estadual Antidrogas - CEAD), que orientará e supervisionará as atividades inerentes ao Sistema.

### **III CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS (CEAD) - COMPOSIÇÃO**

Este Conselho é formado pelas seguintes representações, conforme preconiza o artigo 4º, do Decreto (Estadual) n.10.433, de 24.07.2001, *in verbis*:

Art. 4º O Conselho Estadual Antidrogas é constituído de 27 (vinte e sete) representações, sendo 15 membros natos e 12 convidados:

I - são membros natos do Conselho Estadual Antidrogas, um representante de cada órgão ou entidade abaixo:

a) Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública;

b) Secretaria de Estado de Assistência Social, Cidadania e Trabalho;

c) Instituto de Estudos e Planejamento de Mato Grosso do Sul;

d) Secretaria de Estado de Saúde;

e) Secretaria de Estado de Educação;

f) Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário;

g) Polícia Militar;

h) Polícia Civil;

i) Ministério Público Estadual;

j) Fundação de Esporte e Lazer de Mato Grosso do Sul;

l) Magistratura Estadual;

m) Defensoria Pública Estadual;

n) Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul;

o) Conselho Estadual de Serviço Social;

p) Departamento Estadual de Trânsito;

II - Serão convidados para compor o Conselho, um representante de cada um dos seguintes órgãos:

a) Polícia Federal;

b) Universidade Federal de Mato Grosso do Sul;

- c) Universidades Particulares;
- d) Ordem dos Advogados do Brasil - OAB;
- e) Conselho Regional de Medicina - CRM;
- f) Conselho Regional de Psicologia;
- g) Associação Brasileira Comunitária e de Pais para a Prevenção ao Abuso de Drogas - ABRAÇO;
- h) Maçonaria Estadual.

§ 1º Comporão o Conselho, como convidados, quatro pessoas interessadas na prevenção, fiscalização e repressão de drogas que possuam idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos na área.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Governador do Estado, os previstos no inciso I deste artigo serão indicados pelos respectivos órgãos ou entidades; os do inciso II e os do § 1º serão indicados pelo Conselho Estadual Antidrogas e submetidos à apreciação do Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

§ 3º Cada membro do Conselho mencionado nos incisos I e II terá um suplente, indicado nas mesmas condições.

§ 4º Os membros do Conselho e seus suplentes, terão mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos.

§ 5º Os membros indicados no § 1º deste artigo não terão suplentes. (grifo nosso)

Extrai-se do preceito supra que o órgão central do Sistema Antidrogas é multisetorial, lembrando que a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e a Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária são membros natos do Conselho Estadual Antidrogas. Quanto a esta última Pasta, tal



entendimento já foi asseverado pelo PARECER/PGE/Nº 020/2002 (documento em anexo), que restou assim ementado, na parte em que interessa:

EMENTA:

CONSULTA - SECRETARIA DE ESTADO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, CIDADANIA E TRABALHO - MEMBRO NATO DO CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS - COMPONENTE DO SISTEMA ESTADUAL ANTIDROGAS - AUSÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA.

O Decreto (Estadual) n.10.433, de 24 de julho de 2001, dispõe em seu artigo 3º, inciso I, que o Conselho Estadual Antidrogas, do qual a Secretaria Estadual de Assistência Social, Cidadania e Trabalho é membro nato, compõe o Sistema Estadual Antidrogas.

(...) (destacamos)

Destarte, ambas as Secretarias de Estado são partes que compõem o todo. Porém, com relação à SEJUSP, existe uma peculiaridade, conforme veremos a seguir.

#### **IV VINCULAÇÃO DO CONSELHO ESTADUAL ANTIDROGAS À SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA**

Ao contrário do que ocorre com a SETASS, a SEJUSP não é somente um dos 27 (vinte e sete) órgãos que participam do Sistema Estadual Antidrogas.

Pela interpretação do Decreto (Estadual) n.10.433/01, verifica-se que o órgão central do Sistema Estadual Antidrogas (CEAD) vincula-se à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. Tal conclusão é fruto de hermenêutica do diploma legal, pois a vinculação não está expressamente determinada no Decreto em questão.

Ocorre que, analisando o ato normativo, extraem-se diversos dispositivos que nos levam a esta dedução. Vejamos alguns:

Art. 5º O Conselho será dirigido por um presidente e um vice-presidente, eleitos pelo Plenário, dentre os membros natos, indicados em lista tríplice, referendados pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública e nomeados pelo Governador do Estado. (grifo nosso)

Art. 9º O apoio técnico ao Conselho será prestado por servidores dos órgãos e entidades que compõem o Sistema Estadual Antidrogas e, o apoio administrativo será dado, de preferência, por servidores da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Parágrafo único. Quando requisitados servidores de outros órgãos ou entidades do Sistema para prestarem apoio administrativo ao CEAD/MS, o pedido será encaminhado pelo Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública para autorização do Governador do Estado. (grifo nosso)

Art. 16. As despesas decorrentes da aplicação deste Decreto correrão às expensas dos recursos orçamentários da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública. (grifo nosso)

Ainda verifica-se que o parágrafo 2º, do artigo 4º (transcrito no item anterior), assevera que a indicação de alguns dos membros do Conselho será submetida ao Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Ademais, o Decreto que institui o Sistema Estadual Antidrogas e transforma o CONEN (Conselho Estadual de Entorpecentes) em CEAD (Conselho Estadual Antidrogas) foi subscrito pelo Governador em conjunto com o então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública.

Desses dispositivos, extrai-se a vinculação do CEAD à SEJUSP, pois é o Secretário desta Pasta que participa ativamente da escolha e

composição do Conselho, sendo certo, também, que oferta o apoio administrativo e financeiro.

Inferese, destarte, que o Conselho Estadual Antidrogas é composto por diversos órgãos do Estado e da Sociedade Civil (dentre os quais, a SETASS e a SEJUSP), porém, com vinculação estrita a esta, inclusive no que diz respeito ao repasse de recursos públicos para o fim almejado, conforme discorreremos a seguir.

## **V REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DESTINADOS AO PLANEJAMENTO DA AÇÃO ESTADUAL ANTIDROGAS**

Pelo exposto, fica fácil rematar que o repasse financeiro destinado ao planejamento antidrogas, no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, deve ser feito à Secretaria de Estado ao qual está vinculado o órgão central do Sistema Antidrogas, ou seja, à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, pois a esta está vinculado o Conselho Estadual Antidrogas (CEAD).

Diz-se assim porque é a aludida Secretaria que tem o dever de repassar as verbas para o CEAD, pois, entre as matérias de sua competência está a elaboração de planos e execução de ações para prevenção do tráfico e uso de entorpecentes, segundo disposto no artigo 22, inciso I, alínea "e",<sup>1</sup> da Lei (Estadual) n.2.152/00, com a redação que lhe foi dada pela Lei (Estadual) n.2.598/02.

Após esse repasse, compete privativamente ao Conselho Estadual Antidrogas, como órgão central, distribuir os recursos para todas as ramificações do Sistema.

Essa assertiva provém do disposto no artigo 6º, do Decreto que rege a matéria, que dispõe acerca das competências do CEAD, *in verbis*:

---

<sup>1</sup> Art. 22. À Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública compete:  
I - por meio das unidades administrativas de sua estrutura: (...) e) a elaboração de planos para a prevenção do tráfico e a execução de ações, em articulação com os órgãos federais competentes, de fiscalização e repressão à comercialização e ao uso de entorpecentes.

Art. 6º Compete, privativamente, ao Conselho Estadual Antidrogas:

I - formular a Política Estadual Antidrogas, em consonância com as diretrizes da Secretaria Nacional Antidrogas compatibilizando os planos estaduais com os planos nacionais e municipais, bem como coordenar e fiscalizar a respectiva execução.

II - definir estratégias e elaborar planos, programas e procedimentos para alcançar as metas propostas na Política Estadual Antidrogas;

III - estabelecer prioridades entre atividades do Sistema por critérios técnicos, econômicos e administrativos, tendo em vista as necessidades e peculiaridades regionais próprias, em consonância com as diretrizes nacionais;

IV - (...)

XI - planejar, elaborar, aplicar, avaliar e supervisionar os recursos do Fundo Estadual de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes - FEPREN -MS.

(...) (grifo nosso)

Bem assim, clarividente que o poder/dever de distribuir os recursos referentes ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas é do órgão central do Sistema, qual seja, o Conselho Estadual Antidrogas.

Isso significa dizer que a Secretaria de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária também gerará a verba em questão, pois é membro nato do Conselho. E, como membro do CEAD, faz parte integrante de um todo. Portanto, no caso específico da ação antidrogas, a SETASS não tem autonomia para receber recursos separadamente, embora possa recebê-lo, enquanto ramificação do Sistema Estadual Antidrogas, após a análise de prioridades feita pelo órgão central.

Entendimento em sentido contrário, além de subverter a hierarquia legal, daria margem à possibilidade de repasse direto a todos os demais órgãos elencados no inciso I, do artigo 4º, do Decreto (Estadual) n.10.433/2001, o que descaracterizaria a idéia de jungir esforços em torno de um órgão central para prevenção, tratamento e recuperação de usuários de drogas.

## **VI CONCLUSÃO**

Tendo em vista que o Conselho Estadual Antidrogas é o órgão central do Sistema Estadual Antidrogas e que aquele é vinculado à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, cremos que o repasse dos recursos financeiros destinados ao Planejamento da Ação Estadual Antidrogas deve ser feito a esta Pasta, em detrimento do repasse direto à Secretaria de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária, eis que esta é apenas um dos membros do Conselho Estadual Antidrogas.

Este o parecer, salvo melhor entendimento.

Campo Grande, MS, 07 de Janeiro de 2004.

Renata Corona Zuconelli  
Procuradora do Estado

### **Despacho**

Vistos, etc.

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, fulcrado no artigo 9º, inciso I c/c o artigo 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) n.95, de 26.12.2001, o PARECER/PGE/Nº 002/2004 - PAA/nº 02/2004, firmado pela Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, acostado às fls. 53-64, do processo supracitado.

2. À Assessoria Técnica de Gabinete para:

a) proceder aos registros necessários;

b) cientificar a subscritora citada, na Procuradoria de Assuntos Administrativos;

c) encaminhar cópia desta decisão e do parecer ora aprovado ao Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo;

d) após, arquivar o processo.

Campo Grande, MS, 08 de janeiro de 2004.

Adalberto Neves Miranda  
Procurador-Geral do Estado