



ESAP

Mato Grosso do Sul

Escola Superior da
Advocacia Pública



PGE

Mato Grosso do Sul

Procuradoria-Geral
do Estado

PARECERES

ELABORAÇÃO DE PARECER REFERENCIAL E LISTA DE VERIFICAÇÃO (*CHECK LIST*) DE ATOS ADMINISTRATIVOS A SEREM PRATICADOS EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA REDUÇÃO QUANTITATIVA EM 25%, NOS TERMOS DA LEI N.º 8.666/93, CONSIDERANDO O DISPOSTO NO DECRETO ESTADUAL DE CONTINGENCIAMENTO N. 15.414/20.

Rafael Koehler Sanson¹

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 005/2020

Processo nº 15/003201/2020

Consulente: Procuradora-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul

Assunto: elaboração de parecer referencial e lista de verificação (*Check List*) de atos administrativos a serem praticados em contratos administrativos de prestação de serviços para redução quantitativa em 25%, nos termos da Lei n.º 8.666/93, considerando o disposto no Decreto Estadual de Contingenciamento n. 15.414/20.

Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado,

I. RELATÓRIO

Vossa Excelência encaminhou à Procuradoria de Assuntos Administrativos a Comunicação Interna PGE/GAB/PGE n. 4, de 06 de maio de 2020, na qual solicita a elaboração de parecer referencial sobre a redução em 25% dos valores de contratos administrativos de prestação de serviços, nos termos da Lei n.º 8.666/93, considerando o disposto no Decreto Estadual de Contingenciamento n. 15.414/20.

Referido pedido vem lastreado na expectativa de recorrência da análise dessa matéria pela PGE, considerando o volume de contratos administrativos de prestação de serviços que serão objeto de aditivos para atender à exigência prevista no Decreto, justificando a expedição de parecer referencial para otimização do trabalho deste órgão jurídico e imprimir celeridade aos processos administrativos que versam sobre a questão.

Eis, em linhas gerais, o relatório. Segue o parecer.

II. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

II.1. Pressupostos gerais para a edição e utilização do Parecer Referencial

Com fulcro no permissivo contido no artigo 12 do Anexo VII do Regimento Interno da Pro-

¹ Pós-graduado em Direito (Emap-Ponta Grossa), Direito Público (LFG) e Direito Administrativo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

curadoria-Geral do Estado (Resolução PGE/MS nº 194/2010), o parecer referencial pode ser adotado na seguinte situação, *verbis*:

Artigo 12. O Parecer Referencial será emitido pelo Procurador do Estado quando houver volume de processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de simples conferência de dados ou documentos constantes dos autos.

Conforme se infere da CI/PGE/GAB/PGE n. 4/20, há a expectativa de demanda recorrente de consultas envolvendo a redução em 25% do valor dos contratos administrativos de prestação de serviços celebrados pelo Estado, em virtude do disposto art. 2º, V, do Decreto n. 15.414/20.

Desta feita, apresenta-se o parecer referencial, de modo a dispensar que futuramente sejam elaboradas consultas à Procuradoria-Geral do Estado que venham novamente a abordar questão referente ao preenchimento dos requisitos para redução quantitativa dos contratos de prestação de serviços.

II.2. Das condições de aplicabilidade do parecer referencial

A aplicabilidade do presente parecer, em cada caso concreto, fica condicionado ao atendimento das condições abaixo transcritas:

(i) Aplicação restrita ao procedimento de redução quantitativa em 25% no valor dos contratos administrativos de prestação de serviços celebrados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, amparada no art. 65, I, “b” e § 1º, da Lei n. 8.666/99 e cuja justificativa seja a situação de pandemia do novo coronavírus (COVID-19) que levou a instituição do plano de contingenciamento de gastos do Poder Executivo por meio da edição do Decreto estadual n. 15.414/20 (art. 2º, V, parte final);

(ii) As reduções quantitativas devem observar todos os requisitos da legislação aplicável, incluindo, os referidos no presente parecer;

(iii) A lista de verificação (*Check List*) apresentada por meio deste parecer deve ser rigorosamente seguida, limitando-se o órgão público assessorado ao preenchimento das informações referentes ao contrato específico; e

(iv) A aplicabilidade do parecer é mantida enquanto a legislação federal e estadual utilizadas como sustentáculo da conclusão do presente não forem alteradas de modo a retirar o fundamento de validade de quaisquer das recomendações aqui apontadas. A partir desse ponto, o parecer perde a eficácia, necessitando de atualização.

II.3. Análise jurídica do objeto

Conforme explicitado, o objeto do presente parecer é detalhar os atos administrativos que devem ser praticados nos contratos de prestação de serviços para que seja realizada a redução quantitativa em 25%, diante da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Cumprido ressaltar que esta Procuradoria Especializada e a Coordenadoria Jurídica da Secretaria

de Estado de Governo,² em algumas oportunidades, já emitiram manifestações jurídicas discorrendo sobre o tema,³ razão pela qual a fundamentação jurídica desenvolvida naquelas oportunidades será aqui aproveitada.

Pois bem.

Foi editado no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul o Decreto n. 15.414/20 estabelecendo o plano de contingenciamento de gastos do Poder Executivo, devido a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), com o objetivo de mitigar os efeitos da queda arrecadatória decorrente da redução abrupta da atividade econômica, reflexo da situação de emergência mundial de saúde pública, conforme se depreende de seus considerandos e de seu art. 1º.

Uma das medidas de contingenciamento de gastos previstas para atenuar o impacto negativo da pandemia no caixa do Estado é a redução em 25% do valor atualizado de contratos de prestação de serviços não essenciais que não possam ter sua execução suspensa, conforme previsto na parte final do inciso V do art. 2º do Decreto:

“Art. 2º Os órgãos da Administração Direta, as autarquias e as fundações estaduais, nos termos da legislação pertinente, deverão observar, dentre outras medidas, a partir da publicação deste Decreto:

[...]

V - a suspensão imediata dos contratos de serviços considerados não essenciais, ou seja, ‘daqueles que não estão relacionados no art. 3º do Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020, e que sejam aplicáveis no âmbito da competência do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul, para a execução mínima das políticas públicas inerentes a cada órgão ou entidade, devendo aqueles impossibilitados de paralisação serem reduzidos em 25% (vinte cinco por cento) do valor inicial atualizado;”

A Lei federal n. 8.666/93 confere à Administração a prerrogativa de promover unilateralmente alterações quantitativas nos contratos por ela celebrados quando os acréscimos ou supressões forem de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, nos termos do art. 65, I, “b” e § 1º, a seguir transcrito:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

[...]

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

É com fundamento nesses dispositivos que os órgãos e entidades da Administração Pública

2 A CJUR/SEGOV substituiu a CJUR/SECC com a alteração regimental promovida pela Resolução PGE/MS/Nº 241/2017, de 06 de abril de 2017.

3 Parecer PGE/MS/PAA/n. 153/2019 (aprovado, com ressalva, pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 310/2019), Parecer PGE/MS/PAA/n. 140/2019 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 267/2019), Manifestação PGE/MS/PAA/n. 006/2017 (aprovada pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 039/2017), Manifestação PGE/MS/CJUR-SECC/n. 114/2016 (aprovada pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 431/2016), Manifestação PGE/MS/CJUR-SECC/n. 93/2016 (aprovada pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 350/2016) e Manifestação PGE/MS/CJUR-SECC/n. 001/2015 (aprovada pela Decisão PGE/MS/GAB/n. 024/2015).

estadual poderão dar cumprimento à medida de contingenciamento estabelecida na parte final do inciso V do art. 2º do Decreto n. 15.414./20, observadas as exigências neles previstas e a seguir detalhadas.

II.3.1. Justificativa prévia

A alteração contratual para reduzir até 25% do valor do contrato, embora prerrogativa da Administração que possa ser imposta unilateralmente ao contratado, impescinde da devida motivação prévia, exigida no *caput* do art.65 da Lei n. 8.666/93.

Essa justificativa deve expor as razões de fato e de direito⁴, supervenientes a celebração do contrato, que impõem a redução do valor do contrato até o limite de 25%.

A esse respeito destacamos a orientação de Marçal Justen Filho ao tratar do assunto:

“Ademais, cabe evidenciar que a alteração decorre de um fato ocorrido ou apenas descoberto depois da instauração. A instituição do poder de promover a alteração contratual não significa ausência de submissão dessa competência à consumação de um evento posterior à (ou somente descoberto depois da) instauração da licitação.

[...]

Ora, não teria cabimento que, firmado o contrato nos exatos termos licitados, a Administração introduzisse inovações fundadas em eventos pretéritos que já fossem conhecidos de antemão. Essa prática violaria a seriedade da licitação e a regra da vinculação ao ato convocatório.”⁵

No caso de redução contratual para atender ao contingenciamento de gastos em virtude da pandemia de COVID-19, deve ficar demonstrado que o serviço não está arrolado como essencial no Decreto federal n. 10.282/20 e que, mesmo não sendo essencial, não pode ser suspenso em sua integralidade, conforme inciso V do art. 2º do Decreto n. 15.414/20.

II.3.2. Base de cálculo para a redução

II.3.2.1. Valor atualizado do contrato para incidência do percentual

A base de cálculo para incidência do percentual de supressão, até o limite de 25%, é o valor inicial atualizado do contrato, conforme previsto no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

Entende-se por valor atualizado do contrato o preço inicial acrescido dos montantes referentes ao reajuste e à revisão do valor, ou seja, “*o valor que serve como parâmetro para mensurar o limite da alteração unilateral quantitativa é o valor do contrato no momento em que se pretende aditá-lo, sem contar acréscimos incorporados a ele em razão de alterações pertinentes ao objeto que lhe foram anteriores.*”⁶

4 “A cabeça do art. 65 traz advertência importante para a Administração, qual seja a de que os atos autorizadores de alterações em seus contratos são necessariamente motivados. [...]”

A introdução de alterações nos contratos públicos se faz por ato administrativo vinculado aos motivos que as determinaram. A justificativa a que a lei se refere englobará as razões de fato e de direito que hajam resultado demonstradas no respectivo processo administrativo, indispensável que o ato autorizador das mudanças a ele se reporte, ou, ao menos, indique o número do processo administrativo em cujos autos foram expedidas e possam ser conhecidas. (PEREIRA JÚNIOR. Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 649.)

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1003/1004.

6 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4ª ed., Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 964.

Para tanto, “**o valor inicial atualizado do contrato**”, diz respeito ao **valor inicial contratual acrescido dos valores incorporados a ele estritamente em razão de reajuste ou de revisão do contrato**, excluindo quaisquer valores incorporados por força de anteriores alterações contratuais que tenham afetado seu objeto, sejam elas, acréscimo ou decréscimo, levando-se em conta, apenas, majorações referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A esse respeito, vide trecho do Acórdão n. 1915/2013 do Plenário do TCU:

“8. De fato, considerando a elevada quantidade de modificações executadas, existe o risco de se atingir o limite de 25% para alterações no objeto inicial do contrato, estabelecido no art. 65, inciso II, §1º, da Lei nº 8.666/1993. Recordo, por pertinente, que, para efeito de observância do limite legal, “o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal”, consoante deliberações recentes desta Corte, a exemplo dos Acórdãos Plenários n. 749/2010, 591/2011, 1599/2010, 2819/2011 e 2530/2011.”

Destaque-se, ainda, o seguinte excerto retirado da biblioteca digital Zênite:

“A expressão ‘**valor inicial atualizado**’, prevista no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, faz referência ao **valor pactuado no momento da contratação, atualizado de acordo com eventuais modificações (aumentos) que tenha sofrido em razão da aplicação de institutos para esse fim previstos no ordenamento jurídico, tais como a revisão, o reajuste e a repactuação**. Não se inserem nessa expressão os acréscimos e as supressões efetuados em momento anterior à alteração pretendida pela Administração. (Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite, n. 191, p. 76-77, jan. 2010, seção Orientação da Consultoria.)”⁷

Nesses termos, **o valor inicial atualizado do contrato, a ser considerado nos casos de supressões contratuais, é o valor inicial contratual acrescido, exclusivamente, dos montantes incorporados referentes a reajustes e/ou revisões contratuais.**

II.3.2.2. Vedação à compensação entre acréscimos e supressões

Vale lembrar que o cálculo dos acréscimos e supressões deve ser realizado separadamente e levando em conta, cada qual, o valor original atualizado do contrato, nos termos definidos acima, sendo vedada a compensação entre acréscimos e supressões.

Essa é a orientação firmada no Tribunal de Contas da União, como pode ser observado nos seguintes acórdãos:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443/92; e 1º, inciso XXV, 264 e 265, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

9.1. conhecer da consulta para, no mérito, com base nas razões de decidir que fundamentaram os entendimentos firmados nos Acórdãos 2.819/2011, 2.681/2013, 3.105/2013 e 1.160/2014, todos do Plenário, responder ao consulente que:

9.1.1. a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que **os acréscimos ou**

⁷ Zênite Fácil. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Categoria Anotações, Lei nº 8.666/93, nota ao § 1º do art. 65, Acesso em: 15 de maio de 2020.

supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores;”

(TCU, Ac. 1536/16-P, rel. Min. Bruno Dantas, julg. em 15/06/16)

 “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

[...]

9.2. dar ciência ao Ministério da Integração Nacional sobre a impropriedade “acréscimos e supressões em percentual ao legalmente permitido”, identificada nos Contratos 45/2007-MI e 25/2008-MI, **informando que os limites de aditamento estabelecidos no art. 65, inciso II, § 1º, da Lei nº 8.666/93 devem considerar a vedação da compensação entre acréscimos e supressões de serviços, consoante a jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada, por exemplo, pelos Acórdãos nº 749/2010, 1.599/2010, 2.819/2011 e 2.530/2011, todos do Plenário;**

(TCU, Ac. 2059/13-P, rel. Min. Raimundo Carreiro, julgado em 07/08/13)⁸

Sobre esse ponto, convém reproduzir o exemplo de aplicação desse entendimento, apresentado por Paulo Sérgio de Monteiro Reis:⁹

“Nos casos de obras e serviços, a dificuldade que ainda se observa em alguns setores da Administração Pública é a possibilidade de compensação entre acréscimos e supressões. Durante algum tempo, os contratantes consideravam que, não ultrapassado o limite legal de 25% do valor inicial atualizado do contrato, teria a Administração absoluta liberdade para gerenciar acréscimos e supressões. Daí surgiram, como é natural, muitos abusos que levaram, em algumas situações, à contratação de um objeto e à execução de outro bem diferente. Isso não é possível por constituir uma ilegalidade. Acréscimos e supressões não podem ser compensados entre si. Devem ser tratados isoladamente, de per se, de tal forma que não se desvirtue o objeto da contratação.

Por exemplo, se em contrato de empreitada por preço global, cujo valor da contratação é de R\$ 1.000.000,00, a Administração constatar que deve aplicar uma supressão de R\$ 100.000,00 (10%), por se tratar de serviços desnecessários (e, portanto, incluídos indevidamente na planilha orçamentária), poderá fazê-lo tranquilamente, sem a necessidade de concordância do contratado, pois estará enquadrada dentro do limite legal para alterações unilaterais impostas. Mas não poderá aproveitar dessa supressão para com esse valor acrescer algum outro item do orçamento. Não poderá, portanto, acrescer outro item em R\$ 100.000,00 e alegar que ainda dispõe de mais R\$ 250.000,00 (25% do valor inicial) para outros acréscimos.

O limite legal de acréscimo de 25% do valor inicial atualizado do contrato deve ser aplicado livre das supressões porventura realizadas. No caso do exemplo numérico citado, o limite monetário para acréscimo, de R\$ 250 mil, será aplicado sobre o valor inicial reduzido pela supressão realizada, isto é, R\$ 900 mil, de tal forma que o valor máximo da contratação será de R\$ 1.150.000,00 e não de R\$ 1.250.000,00. Ou seja, o limite legal é de 25% mas como a Administração suprimiu o valor inicial em 10%, esse limite, no caso concreto, passa a ser de 15%.

O e. Tribunal de Contas da União possui hoje farta jurisprudência a respeito do assunto, valendo citar, como exemplos, os Acórdãos nº 2.206/06 – Plenário e no 1.080/2008 - Plenário.”

Assim, para realizar o cálculo da redução deve-se levar em conta o entendimento no sentido de que os acréscimos ou supressões nos montantes dos contratos de prestação de serviços firmados

⁸ No julgamento dos embargos de declaração interpostos em face deste acórdão, o TCU reafirmou o entendimento (Ac. 2681/13-P).

⁹ REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. *Acréscimos e supressões contratuais*. Revista Zênite: ILC - Informativo de licitações e contratos, Curitiba, ano 17, n. 191, janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Categoria Revista Zênite ILC, Acesso em: 15 de maio de 2020.

pelos órgãos e entidades da Administração Pública precisam ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original atualizado do contrato, vedada a compensação entre seus valores.

II.3.2.3. Serviços continuados que admitam renovação de prazo

Caso se trate de serviço continuado, cujo contrato admita renovação periódica (art. 57, II, da Lei n. 8.666/93), há dois pontos que devem ser observados.

O primeiro é que a base de cálculo para a aplicação do percentual de supressão corresponde ao valor de cada período renovado de 12 meses, atualizado e/ou revisado.

O segundo é que a supressão decai com o término do prazo de cada contrato, não acompanhando, portanto, eventual renovação contratual pelos próximos 12 meses.¹⁰

A respeito da supressão em contratos com possibilidade de renovação periódica, vale a pena reproduzir o entendimento de Marçal Justen Filho acerca de suas condicionantes:¹¹

“Uma situação específica verifica-se no tocante aos contratos objeto de renovação periódica, tal como se passa com aqueles disciplinados no art. 57, II. Para efeito de aplicação do limite de 25% deverá tomar-se o valor original (reajustado e revisto) da contratação, multiplicado pelo número de períodos em que ocorrer a renovação. Assim, se houver um contrato no valor de 100 para prestação de serviços durante o prazo de 12 meses, o limite de 25% para acréscimos deverá ser calculado em face desse montante. Se houver renovação do contrato por outros 12 meses, haverá uma remuneração própria e autônoma correspondente a isso (valor de 100 reajustado). Ou seja, o valor real do contrato durante 12 meses não se confunde com o valor real da contratação para dois períodos de 12 meses.

A regra do art. 57, II, da Lei 8.666/1993 pode conduzir a duas interpretações diversas, tal como reconhecido de modo unânime. Uma alternativa consiste em reputar que o valor contratual coincide com a soma dos diversos períodos no ato convocatório. [...]

A segunda alternativa reside em considerar que as contratações se fazem pelo período previsto no ato convocatório, produzindo-se renovações sucessivas. Nesse caso, cada contratação é autônoma entre si. Essa solução tem sido adotada depois da alteração da redação do art. 57, II, da Lei 8.666/1993 e, em especial, por efeito das regras de responsabilidade fiscal. Considerando-se que cada contratação deve ser compatível com o conteúdo da lei orçamentária, tem-se imposto a segregação entre os diversos contratos.

[...]

A adoção da segunda alternativa não produz alteração em face da primeira. Nesse caso, **cada período constituirá uma contratação autônoma.** Encerrado o período, o contrato será renovado e reiniciar-se-á a sua vigência. As obrigações executadas pelas partes ao longo do contrato serão reputadas como executadas e exauridas. Ou seja, **o valor ‘inicial’ será o valor de cada exercício em que se produzir a renovação. Existirão cinco contratos diversos, cabendo aplicar o limite de 25% em relação a cada qual.”**

10 15227 – Contrato – Alteração unilateral – Serviços contínuos – Base de cálculo na hipótese de prorrogação
Se no primeiro período de vigência de um contrato, cujo objeto seja um serviço de natureza contínua, for realizado acréscimo (observado o limite de 25%) é necessário avaliar, no momento da prorrogação, se esse acréscimo deverá ser mantido no próximo período de vigência. Isso porque, não sendo necessário, é possível à Administração prorrogar pelo valor inicial da contratação, devidamente atualizado. Nesse caso, o restabelecimento do valor inicial permite a realização de novos acréscimos no segundo período de vigência, até o limite de 25%. Por outro lado, se for preciso manter o acréscimo realizado no primeiro período, o contrato será prorrogado pelo seu valor atual (valor inicial + acréscimo), hipótese em que não será possível realizar novos acréscimos, uma vez atingido o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato. (Nota elaborada por Érica Miranda dos Santos Requi, integrante da Equipe Técnica Zênite.)

Zênite Fácil. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Categoria Anotações, Lei nº 8.666/93, nota ao § 1º do art. 65, Acesso em: 18 de maio de 2020.

11 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 1048.

Dessa maneira, a **supressão em contrato de prestação continuada tem sua aplicabilidade limitada ao encerramento do prazo de vigência, não se estendendo automaticamente para novo período, fruto de renovação contratual.** Caso seja necessário manter a supressão para o novo período de 12 meses, esta deve ser devidamente justificada antes da celebração do termo aditivo, devendo constar expressamente neste que a renovação se realiza com a redução, nos termos do art. 65, I, “b” e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

II.3.3. Termo Aditivo

Como a redução do valor contratual em 25 % se trata de alteração contratual, é necessário que seja formalizada por meio de termo aditivo, conforme explica Ronny Charles:¹²

“As alterações contratas, em regra, exigem que seja firmado termo aditivo entre as partes. O termo aditivo é o instrumento que formaliza a alteração das condições contratuais inicialmente estabelecidas e deve respeitar certas formalidades, dentre elas: justificativa do aditamento, verificação do esteio orçamentário (quando houver aumento despesas) e exame da minuta pelo órgão jurídico.

[...]. Segundo o TCU, alterações contratuais sem a devida formalização mediante termo aditivo configuram contrato verbal, que pode levar à pena dos gestores omissos quanto ao cumprimento do dever.”

II.4. Lista de conferência para a instrução dos autos

Apresenta-se, no corpo deste parecer, a relação dos elementos a serem observados pelos servidores quando da análise das reduções em 25% no valor dos contratos administrativos de prestação de serviços, em razão da pandemia da COVID-19, a fim de atender as exigências do art. 2º, V, do Decreto de contingenciamento de gastos (15.414/20).

Registre-se que está no Anexo I a lista de verificação, espelhada no conteúdo deste parecer, a qual deve ser examinada para atestar a observância das exigências nele contidas.

II.5. Atestado de conformidade do processo com o parecer referencial

Observadas as recomendações acima, cumpre ao órgão assessorado atestar a conformidade do processo, por meio da juntada aos autos de Atestado de Conformidade, que constitui o Anexo II deste parecer.

III. CONCLUSÃO

Uma vez observadas todas as recomendações deste parecer referencial, consubstanciadas nos itens que compõem a lista de verificação (*check list*) aqui elaborada, considera-se desnecessário o envio à Procuradoria-Geral do Estado de processos administrativos que tenham como objeto a análise dos requisitos que devem ser preenchidos para a redução em 25% do valor dos contratos de prestação de serviços em razão da pandemia da COVID-19, a fim de atender as exigências do art. 2º, V, do Decreto de contingenciamento de gastos (15.414/20).

¹² TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 9ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 733/734.

Registra-se, novamente, que a utilização deste parecer referencial será possível somente nas hipóteses em que a redução quantitativa dos contratos se enquadre nas orientações aqui explicitadas.

Por fim, havendo alteração legislativa deverá o órgão gestor proceder à nova consulta a fim de que seja examinada a necessidade de alteração da lista de verificação aqui elaborada.

É o parecer que submeto à apreciação superior.

Campo Grande - MS, 18 de maio de 2020.

Rafael Koehler Sanson

Procurador do Estado

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 005/2020

ANEXO I

LISTA DE VERIFICAÇÃO

Abaixo estão arrolados atos administrativos que deverão instruir a redução em 25% do valor dos contratos administrativos de serviços em razão da pandemia da COVID-19, a fim de atender as exigências do art. 2º, V, do Decreto de contingenciamento de gastos (15.414/20).

A lista de verificação representa os requisitos mínimos a serem analisados pela área técnica e não dispensa a necessidade de se verificar as peculiaridades do caso concreto para tratamento de questões as quais, pela sua especificidade, não poderiam ser abordadas em uma lista geral.

Na utilização da presente lista, deverá o servidor responsável analisar e verificar se eventual RESPOSTA NEGATIVA é causa para devolução do processo para complementação da instrução ou se pode ser objeto de ressalva.

Na 2ª coluna, preencher apenas com as letras “S”, “N”, “N.A.”, sendo: S – SIM, N – NÃO, N.A. – NÃO SE APLICA.

Recomenda-se a juntada da lista preenchida nos autos e a cientificação dos seus termos aos órgãos assessorados respectivos.

Processo nº: _____

Origem: _____

Interessado(s): _____

ATOS ADMINISTRATIVOS E DOCUMENTOS A SEREM VERIFICADOS

	Perguntas	S/N/NA	FLS	OBS.
1. Justificativa prévia				
1.1.	Há nos autos documento com a justificativa da necessidade da redução em 25% do valor do contrato?			
1.2.	A justificativa diz respeito a fato superveniente à realização da licitação e à celebração do contrato?			
1.3.	Está demonstrado que o serviço não está arrolado como essencial no Decreto federal n. 10.282/20 e que, mesmo não sendo essencial, não pode ser suspenso em sua integralidade, conforme inciso V do art. 2º do Decreto n. 15.414/20?			
1.4.	A justificativa para a redução em 25% do valor do contrato foi enquadrada no art. 65, I, “b” e § 1º, da Lei n. 8.666/93 e no art. 2º, V, do Decreto estadual n. 15.414/20?			
2. Base de cálculo para aplicação do percentual de redução				
2.1.	A redução do valor em 25% foi calculada sobre o valor atualizado do contrato?			

- 2.2. O cálculo foi realizado sobre o valor atualizado do contrato sem a compensação entre acréscimos e supressões?
- 2.3. O contrato de prestação de serviços é de natureza continuada?
- 2.3.1. Sendo de natureza continuada, o contrato admite renovações, com respaldo no art 57, II, da Lei n. 8.666/93?
- 2.3.2. Admitida a renovação periódica do contrato, a redução em 25% foi calculada sobre o valor atualizado do período de 12 meses atualmente vigente?
- 2.3.3. No caso do item 2.3.2, ficou expresso no termo aditivo que a supressão decai com o término do prazo atual de vigência do contrato, não acompanhando, portanto, eventual nova renovação contratual?
- 3. Termo aditivo**
- 3.1 A alteração contratual para reduzir o valor do contrato em 25% foi celebrada por meio de termo aditivo?

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 005/2020

ANEXO II

Alteração contratual para reduzir em 25% o valor do contrato

ATESTADO DE CONFORMIDADE DE PROCESSO COM PARECER REFERENCIAL

Processo N.º: _____

Origem: _____

Interessado(s): _____

Referência/Objeto: _____

Atesto que o presente procedimento relativo à redução em 25% do valor do contrato de prestação de serviços em razão da pandemia da COVID-19, a fim de atender as exigências do art. 2º, V, do Decreto de contingenciamento de gastos n. 15.414/20, amolda-se ao PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/Nº 005/2020, cujas orientações restaram atendidas no caso concreto.

Fica, assim, dispensada a remessa dos autos para exame individualizado pela Procuradoria-Geral do Estado, conforme autorizado na Decisão PGE/MS/GAB/nº XXX/2020

Identificação e assinatura

DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 190/2020

PARECER REFERENCIAL PGE/MS/PAA/N. 005/2020

Processo: 15/XXXXXXXX/2020

Assunto: Parecer Referencial. Decreto de Contingenciamento n. 15.414/2020. Redução quantitativa em 25% dos contratos administrativos de prestação de serviços.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. REDUÇÃO QUANTITATIVA EM 25% NO VALOR DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ATENDIMENTO AO DECRETO ESTADUAL DE CONTINGENCIAMENTO DE GASTOS EM RAZÃO DA PANDEMIA DO NOVO COVID-19 (DECRETO N. 15.414/20). ANÁLISE DOS ATOS JURÍDICOS QUE DEVEM SER ROTINEIRAMENTE PRATICADOS E VERIFICADOS (CHECK LIST) NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS. QUESTÃO REPETITIVA APTA A SER RESOLVIDA PELA ELABORAÇÃO DE PARECER REFERENCIAL.

1. O Decreto Estadual n. 15.414/2020 institui como uma das medidas de contingenciamento de gastos em razão da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), a redução em 25% do valor atualizado dos contratos de prestação de serviços não essenciais que não possam ter sua execução suspensa, conforme previsão inserta no inciso V do artigo 2º.

2. A alteração contratual para redução até 25% do valor do contrato, embora possa ser imposta unilateralmente ao contratado, exige a devida motivação prévia, com fulcro no caput do art. 65 da Lei 8.666/93, mediante exposição das razões de fato e de direito, supervenientes à celebração do contrato.

3. A base de cálculo para incidência do percentual de supressão, até o limite de 25%, é o valor inicial atualizado do contrato, conforme previsto no § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

4. O valor inicial atualizado do contrato, a ser considerado nos casos de supressões contratuais, é o valor inicial contratual acrescido, exclusivamente, dos montantes incorporados referentes a reajustes e/ou revisões contratuais.

5. A supressão em contrato de prestação continuada tem sua aplicabilidade limitada ao encerramento do prazo de vigência, não se estendendo automaticamente para novo período, fruto de renovação contratual.

6. A redução do valor contratual em 25 % constitui alteração contratual e, portanto, requer seja formalizada por meio de termo aditivo.

7. A aplicabilidade do parecer deve ser mantida enquanto a legislação federal e estadual utilizadas como sustentáculos para a sua conclusão não forem alteradas de modo a retirar o fundamento de validade de quaisquer das recomendações nele apontadas. A partir desse ponto, o parecer perde a eficácia, necessitando de atualização.

Vistos, etc.

1. Com base nos art. 8º, inciso XVI e art. 9º, incisos II e III, da Lei Complementar (Estadual) n.º 95, de 26.12.2001, c/c art. 3º, inciso II, do Anexo I do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, aprovo, por seus próprios fundamentos, o Parecer Referencial PGE/MS/PAA/N. 005/2020, de fls.

06-15 e seus anexos (fls. 16-18), por mim vistado, da lavra do Procurador do Estado Rafael Koehler Sanson, com a concordância da chefia imediata (f. 20).

2. À Assessoria do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado prolator do parecer e à Procuradora-Chefe da PAA;

b) dar ciência do parecer analisado e da presente decisão aos Coordenadores Jurídicos da PGE lotados nas Secretarias do Estado;

c) cumpridas as diligências supra, encaminhar os autos ao arquivo.

Campo Grande (MS), 21 de maio de 2020.

Original Assinado

Fabíola Marquetti Sanches Rahim

Procuradora-Geral do Estado

Original Assinado

Ivanildo Silva da Costa

Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo

REVOGAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL N. 339, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1979

Luiza Iara Borges Daniel¹

PARECER PGE/MS/PAA/Nº 0131/2020

Processo nº 15/005.524/2020

Consultante: Secretário de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar.

Assunto: Revogação do Decreto Estadual n. 339, de 09 de novembro de 1979

Senhor Procurador-Geral do Estado do Consultivo,

I. RELATÓRIO

O Secretário de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar, Sr. Jaime Elias Verruck, por meio do Ofício n.º 797/GAB/SEMAGRO/2020, instou esta Procuradoria Especializada para se manifestar acerca do Decreto Estadual n. 339, de 09 de novembro de 1979, vez que objetiva o mesmo promover uma alteração da legislação, com a revogação no todo ou em parte do aludido decreto Estado por meio de ato do Governador, de forma que outras empresas possam se beneficiar da instalação de uma Central de Abastecimento de Mato Grosso do Sul – CEASA-MS “particular”.

Esclarece, outrossim, que a seu entendimento, a instalação de tal empreendimento encontraria óbice no referido Decreto Estadual n. 339, de 09 de novembro de 1979, bem como na Lei Municipal n.º 3.970/2002.

Além do supracitado ofício, instruem os autos: (i) Despacho – ASTEC/SUAFI/SEMAGRO/MS – fls. 04/05; (ii) projeto – fls. 08/59.

Posteriormente, fora solicitada por esta Procuradoria, ainda, à Junta Comercial de Mato Grosso do Sul cópia atualizada dos atos constitutivos das Centrais de Abastecimento de Mato Grosso do Sul S/A – CEASA/MS, o qual, também, fora encartado nos autos.

Eis, em linhas gerais, o relatório. Segue o parecer.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Do contexto histórico-econômico da instituição das CEASA's no Brasil

A resolução da consulta apresentada perpassa pela necessidade de breve incursão no histórico da origem das Centrais de Abastecimento no Brasil, a fim de se permitir mensurar a juridicidade atual da

¹ Procuradora do Estado lotada na Procuradoria de Assuntos Administrativos da Procuradoria-Geral do Estado.

norma estadual ora questionada.

Historicamente, o problema do abastecimento alimentar no Brasil era uma questão que impactava no meio econômico e social, levou quase 50 anos para ser reconhecido pelas políticas públicas e deu origem a diversas normatizações do setor, incluído a criação das Centrais de Abastecimento.

Em artigo intitulado “*Entre o declínio e a reinvenção: atualidade das funções do sistema público atacadista de alimentos no Brasil*”, elaborado por Altivo Roberto Andrade de Almeida Cunha e Walter Belik, relatou-se que²:

Até o período de urbanização acelerada decorrente do surto de industrialização do começo do século XX, o abastecimento alimentar não era visto como problema. As pequenas cidades brasileiras e mesmo a capital federal eram cercadas de pequenas propriedades que abasteciam diretamente a população ou colocavam seus produtos em feiras diárias. (...)

A primeira grande crise nacional de abastecimento vai ocorrer em 1917, devido à falta de alimentos resultante da influência do mercado externo, que demandava suprimentos para o esforço de guerra, restringindo as importações e desviando parcela da produção nacional de alimentos então vendidos nos mercados externos a preços mais compensadores. A alta do preço dos alimentos nas cidades que se avolumavam gerava agitação social e muitos conflitos, que eram tratados apenas como casos de polícia.

Explicou-se, ainda, que com o fim da Primeira Grande Guerra, os preços internos voltaram a se estabilizar até o início da crise financeira internacional de 1929 e a Revolução de 1930 no Brasil. “*Com a ascensão de Vargas e o aprofundamento da repressão aos movimentos sociais, o governo coloca em prática uma série de medidas de controle sobre a oferta através de listas de preços, autorizações para exportação e, principalmente, pequenos incentivos à produção agropecuária.*”. Outras políticas, no Governo Dutra e Juscelino Kubichek tentaram, sem um plano de atuação mais abrangente, regulamentar o tema do setor da alimentação.

Somado a isso, em consulta ao Manual Operacional das CEASA’s do Brasil³, denotou-se problemas específicos com relação aos hortigranjeiros:

No final da década de 60, o Governo Federal identificou um grande estrangulamento no sistema de comercialização de hortigranjeiros. Era uma atividade praticamente marginal. Tão marginal que a comercialização se dava na rua, literalmente. Não havia informação nenhuma de mercado. O produtor não tinha espaço assegurado nas cidades e, com isso, sentia-se desestimulado a produzir. As perdas de produtos pelas más condições de transporte, embalagem, acomodação e armazenamento eram enormes. Os caminhões criavam engarrafamentos de trânsito e, tanto era, que o problema urbanístico apressou a solução para a organização da comercialização.
(...)

Nessa época, o Ministério do Planejamento, através do Decreto 61.391 de 20/9/67, criou um Grupo de Trabalho que propôs um Plano Decenal de Desenvolvimento Econômico, cujo estudo apresentava uma definição clara de Ceasa: “Ponto de reunião de agentes de comercialização”
(...)

Pelo Decreto 70.502 de 11/5/72, foi criado o Sinac – Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento.

Começaram, então, a se estruturar planejamentos mais profícuos, conforme se destacado no

2 Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20032012000300003&script=sci_arttext&tlng=en>. Acesso em 22/09/2020.

3 Disponível em <<https://abracen.org.br/noticias/manual-operacional-dos-ceasas/>>. Acesso em 22/09/2020.

artigo “*Entre o declínio e a reinvenção: atualidade das funções do sistema público atacadista de alimentos no Brasil*”⁴:

Ao final do governo Castelo Branco, o Ministro do Planejamento Roberto Campos prepara um **plano econômico para os próximos dez anos de governo**. Neste podemos encontrar um **extra-ordinário detalhamento do que deveria ser feito em termos de política de abastecimento**. No governo seguinte, por meio do PED (Plano Estratégico de Desenvolvimento) (1968-70), o general Costa e Silva apresenta o projeto no qual pretendia colocar em funcionamento oito centrais de abastecimento, cinco mercados terminais, 45 mercados regionais e 800 supermercados em apenas dois anos (BELIK, 1992). No governo Médici, que se seguiu, através do I PND (Plano Nacional de Desenvolvimento), lançam-se as bases de outras 15 centrais de abastecimento cujo objetivo era o de aproximar – em um espaço físico comum, produtores e varejistas, ampliando as possibilidades de mercado e rebaixando os preços.

Segundo Cunha (2010) **o Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento (Sinac) foi incluído como programa prioritário do I PND vigente entre 1972 e 1974 que estabelecia normas específicas para a implantação de centrais de abastecimento, bem como a definição do nível de investimentos, fontes de recursos e normas operacionais. Em 1972, o Sinac é regulamentado, atribuindo à empresa estatal Companhia Brasileira de Alimentos (Cobal) as funções de coordenação, controle técnico, administrativo e financeiro do programa** (SCHUETZ et al., 1978).

O sistema brasileiro pressupunha **uma hierarquia funcional estabelecida pela relação entre as centrais de abastecimento e os “mercados satélites”, com atuação geograficamente delimitada e cuja coordenação pressupunha manter “um serviço setorial de informação de mercado e de padronização e classificação dos produtos a serem comercializados nas Centrais com a indispensável unidade de ação às entidades integradas” (DECRETO LEI N. 70.502/72)**.

Consoante com o processo de modernização conservadora da agricultura brasileira, **o Sinac definiu e impôs padrões e normas técnicas na ausência de um padrão estruturado de mercado. Estabeleceu normas de embalagens, informações de mercado, técnicas de produção e formatos organizacionais que deveriam ser implementados e conduzidos pelas centrais de abastecimento, com uma ambiciosa missão de integração dos padrões da base produtiva até a regulação do varejo** (CUNHA, 2006).

E o Manual Operacional das CEASA’s do Brasil⁵ complementa:

Pelo Decreto 70.502 de 11/5/72, foi criado o Sinac – Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento.

(...)

Com a criação do Sinac, o Governo delegou à então Cobal – Companhia Brasileira de Alimentos – a gestão do Sistema. Assim, foram criadas, no país, 21 Ceasas (Centrais de Abastecimento S/A). Eram economias mistas, sendo acionista a União, os estados e os municípios onde se localizavam as sedes.

(...)

Projetaram-se, então, as construções e operações de mercados atacadistas nas principais cidades brasileiras. Assim, no Iº PND – Plano Nacional de Desenvolvimento – (72 a 74) foram implantadas Ceasas nas seguintes cidades:⁶

(...)

Na época do IIº PND (75 a 79), foram operacionalizados os mercados nas seguintes cidades:

(...)

Campo Grande.

E para os fins aqui propostos, vale ainda destacar o seguinte apontamento feito no artigo no

4 Idem.

5 Idem

6 Cidades citadas: Brasília, Fortaleza, Recife, Rio de Janeiro, São Gonçalo, Salvador, Aracaju, Porto Alegre, Belo Horizonte, João Pessoa.

artigo “*Entre o declínio e a reinvenção: atualidade das funções do sistema público atacadista de alimentos no Brasil*”⁷:

A estrutura atacadista implantada no Brasil foi concebida como uma rede formal, estruturada em protocolos técnicos e de informação para o abastecimento urbano e para a comercialização da produção hortigranjeira nacional. Os integrantes desta rede cumpriam originalmente distintas funções no abastecimento urbano, dadas por sua hierarquia (ou porte) e pelo papel de reunião e expedição da produção local e regional.

Desta feita, denota-se que as políticas públicas surgidas nas décadas de 60 e 70 no Brasil identificaram a necessidade de criação das CEASA’s como instrumento necessário para melhor distribuição da produção agrícola e, por conseguinte, para garantia do abastecimento alimentar da população de forma mais generalizada e não restrita, apenas, aos grandes centros urbanos, assim, como teve a CEASA papel fundamental na facilitação da comercialização dos produtos hortícolas, mormente para os pequenos produtores rurais.

II.2. Da análise legislativa

Feito esse breve esboço histórico-econômico para melhor compreensão da política pública que sedimenta as CEASA’s cabe analisar, sucintamente, a legislação da qual resultou a instituição da CEASA/MS evoluindo sua jurisdição até a atual Constituição Federal.

Nas Cartas Constitucionais de 1946 e 1967 não havia previsão acerca da competência para a organização do abastecimento alimentar no Brasil. Porém, com a crise de distribuição e normatização da produção de alimentos surgida nas décadas de 60 e 70, conforme acima retratado, foi editado o **Decreto Legislativo n.º 09/1962** delegando ao Poder Executivo:

os poderes necessários para prorrogar a alterar a legislação vigente de intervenção no domínio econômico promulgada para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, de modo a adaptá-la às necessidades atuais do País, bem como para suprimir, reestruturar ou agrupar as entidades que, atual, direta ou indiretamente, sejam responsáveis pela política de abastecimento, preços e assistência alimentar do País (art. 1.º) - grifei

Determinava, ainda, em seu art. 4.º, II: “**Caberá à União Federal a competência normativa e fiscalizadora para disciplinar o abastecimento atribuindo-se aos Estados, salvo razões excepcionálissimas, por falta dos instrumentos administrativos adequados, a execução da política fixada pela União.**” (grifei).

Uma série de normas federais foram então editadas⁸ para instituir e organizar, em âmbito na-

⁷ Ibidem.

⁸ (i) a **Lei Delegada (Federal) n.º 4, de 26 de setembro de 1962** “Dispõe sobre a **intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo**” (revogada pela Lei Federal n.º 13.874/2019), a qual, em seu art. 2.º, II, dispunha acerca do controle de abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização, conforme seu art. 6.º; (ii) a **Lei Delegada (Federal) n.º 05, de 26 de setembro de 1962** criava a **Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB)**, autarquia federal, com competência, dentre outros para “**elaborar e promover a execução do plano nacional de abastecimento de produtos essenciais**, o qual servirá, também, de instrumento à política de crédito e fomento à produção;” (art. 2.º, I); (iii) a **Lei Delegada (Federal) n.º 06, de 26 de setembro de 1962** autorizava a criação da **Companhia Brasileira de Alimentos (COBAL)** cuja finalidade era “**participar diretamente, da execução dos planos e programas de abastecimento elaborados pelo Governo, relativamente à comercialização dos gêneros alimentícios, essenciais ou em carência, e agir como elemento regulador do mercado ou para servir, de forma supletiva, áreas não suficientemente atendidas por empresas comerciais privadas, em regime competitivo.**” (art. 2.º); (iii) o **Decreto Federal n.º 65.750, de 26 de novembro de 1969** criava o Grupo Executivo de Modernização do Sistema de Abastecimento (GEMAB) com a finalidade de “**estudar, propor e, quando de sua competência, adotar tôdas as providências necessárias à implementação do programa de construção de Centrais de Abastecimento e Mercados Terminais, e de outras medidas necessárias à modernização do sistema de abastecimento.**” (art. 1.º).”

cional, uma política de abastecimento alimentar, assim como a construção das Centrais de Abastecimento, até a edição da **Lei Federal 5.727, de 04 de novembro de 1971** que aprovava o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento para o período de 1972 a 1974⁹, no qual estava prevista a “*Criação de estruturas mais eficientes para comercializar e distribuir produtos agrícolas, construindo o sistema nacional de Centrais de Abastecimento*” (p. 22), dando origem as primeiras Centrais de Abastecimento no Brasil como estratégia de desenvolvimento do país e organização do setor privado de produção que não conseguia operar de forma efetiva na distribuição e comercialização de seus produtos (p. 20/21).

Posteriormente, **Decreto Federal n.º 70.502, de 11 de maio de 1972** regulamentou “o *Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento* a que se refere Lei 5.727/71” e dispôs que “*As Centrais de Abastecimento e os Mercados Satélites, programados pelo Governo Federal e destinados a comercializar e distribuir produtos hortifrutigranjeiros, pescados e outros perecíveis, passam a constituir o Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento – SINAC*” (art. 1.º); que a COBAL faria a gestão do SINAC (art. 4.º); que as unidades integradas adotariam a denominação “Centrais de Abastecimento S.A. – CEASA”, seguida da qualificação regional, estadual ou municipal correspondente (art. 3.º, parágrafo único); que a estrutura operacional e administrativa das CEASA’s, as suas atribuições e condições de funcionamento e normas a serem observadas nos atos de sua constituição e nos seus estatutos seriam definidos pelo SINAC (art. 3.º).

Para a instituição das CEASAS, o **Decreto Federal n.º 66.332, de 17 de março de 1970** havia determinado que a Companhia Brasileira de Alimentos – COBAL participaria do “*capital das empresas públicas ou sociedades de economia mista, de âmbito regional, estadual ou municipal, existentes ou a serem criadas, com o objetivo de gerir as Centrais de Abastecimento ou Mercados Terminais...*” (art. 1.º).

A instalação da CEASA/MS entrou na execução do II Plano Nacional de Desenvolvimento¹⁰ lançado pelo Governo Federal para o período de 1975/1979. O **Decreto Estadual n. 81, de 07 de março de 1979**¹¹ autorizou a Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul (AGROSUL) a participar do capital social da Centrais de Abastecimento de Mato Grosso do Sul S/A.)

Pois bem. Nesse ponto, importa destacar que o aludido **Decreto Federal n.º 70.502, de 11 de maio de 1972** ao instituir o Sistema Nacional de Abastecimento, **estabeleceu a possibilidade de criação de zonas de influência**¹² para as Centrais de Abastecimento pelos executores da política do SINAC,

9 Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici/i-pnd-72_74>. Acesso em 27/10/2020.

10 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/anexo/ANL6151-74.PDF>. Acesso em 27/10/2020.

11 Art. 1º - Fica a Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul (AGROSUL) **autorizada a participar na constituição, juntamente com a União, através da Companhia Brasileira de Alimentos (COBAL), e a Prefeitura Municipal de Campo Grande, de uma sociedade por ações, com a finalidade de construir, instalar e explorar centrais de abastecimento, em consonância com o Programa do Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento (SINAC), criado pelo Decreto federal n.º 70.502, de 11 de maio de 1972.** (grifei)

(...)

Art. 3º - A participação da AGROSUL no capital social da CEASA/MS será, inicialmente, de Cr\$ 10.700.000,00 (dez milhões e setecentos mil cruzeiros).

12 A propósito, transcreve-se comentário disposto no artigo intitulado “Dimensões Estratégicas e dilemas das Centrais de Abastecimento no Brasil” de autoria de Altivo Roberto Andrade de Almeida Cunha, publicado na Revista de Política Agrícola, volume 15, n.º 4, ano 2006:

“A estruturação de um arranjo organizacional impositivo, cujo esquema de incentivos estava baseado em vantagens e benefícios economicamente artificiais, como subsídios e vantagens privadas, fez com que as Ceasas brasileiras crescessem sob o duplo estímulo da força coercitiva, associada a leis de proibição de comércio atacadista fora dos espaços delimitados dos entrepostos (a “lei do perímetro”), com vantagens econômicas, incentivos e privilégios aos comerciantes atacadistas recém-instalados. Essa situação de duplo estímulo, com a criação de um empresariado regulado e ao mesmo tempo privilegiado, foi útil, mas, ao fim, limitador da expansão do modelo Ceasa. Generalizou-se, nesse período, uma imagem de apropriação privada de benesses públicas dos agentes privados, como intermediários não funcionais ou como forças de cartel.” Disponível em <<https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/516>> Acesso em 22/10/2020.

Estados e Municípios, com subsídio técnico do GEMAB. Vejamos:

Art. 5º O GEMAB após estudos da área ideal de atuação de cada Central, fornecerá aos Estados e Municípios os elementos técnicos necessários à fixação das zonas de influência da Entidade e dos métodos e processos que deverá observar na comercialização dos produtos abrangidos por este Decreto.

Parágrafo único. A zona de influência, mencionada neste artigo, será determinada no prazo de 30 dias contados a partir do início das atividades da Central.
(...)

Art. 7º A COBAL, com a participação dos Órgãos técnicos do GEMAB, promoverá a convocação das sociedades, já constituídas, objetivando sua pronta adequação à política do Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento.
(...)

Art. 10 Aplica-se às Centrais de Abastecimento no que não colidir com presente Decreto, a legislação das sociedades por ações.

Art. 11 Além das entidades já mencionadas, poderão participar do Sistema outros Centrais de Abastecimento constituídos com recursos de terceiros, já em operação.(grifei)

Portanto, mediante norma genérica (Lei Federal 5.727/71 e Decreto Federal n. 70.502/72), a União Federal delegou aos Estados e Municípios a competência para expedição de normas particulares (zona de influência e métodos e processos para comercialização dos produtos) para o funcionamento de suas centrais de abastecimento, vez que não poderia o ente federal fixar regras gerais para todo o território nacional, dada sua extensão e diversidade, senão por meio de normas programáticas.

Cumprir destacar que na Constituição de 1967¹³, sob a égide da qual fora editada a referida normatização, o regime de monopólio de atividade econômica poderia ser instituído mediante lei federal fundada em (1) segurança nacional ou (2) para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa¹⁴. E que, conforme já dito, o Decreto Legislativo n.º 09/1962 delegou ao Poder Executivo Federal *os poderes necessários para alterar a legislação vigente de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo da população, adaptando-a às necessidades do país daquele momento* (art. 1.º).

E a regulamentação, por sua vez, repita-se, fora feita por meio de arcabouço legislativo, outrora mencionado, que criou entes e órgãos públicos para análise e execução de políticas de abastecimento, e cujo resultado (criação de Centrais de Abastecimento) foi incluído no Primeiro PND aprovado pela Lei Federal 5.727/71 e regulamentado por meio do Decreto Federal n.º 70.502/1972.

Essa foi, então, a escolha política dos gestores públicos no contexto histórico-econômico pelo qual perpassava a sociedade brasileira naquele dado momento de evolução da economia nacional, cuja análise de mérito administrativo ou de seus elementos técnicos refoge à competência desta Procuradoria¹⁵.

13 Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

§ 8º - **São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa**, assegurados os direitos e garantias individuais. (grifei)

14 Importa, ressaltar, assim, que na Constituição Federal de 1967 também já era previsto como princípio da ordem econômica a liberdade de iniciativa (art. 157, I), assim, como, o chamado “regime de competição” (art. 157, § 8.º), hoje denominado livre concorrência.

15 Segundo a 4ª Diretiva de atuação da área consultiva no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado disposta na Resolução Conjunta PGE/CGPGE/MS/N. 05, de 22 de outubro de 2020: **“O parecer jurídico deve evitar posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade.”**(grifei).

Prosseguindo, aos 07 de maio de 1979 foi lavrada a escritura pública de constituição da Central de Abastecimento do Mato Grosso do Sul S/A – CEASA/MS, sendo acionários a Companhia Brasileira de Alimentos – COBAL, a Empresa de Serviços Agropecuários de Mato Grosso do Sul (AGROSUL) e o Município de Campo Grande, na forma de sociedade de economia mista, implantada de acordo com as normas do Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento.

Foi editado, na sequência, o Decreto Estadual n.º 339, de 09 de novembro de 1979 fixando, dentre outros, “a área de influência e a determinação dos perímetros de proteção da CEASA/MS”:

Art. 1º - Ficam definidas como áreas de influência da CENTRAIS DE ABASTECIMENTOS DE MATO GROSSO DO SUL S/A - CEASA/MS, os perímetros ocupados pelos Municípios do Estado de Mato Grosso do Sul que possuam ou venham a possuir CENTROS DE ABASTECIMENTO ou MERCADOS SATÉLITES.

Parágrafo único - Dentro dos perímetros a que se refere o artigo, fica vedada a criação, instalação, ampliação, mudança e modificação de estabelecimentos que comercializem, a nível de atacado, produtos hortigranjeiros e outros perecíveis, depois de criados MERCADOS SATELITES ou CENTROS DE ABASTECIMENTO local e/ou Regional pela CEASA/MS.

Art. 2º - Fica estabelecido como perímetro absoluto de proteção a CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE MATO GROSSO DO SUL S/A - CEASA/MS, a área correspondente a região metropolitana de Campo Grande.

Parágrafo 1º - no perímetro a que se alude este artigo fica vedada a comercialização de produtos hortigranjeiros e outros perecíveis, a nível de atacado, que não seja realizada única e exclusivamente no recinto da CENTRAIS DE ABASTECIMENTO DE MATO GROSSO DO SUL S/A - CEASA/MS, ressalva dos os casos de contratos que venham a ser celebrados entre a CEASA/MS, e outros mercados, até o seu adimplemento.

Portanto, o Decreto Estadual n.º 339, de 09 de novembro de 1979 quando vedou a instalação de outras Centrais de Abastecimento, mediante a “zona de influência” ou “lei do perímetro”, fê-lo abalizado por norma federal, a qual regia, por sua vez, determinado contexto histórico-econômico e sedimentava-se no regime constitucional da época.

O Decreto-lei (federal) n. 2400, de 21 de dezembro de 1987 extinguiu o SINAC e determinou que a totalidade das ações da COBAL, representativas do capital social das Centrais de Abastecimento S/A, fossem transferidas à União Federal até 10/06/1988 (art. 1.º). E que **a União Federal poderia alienar as ações aos Estados, municípios e respectivas entidades da Administração Indireta mediante doação com os seguintes encargos (art. 2.º):**

Art. 2º (...)

I - obrigação de manter inalterado o objeto social da Ceasa;

II - inclusão de representantes dos usuários e dos empregados da Ceasa nos órgãos de administração da sociedade; e

III - observância da orientação normativa dos órgãos e entidades da administração federal.

A **Lei Estadual n.º 906, de 28 de dezembro de 1988** autorizou o Poder Executivo a receber a doação com os mencionados encargos, cujas ações integrariam o patrimônio da AGROSUL, então encarregada da política de abastecimento no Estado (art. 2.º).

Necessária, agora, a abordagem da referida norma perante a ordem constitucional vigente,

relacionando-a, por sua vez, ao objeto social da CEASA/MS para o qual será imprescindível verificar sua verdadeira natureza jurídica.

Nesse ponto, importante lembrar que a política de criação das Centrais de Abastecimento surge de uma série de leis delegadas (ns. 04, 05, 06, 07) editadas no dia 26 de setembro de 1962¹⁶ pelo Poder Executivo Federal e que tinham por mote *proceder à intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo*¹⁷, dentro, também, do cenário histórico-econômico relatado no item II.1 deste parecer.

E, conforme visto, o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento para o período de 1972 a 1974¹⁸, previa a “Criação de estruturas mais eficientes para comercializar e distribuir produtos agrícolas, construindo o sistema nacional de Centrais de Abastecimento” (p. 22).

O art. 1.º do Decreto Federal n.º 70.502, de 11 de maio de 1972, que regulamentava o Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento (SINAC) estabelecia como objetivo das Centrais de Abastecimento:

Art. 1.º As Centrais de Abastecimento e os Mercados Satélites programados pelo Governo Federal e destinados a comercializar e distribuir produtos hortifrutigranjeiros, pescados e outros perecíveis, passam a construir o Sistema Nacional de Centrais de Abastecimento – SINAC. (grifei)

A par disso, a Cobal, Agrosul e Município de Campo Grande elegeram, no art. 3.º do Estatuto Social¹⁹, como objeto das Centrais de Abastecimento de Mato Grosso do Sul (CEASA-MS):

Implantar, instalar e administrar Centrais de Abastecimento e Mercados destinados a orientar e disciplinar a distribuição (comercialização) de hortifrutanjeiros e, secundariamente, outros produtos.

Participar dos planos e programas do governo para a produção e o abastecimento regional, municipal, estadual e nacional, promovendo e facilitando o intercâmbio do mercado com as demais unidades do Sistema e entidades vinculadas ao setor, por meio, inclusive, de participação acionária;

Firmar convênios, acordos, contratos com pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou

16 Vide nota de rodapé n. 07 deste parecer.

17 Malgrado entendimento doutrinário contrário (v.g. MELLO, Celso Antônio Bandeira. In Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 809), o Supremo Tribunal Federal já esposou entendimento no sentido de que a Lei Delegada n. 04/62 fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988: “FISCALIZAÇÃO – LEI DELEGADA N.º 4/62 – RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A Lei Delegada n.º 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - § 4.º do artigo 173 -, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado – artigo 174, ambos da Carta Política em vigor.”. (STF, AI-AgR 268857/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão de 20 fev. 2001. Publicação no DJ de 4 mai. 2001).

Comentando o aludido julgado, manifestou o doutrinador José Tarcízio de Almeida Melo, sob grifo nosso:

“O Supremo Tribunal Federal (...) aceitou que a Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei Delegada n. 4, de 1962, do efêmero regime parlamentar de governo, a qual dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Considerou que os requisitos formais exigidos, pela Constituição, para dispor sobre a matéria legislativa devem ser apurados na época da elaboração da lei”. (Direito Constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pg. 840/841. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3935/4073/24115>. Acesso em: 27 out. 2020.).

18 Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici/i-pnd-72_74>. Acesso em 27/10/2020.

19 Da documentação recebida pela Junta Comercial de Mato Grosso do Sul observa-se a existência da escritura pública de constituição da CEASA/MS com as normas aplicadas à sociedade, e, posteriormente, o depósito do estatuto social, em atenção ao disposto no art. 91, da Lei Federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016 que “*Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*”.

privado nacional ou estrangeiro, pertinentes as suas atividades, ouvido o Conselho de Administração na forma o inciso VII do artigo 18 deste Estatuto Social, quando for o caso;

Desenvolver, em caráter subsidiário e auxiliar na política de preços econômicos do governo, estudos e pesquisas dos processo, condições e veículos de comercialização de gêneros alimentícios, abrangidos por sua competência operacional.

Constam, ainda, dentre outras, as seguintes disposições no atual estatuto social da CEASA/MS, no ponto em que aqui interessa:

Art. 18. Compete ao Conselho de Administração, segundo as normas e diretrizes definidas para o abastecimento:

(...)

VII. Assegurar a harmonia das atividades da CEASA/MS, com a política e a programação pertinentes dos Governos da União, do Estado e dos Municípios de sua área de influência, sem o comprometimento de suas atividades operacionais e financeiras.

Art. 22. Compete ao Diretor-Presidente e, no que, couber, aos demais Diretores:

(...)

IX- decidir sobre operações que, embora não lucrativas, sejam necessárias para atender ao abastecimento público, por meio de programas sociais;

(...)

XVII - prestar aos órgãos estatais competentes, informações mensais ou quando solicitadas, de natureza técnica, econômica, financeira e estatística;

Art. 25. Ao Diretor de Abastecimento e Mercado compete:

(...)

II - desenvolver e aprimorar os instrumentos necessários à orientação de comercialização, serviços de informação de mercado, estatísticas, estudos de classificação e padronização de produtos, observando o disposto no inciso IV do art. 3.º deste Estatuto;

(...)

V – promover e apresentar ao Diretor-Presidente estudos técnicos-econômicos de amparo e incentivo ao produtor, comerciante e de proteção ao consumidor;

Denota-se, portanto, que a CEASA/MS possui *natureza jurídica híbrida em suas atividades*, isto é, em alguns de seus objetivos sociais claramente exerce *atividade econômica*²⁰, como a de “*Implantar, instalar e administrar Centrais de Abastecimento e Mercados*” (art. 3.º, I, do estatuto social), as quais são destinadas a comercializar e distribuir produtos hortifrutigranjeiros, pescados e outros perecíveis (art. 1.º do Decreto Federal n.º 70.502, de 11 de maio de 1972) em *típica atividade de entreposto comercial*.

Reforça o entendimento de exercício de atividade econômica a possibilidade de particulares serem acionistas da entidade²¹, o que não seria admissível se se tratasse de atividade referente à prestação

20 “É importante observar que, embora o Estado possa, em certos casos previstos na Constituição, atuar personalizadas na esfera econômica, como protagonista empresarial, as atividades econômicas que, destarte, desempenhe, não são qualificáveis como serviços públicos.

A separação entre os dois campos – serviço público, como setor pertencente ao Estados, e domínio econômico, como campo reservado aos particulares – é indubitosa e tem sido objeto de atenção (...) ante a diversidade de seus regimes jurídicos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 700).

21 Estatuto Social da CEASA/MS: “Art. 8.º. Além da acionista controladora e do Município de Campo Grande, MS, somente podem ser acionistas da Sociedade, nos termos da Lei Federal n.º 2.400/1987, a Associação dos Permissionários/Concessionários da CEASA, devidamente inscrita legalmente e reconhecida pela Assembleia Geral da CEASA/MS.”.

de serviço público²².

Porém, em outros, presta **serviço público, em caráter não concorrencial**, tais como “Participar dos planos e programas do governo para a produção e o abastecimento regional, municipal, estadual e nacional”, “Firmar convênios, acordos, contratos com pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado nacional ou estrangeiro, pertinentes as suas atividades”, “Desenvolver, em caráter subsidiário e auxiliar na política de preços econômicos do governo, estudos e pesquisas dos processo, condições e veículos de comercialização de gêneros alimentícios, abrangidos por sua competência operacional” (art. 3.º, II a IV, do estatuto social)²³.

Importa ressaltar, ainda, que atendendo ao disposto no art. 30 do ADCT da Constituição Federal de 1988²⁴, foi editada a Lei Federal n.º 8.171, de 17 de janeiro de 1991, a qual “Dispõe sobre a política agrícola”. Fixou-se como pressuposto da política que “o adequado abastecimento alimentar é condição básica para garantir a tranquilidade social, a ordem pública e o processo de desenvolvimento econômico-social” (art. 2.º, IV) e apresentaram-se diversas normatizações acerca da política de abastecimento, realçando-se, aqui, a criação de um sistema de informação agrícola²⁵.

Nesse ponto, constatou-se a instituição, por exemplo, do Sistema de Informações dos Mercados de Abastecimento do Brasil (Simab), gerenciado, no âmbito local, pela AGRAER/MS, e para o qual há coleta de dados estatísticos diretamente das CEASA’s, conforme se constata de publicação da CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento²⁶:

Conab reforça importância de sistemas de informações para garantir abastecimento

(...)

(...) experiência brasileira na coleta de informações dos produtos hortigranjeiros a partir do funcionamento do **Sistema de Informações dos Mercados de Abastecimento do Brasil (Simab). Gerido pela Companhia, a ferramenta permite extrair informações sobre volume, preço e origem**

22 Nesse sentido, o entendimento do doutrinador Lucas Rocha Furtado: “A possibilidade de particulares integrarem o capital social das sociedades de economia mista parece-nos constituir fato impeditivo para estas entidades prestarem serviços públicos, devendo esta entidade ser utilizada somente quando o Estado decidir intervir diretamente na ordem econômica.”. (Curso de Direito Administrativo. 5.Ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 636. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145>. Acesso em: 27 out. 2020.)

23 Observe-se, nesse ponto, que não obstante a possibilidade de participação de acionistas particulares no capital social da empresa, pela dicção dos objetos sociais estabelecidos no art. 3.º, II a IV, do estatuto social, a atuação da CEASA seria de execução de políticas públicas definidas pelos governantes (e, não, criação de tais políticas), diferentemente do inciso I onde ela executaria, por si mesma, a atividade de distribuição/comercialização de hortigranjeiros.

24 ADCT, Art. 50. **Lei agrícola** a ser promulgada no prazo de um ano disporá, nos termos da Constituição, sobre os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, **abastecimento interno**, mercado externo e instituição de crédito fundiário.

25 Art. 17. O Poder Público manterá **serviço oficial de assistência técnica e extensão rural**, sem paralelismo na área governamental ou privada, de caráter educativo, garantindo atendimento gratuito aos pequenos produtores e suas formas associativas, visando:

(...)

IV - **disseminar informações conjunturais** nas áreas de produção agrícola, comercialização, **abastecimento** e agroindústria.

Art. 30. O Ministério da Agricultura e Reforma Agrária (Mara), integrado com os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, **manterá um sistema de informação agrícola ampla para divulgação de:**

(...)

II - **preços recebidos e pagos pelo produtor, com a composição dos primeiros até os mercados atacadistas e varejistas, por Estado, Distrito Federal e Território;**

(...)

Parágrafo único. **O Ministério da Agricultura e Reforma Agrária (Mara) coordenará a realização de estudos e análises detalhadas do comportamento dos mercados interno e externo dos produtos agrícolas e agroindustriais, informando sua apropriação e divulgação para o pleno e imediato conhecimento dos produtores rurais e demais agentes do mercado.** (grifei)

26 Disponível em < <https://www.conab.gov.br/ultimas-noticias/2935-conab-reforca-importancia-no-uso-de-sistemas-de-informacoes-para-garantir-abastecimento> > Acesso em 27/10/2020.

das frutas e hortaliças comercializadas nas Ceasas.

Além de ser uma forma de monitoramento dos preços diários, essas informações servem de base para análises econômicas de áreas especializadas do governo federal, contribuindo para a definição das políticas públicas do setor, bem como auxilia na tomada de decisão dos agentes econômicos, além de promover o desenvolvimento da inteligência do setor hortigranjeiro nacional.

(...)

As consultas ao banco de dados do Simab, alimentado pela Conab em parceria com as Centrais de Abastecimento, e do Siagro, com dados apurados pela própria Companhia, estão disponíveis ao público em geral no site da estatal. (grifei)

A par disso, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por meio da Portaria 171/2005 instituiu o Programa Brasileiro de Modernização do Mercado Hortigranjeiro (PROHORT)²⁷ “*com a finalidade de, em interação com os Estados, Municípios e agentes integrantes da cadeia de produção e distribuição, fomentar o desenvolvimento do setor*”, delegando-se a coordenação das ações do programa à Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), que as executa, por meio de acordos de cooperação técnica, com o auxílio das Centrais de Abastecimento (art. 2º).

Intenta-se com o PROHORT a modernização e valorização das Centrais de Abastecimento²⁸, com destaque para o reforço de suas funções de execução e difusão das políticas públicas, especialmente nas áreas de saúde, educação e segurança alimentar (art. 1.º, VIII).

Relembre-se, nesse ponto, que o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Lei Estadual n.º 906/1988, recebeu a **doação** das quotas sociais então pertencentes à União Federal mediante o **encargo**, dentre outros, de “*observância da orientação normativa dos órgãos e entidades da administração federal*” (art. 2.º, do Decreto-lei n. 2400/1987).

Ainda, válido mencionar a instituição do Centro de Comercialização da Agricultura Familiar (CECAF)²⁹, um armazém de 1.782 metros quadrados de área coberta reservado pela AGRAER dentro da CEASA/MS, com mais de 96 espaços, denominados “pedras”, para escoamento de produtos da agricultura familiar, evitando o uso de atravessadores nas negociações do pequeno produtor com os consumidores.

²⁷ Destaca-se dentre a iniciativas do PROHORT: “*Desenvolver e integrar banco de dados estatísticos das Centrais de Abastecimento, subsidiando informações técnicas para formulação de políticas agrícolas e de abastecimento;*” (art. 1.º, I)

²⁸ **Art. 1º** Fica instituído, no âmbito da Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, o Programa Brasileiro de Modernização do Mercado Hortigranjeiro - PROHORT, com a finalidade de, em interação com os Estados, Municípios e agentes integrantes da cadeia de produção e distribuição, fomentar o desenvolvimento do setor, mediante as seguintes iniciativas:

I - Desenvolver e integrar os bancos de dados estatísticos das Centrais de Abastecimento, subsidiando informações técnicas para formulação de políticas agrícolas e de abastecimento;

II - Universalizar as informações geradas, reduzindo suas assimetrias junto ao público;

III - Modernizar os processos de gestão técnico-operacional e administrativa das Centrais de Abastecimento;

IV - Estimular a agregação de tecnologia à cadeia produtiva, orientada às necessidades e as exigências de mercado de consumo;

V - Adequar e modernizar a infra-estrutura física, tecnológica e ambiental das Centrais de Abastecimento;

VI - Modernizar os serviços de apoio disponibilizados pelas Centrais de Abastecimento alinhando-os às necessidades e expectativas de seus clientes;

VII - Estimular a interação das Centrais de Abastecimento com as Universidades, órgãos de pesquisa e fomento, instituições públicas e privadas, organizações não governamentais e às políticas públicas de abastecimento, de segurança alimentar e nutricional; e

VIII - Ampliar as funções das Centrais de Abastecimento tornando-as áreas privilegiadas para execução e difusão das Políticas Públicas, especialmente no âmbito da saúde, educação e da segurança alimentar. (grifei)

²⁹ Conforme publicação disponível <<https://www.agraer.ms.gov.br/12595/>> e <<https://www.agraer.ms.gov.br/nomeado-novo-gestor-do-centro-de-comercializacao-da-agricultura-familiar-da-ceasa/>>. Acesso em 28/10/2020.

Por fim, a recente Portaria AGRAER n.º 004, de 07 de abril de 2020³⁰, editada para minorar os efeitos da Pandemia COVID-19 na área da agricultura familiar, instituiu que, temporariamente, “*parte do CECAF, até 60% (sessenta por cento) do galpão, poderá ser utilizado por produtores rurais de produtos hortigranjeiros de Mato Grosso do Sul, excepcionalmente, enquanto perdurar o estado de calamidade pública no Estado*”.

Valendo-nos da anotação do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ citando monografia sobre serviço público de Dinorá Grotti:

“Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre se papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigente em um dado tempo histórico.”.

Outrossim, corroborando a indistacável característica da ausência de concorrência na prestação de serviço público é o escólio de Marçal Justen Filho³²:

Sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público, existe uma intervenção estatal na ordem econômica. Afastam-se os princípios da livre-iniciativa (porque a exploração daquela atividade passa a ser de titularidade do Estado) e da livre concorrência (eis que, em princípio, o serviço público é um monopólio estatal). (grifei)

Desta feita, a natureza de tais atividades exercidas pela CEASA/MS é eminentemente de prestação de **serviço público, sem sujeição à concorrência de mercado**, na medida em que tem a finalidade legal de prestar utilidades à sociedade, ora executando e ora contribuindo para a formação das políticas públicas de abastecimento.

Sob outro vértice, a referida vedação legal que fixa “*zona de influência*” para a *atividade econômica exercida pela CEASA/MS* - administração de entreposto comercial de distribuição e comercialização de hortícolas -, decorrente do Decreto Estadual n.º 339, de 9 de novembro de 1979, importa em *verdadeiro monopólio*^{33 34} uma vez que *impede a instalação e operação de outro entreposto comercial atacadista de hortícolas dentro da citada área*, ressalvados aqueles que podem ser instalados pela própria CEASA/MS (art. 3.º, I, do estatuto social).

Ocorre que, na atual ordem constitucional vigente, o regime de monopólio estatal de atividade

30 Publicada no DOE n.º 10.141, de 08/04/2020, p. 12/15.

31 Curso de Direito Administrativo. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 679.

32 Curso de Direito Administrativo. 13.ª edição. São Paulo: RT Livraria, 2018, Capítulo 13. Livro digital.

33 “Monopólio é a exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 44.ª edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2020, p. 655.).

34 Cabe enfatizar, entretanto, de dúvidas, que não se observa qualquer imposição legal aos comércios varejistas de adquirirem seus produtos diretamente de fornecedor ou de outra Central de Abastecimento do país, ou seja, sem a intermediação da CEASA/MS, da mesma forma que não se observa qualquer empecilho legal quanto ao livre comércio dos permissionários de boxes da CEASA.

econômica, por ser medida de exceção que afasta a liberdade de iniciativa e a livre concorrência^{35 36} somente é admitido nos casos expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, os monopólios da União Federal (art. 21, VII, X, XI e XII³⁷; art. 177, I a V³⁸) e dos Estados-membros (art. 25, § 2.^o³⁹).

A propósito, confira a lição do mestre Hely Lopes Meirelles: “*Conclui-se, portanto, que só há, presentemente, monopólio das atividades expressamente previstas na Constituição.*”⁴⁰ (grifei).

Complementa o entendimento, o escólio de Marçal Justen Filho⁴¹:

Se o Estado pudesse assumir o desempenho direto das atividades econômicas propriamente ditas e a elas aplicar privilégios e benefícios, estaria destruída a distinção básica. Então, todas as atividades poderiam ser transformadas em serviço público, inclusive aquelas destituídas de cunho essencial.

35 Art. 1º A **República Federativa do Brasil**, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**; ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

Art. 170. A **ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e **na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - **livre concorrência**;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o **livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos**, salvo nos casos previstos em lei. ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

36 O doutrinador Lucas Rocha Furtado assim comenta os primados da liberdade de concorrência e livre iniciativa: “... *De acordo com o modelo constitucional adotado pela maioria dos países, inclusive no Brasil, a ordem econômica se submete aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. De acordo com esses princípios, a satisfação das necessidades da população deve ser promovida pela própria sociedade, a partir da ideia de liberdade de empresa e de economia de mercado. O núcleo básico desses conceitos reside no fato de que a iniciativa e a decisão sobre quais atividades vão ser desenvolvidas no âmbito privado com vista à satisfação das necessidades da população permanecem nas mãos dos particulares, e não do Estado.*”. (*Curso de Direito Administrativo. 5.Ed.*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 621. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145>. Acesso em: 28 out. 2020)

37 Art. 21. Compete à União:

(...)

VII - emitir moeda;

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95](#));

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres

38 Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; ([Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995](#))

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006](#))

39 Art. 25. (...).

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995](#))

40 Idem, p. 656.

41 Curso de Direito Administrativo. 13.ª edição. São Paulo: RT Livraria, 2018, Capítulo 13. Livro digital.

E, no caso, a *atividade econômica de entreposto comercial de distribuição e comercialização de hortícolas* não foi compreendida como monopólio público na Carta Constitucional de 1988, de modo que, forçosamente, há de se reconhecer que **não há mais guarida constitucional para a impossibilidade de concorrência no tocante à tal atividade econômica exercida pela CEASA/MS, da forma como prevista no Decreto Estadual n.º 339, de 9 de novembro de 1979, sob pena de violação aos primados da ordem econômica: livre iniciativa e liberdade de concorrência.**⁴²

Por outro lado, é preciso ressaltar que na *atual* Carta Constitucional, contrariamente as que lhe antecederam, a **organização do abastecimento alimentar** foi erigida como *competência comum* a ser exercida por todos os entes federados, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)

VIII - fomentar a produção agropecuária e **organizar o abastecimento alimentar**,⁴³⁴⁴

Outrossim, ao Poder Público é, também, reservado, a atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme art. 174 da Constituição Federal, em sua atividade (1) típica de poder de polícia, (2) de incentivo à iniciativa privada e de (3) planejamento, sendo este obrigatório para o setor público e indicativo para o privado:

Art. 174. Como **agente normativo e regulador da atividade econômica**, o **Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.** ([Vide Lei nº 13.874, de 2019](#))

42 Obtemperem-se, ainda, a edição do **enunciado de Súmula n. 646 do Supremo Tribunal Federal**: “*Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.*”.

43 No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul tal competência foi acometida à AGRAER, a qual está vinculada, finalisticamente, à SEMAGRO:

“Art. 24. (...)

(...)

§ 2º À **Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural (AGRAER), autarquia vinculada à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar**, compete: ([redação dada pela Lei nº 4.982, de 14 de março de 2017](#))

I - **a definição das políticas, a prestação de serviços e a coordenação da implementação das atividades de** assistência técnica, extensão rural, pesquisa agropecuária, cartografia, regularização fundiária e **abastecimento** e de outros serviços ligados ao desenvolvimento e ao aprimoramento da agricultura e da pecuária, destinados aos produtores rurais, suas famílias e organizações (pessoas físicas e jurídicas), com prioridade para os agricultores familiares, quais sejam, os agricultores tradicionais, os assentados, os indígenas, os quilombolas, os pescadores e os aqüicultores; ([redação dada pela Lei nº 5.337, de 30 de abril de 2019](#))”.(grifei)

44 O abastecimento alimentar é matéria de importante ligação com o Direito Constitucional, por se tratar a nutrição de uma das bases da vida saudável.

O suprimento da nutrição da população depende de três requisitos fundamentais:

- a) Oferta regular de alimentos;
- b) Rede de distribuição satisfatória; e
- c) Poder aquisitivo de compra.

(...).

A sociedade brasileira depende de:

- a) incentivo à descentralização dos armazéns gerais e do sistema de conservação de alimentos;
- b) adoção de política agrícola estável e duradoura;
- c) aprimoramento da qualidade da produção;
- d) redução das perdas;
- e) melhor informação do consumidor pelo governo e pela iniciativa privada;
- f) planejamento estratégico do transporte e das estradas;
- g) política de subsídio compatível com o que ocorre no mundo e, especialmente, no continente; e
- h) adequação da produção para o atendimento à demanda potencial, que significa a inclusão dos setores marginalizados e da população adicional decorrente do crescimento demográfico. (MELO, José Tarcizio de Almeida. Ordem econômica. In: MELO, José Tarcizio de Almeida. Direito Constitucional do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pg. 845/846. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3935/4073/24115>. Acesso em: 28 out. 2020).

Lucas Rocha Furtado⁴⁵ aduz que a referida atuação seria forma de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, ao lado da intervenção direta que estaria prevista no art. 173 da Constituição Federal⁴⁶. E, dispõe, ainda, acerca de seu exercício e limitação:

Antes de intervir na sociedade, seja direta seja indiretamente, deve o Estado preliminarmente justificar a necessidade da intervenção. Não há dúvida de que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado importa em algum tipo de ônus para a sociedade (...)

Se o mercado for capaz de se organizar e de tornar efetivos os princípios definidos pelo art. 170 da Constituição Federal,⁴ não se faz necessária a intervenção estatal.

Nos dias atuais, todavia, *é impossível conceber a observância desses princípios sem que o Estado desenvolva efetivos mecanismos de intervenção*. Ou seja, a necessidade de realização

dos princípios econômicos impõe ao Estado o dever de agir: a ideia da abstenção ou da não interferência do Estado, que deveria ser a regra, torna-se exceção. Poder-se-ia conceber, por exemplo, a defesa do consumidor ou do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais ou o tratamento favorecido para as pequenas empresas plenamente assegurados pelos instrumentos do mercado, sem que o Estado se fizesse presente?

A ideia de subsidiariedade na atuação do Estado em relação à ordem econômica não o afasta do mercado ou dos agentes privados. Ao contrário, impõe-lhe o dever de identificar as falhas na realização dos princípios econômicos e de utilizar os instrumentos ou técnicas adequadas a cada caso: para a proteção do meio ambiente, devem ser utilizados os instrumentos do poder de polícia; para a redução das desigualdades regionais, as técnicas de fomento etc.

Justificada a intervenção do Estado como necessária à realização dos princípios da ordem econômica, o princípio do Estado subsidiário requer ainda a *proporcionalidade dos instrumentos utilizados*.

(...)

O desempenho de qualquer atividade estatal, especialmente daquelas que afetam o setor privado, requer o exame das possibilidades de os agentes privados colaborarem com o Estado. *Essa é a ideia básica do Estado cooperativo: buscar a colaboração dos agentes privados, empresariais e não empresariais, para o desempenho mais eficiente e eficaz das funções estatais*.⁴⁷

Desta feita, eventual abertura à atividade concorrencial de entreposto comercial atacadista de hortícolas conduzirão o gestor público, além da escolha política no exercício da já abalizada competência constitucional comum com os outros entes federado para organizar o abastecimento alimentar, mediante seu juízo de mérito administrativo, inferir a necessidade de atuação nos termos do art. 174 da CF/88.

Por fim, a Lei Municipal n.º 3.970, de 13 de setembro de 2002 mencionada pela Autoridade consulente no Ofício n.º 797/GAB/SEMAGRO/2020, de fato, limita a comercialização atacadista de hortícolas aos domínios da CEASA/MS, ressalvadas as exceções nela previstas, além de normatizar outras situações jurídicas.

A limitação da referida lei municipal acerca da comercialização dentro dos limites da CEASA/MS, a princípio, *tem-se a impressão* que a mesma se embasa na normativa estadual, de modo que se eventualmente revogada a limitação da norma estadual, tacitamente, estaria revogada a da norma municipal nos estritos limites da matéria abordada.

Porém, é preciso cautela com a interpretação, pois a lei municipal sob comento não faz alusão

45 *Idem*, p. 611. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145>. Acesso em: 28 out. 2020.

46 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

47 *Ibidem*, p. 614/616. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1145>. Acesso em: 28 out. 2020)

nenhuma à normativa estadual, não se permitindo identificar, *com precisão*, qual o intento do legislador municipal.

Somado a isso, os municípios têm competência legislativa plena, nos termos da Constituição Federal (art. 24 e art. 30, I), inclusive, a decorrente de seu poder de polícia no cumprimento, por exemplo, de normas sanitárias.

Dessa forma, caso o Município de Campo Grande não entenda que, se eventualmente revogada a normativa estadual, a lei municipal, nesse ponto, estaria revogada tacitamente, caberá à parte interessada manejar os instrumentos judiciais cabíveis e adequados para fazer valer seu direito.

III. CONCLUSÃO

Ante ao todo exposto, quanto à consulta formulada e, diante de tudo quanto foi exposto, **conclui-se que:**

(i) o Decreto Estadual n.º 339, de 09 de novembro de 1979 foi editado sob a égide de outro sistema normativo vigente à época (CF/67) e balizado em legislação federal que lhe conferiu juridicidade normativa;

(ii) o Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Lei Estadual n.º 906/1988, recebeu a doação das quotas sociais então pertencentes à União Federal mediante o encargo, dentre outros, de (1) obrigação de manter inalterado o objeto social da Ceasa; (2) inclusão de representantes dos usuários e dos empregados da Ceasa nos órgãos de administração da sociedade; e (3) observância da orientação normativa dos órgãos e entidades da administração federal;

(iii) de acordo com o estatuto social da CEASA e a legislação que embasou sua formação, a mesma possui *natureza jurídica híbrida em suas atividades*, isto é, em alguns de seus objetivos sociais claramente exerce *atividade econômica* (art. 3.º, I, do estatuto social) e em outras presta *serviço público* (art. 3.º, II a IV, do estatuto social), ora executando e ora contribuindo para a formação das políticas públicas de abastecimento.

(iv) o *serviço público* prestado pela CEASA/MS é exercido em *caráter não concorrencial*, o que é ínsito da própria constituição de uma atividade como serviço público;

(v) o regime de monopólio estatal de atividade econômica, por ser medida de exceção que afasta a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, somente é admitido na atual Constituição Federal de 1988 nos casos expressamente previstos, quais sejam, os monopólios da União Federal (art. 21, VII, X, XI e XII; art. 177, I a V) e dos Estados-membros (art. 25, § 2.º).

(vi) portanto, no que pertine à *atividade econômica de entreposto comercial de distribuição e comercialização de hortícolas exercida pela CEASA/MS*, como a mesma não foi compreendida como monopólio público na Carta Constitucional de 1988, há de se reconhecer que *não há mais guarida constitucional para a impossibilidade de concorrência* da forma como prevista no Decreto Estadual n.º 339, de 9 de novembro de 1979, sob pena de violação aos primados da ordem econômica: livre iniciativa (art. 1.º, VI e art. 170, caput, da CF/88) e liberdade de concorrência (art. 170, IV, da CF/88);

(vii) na atual Carta Constitucional a organização do abastecimento alimentar foi erigida como *competência comum* a ser exercida por todos os entes federados (art. 23, VII);

(viii) sob outro vértice, ao Poder Público foi reservada, também, a atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174 da CF/88), o que o faz dentro de seu juízo de mérito administrativo

(ix) a Lei Municipal n.º 3.970, de 13 de setembro de 2002 limita a comercialização atacadista de hortícolas aos domínios da CEASA/MS, ressalvadas as exceções nela previstas, além de normatizar outras situações jurídicas. Se atrelada sua edição na normativa estadual, caso eventualmente venha a ser revogada a limitação da norma estadual, tacitamente, estaria revogada a da norma municipal nos estritos limites da matéria abordada.

(x) a interpretação da norma municipal, no entanto, deve ser feita com cautela, haja vista que a mesma não faz alusão à norma estadual e tem o município competência legislativa plena, devendo ser ponderado pela parte eventualmente interessada, se for o caso, fazer uso das medidas judiciais cabíveis para resguardo de seu direito.

Outrossim, cumpre assinalar que o escopo deste parecer jurídico é orientar o Gestor Público quanto às exigências legais para a prática do ato administrativo sob o aspecto jurídico-formal, uma vez não ser competência legal da Procuradoria-Geral do Estado examinar aspectos técnicos, orçamentários e de mérito, inclusive a veracidade das declarações/documentos carreados aos autos.

É o parecer que submetemos à apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande - MS, 28 de outubro de 2020.

Luiza Iara Borges Daniel
Procuradora do Estado

DECISÃO PGE/MS/GAB/N. 398/2020

PARECER PGE/MS/PAA/N. 131/2020

Processo: 15/005524/2020

Consulente: Secretário de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar.

Assunto: Revogação do Decreto Estadual n. 339, de 09 de novembro de 1979.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CENTRAL DE ABASTECIMENTO DE MATO GROSSO DO SUL – CEASA/MS. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA DA ATIVIDADE EXERCIDA. ATIVIDADE ECONÔMICA E SERVIÇO PÚBLICO. VEDAÇÃO À CONCORRÊNCIA CONFORME FIXAÇÃO DE ZONA DE INFLUÊNCIA NO DECRETO ESTADUAL N.º 339, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1979. NORMA EDITADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR, NA QUAL ENCONTROU JURIDICIDADE. CONFRONTAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO ATUAL. ATIVIDADE QUE NÃO É ELENCADE COMO MONOPÓLIO ESTATAL. VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA APENAS NO TOCANTE À ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA PELA CEA-

SA. SERVIÇO PÚBLICO DE NATUREZA NÃO CONCORRENCIAL.

1. O Decreto Estadual n.º 339, de 09 de novembro de 1979 foi editado sob a égide de outro sistema normativo vigente à época (CF/67) e balizado em legislação federal que lhe conferiu juridicidade normativa;
2. De acordo com o estatuto social da CEASA e a legislação que embasou sua formação, a mesma possui natureza jurídica híbrida em suas atividades, isto é, em alguns de seus objetivos sociais claramente exerce atividade econômica (art. 3.º, I, do estatuto social) e em outras presta serviço público (art. 3.º, II a IV, do estatuto social), ora executando e ora contribuindo para a formação das políticas públicas de abastecimento.
3. O serviço público prestado pela CEASA/MS é exercido em caráter não concorrencial, o que é ínsito da própria constituição de uma atividade como serviço público;
4. O regime de monopólio estatal de atividade econômica, por ser medida de exceção que afasta a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, somente é admitido na atual Constituição Federal de 1988 nos casos expressamente previstos, quais sejam, os monopólios da União Federal (art. 21, VII, X, XI e XII; art. 177, I a V) e dos Estados-membros (art. 25, § 2.º).
5. Portanto, no que toca à atividade econômica de entreposto comercial de distribuição e comercialização de hortícolas exercida pela CEASA/MS, como a mesma não foi compreendida como monopólio público na Carta Constitucional de 1988, há de se reconhecer que não há mais guarida constitucional para a impossibilidade de concorrência da forma como prevista no Decreto Estadual n.º 339, de 9 de novembro de 1979, sob pena de violação aos primados da ordem econômica: livre iniciativa (art. 1.º, VI e art. 170, caput, da CF/88) e liberdade de concorrência (art. 170, IV, da CF/88).

Vistos, etc.

1. Com base nos art. 8º, inciso XVI e art. 9º, incisos II e III, da Lei Complementar (Estadual) n.º 95, de 26.12.2001, c/c art. 3º, inciso II, do Anexo I do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, aprovo, por seus próprios fundamentos, o Parecer PGE/MS/PAA/N. 131/2020, de fls.168-188, por mim vistado, da lavra da Procuradora do Estado Luiza Iara Borges Daniel, com a concordância da chefia imediata (f.191).

2. À Assessoria do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado prolatora do parecer e à Procuradora-Chefe da PAA;

b) dar ciência do parecer analisado e da presente decisão à autoridade consulente, encaminhando-lhe os autos para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 10 de novembro de 2020.

Original Assinado
Ivanildo Silva da Costa
Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NO ICMS: BENEFÍCIO FISCAL POR ATO INFRALEGAL E INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 97, 99, 106, 144 E 149 DO CTN

Edvaldo Nilo de Almeida¹

EMENTA: ICMS. Substituição tributária. TARE nº 14/2014. Interpretação dos arts. 97, 99, 106, 144 e 149 do CTN.

1. A recorrente foi autuada por não recolher o ICMS devido ao deixar de apurar a base de cálculo nos termos do Convênio ICMS nº 45/99 e da Portaria nº 386/99, relativo a operações sujeitas ao regime de substituição tributária realizadas com os revendedores localizados no Distrito Federal.
2. A 2ª Câmara, por maioria apertada de votos, desconstituiu o auto de infração entendendo pela aplicabilidade do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 14/2014 de forma retroativa abarcando fatos geradores pretéritos, com fundamento no artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional.
3. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (art.144, caput, do CTN).
4. A regra contida no art. 106 do Código Tributário Nacional determina a aplicação da lei mais benéfica ao contribuinte a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, refere-se tão-somente para as penalidades ou multas tributárias.

Parecer pelo conhecimento e provimento do reexame necessário.

I – DO RELATÓRIO

A recorrida foi autuada por não recolher o ICMS devido ao deixar de apurar a base de cálculo nos termos do Convênio ICMS nº 45/99 e da Portaria nº 386/99, relativo a operações sujeitas ao regime de substituição tributária realizadas com os revendedores localizados no Distrito Federal. Por sua vez, a recorrida apresentou impugnação, nos termos do art. 39 da Lei Distrital nº 4.567/2001.

Em análise ao lançamento e à defesa ofertada, a autoridade julgadora de primeira instância julgou improcedente a impugnação. Inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário ao eg. TARF contra a decisão de primeira instância, pugnano pela improcedência da exigência fiscal. A Representação Fazendária opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário.

No julgamento do recurso voluntário manejado, a 2ª Câmara do TARF, conheceu o recurso

¹ Pós-Doutorando no Programa de Pós-Doutoramento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e no Programa em Democracia e Direitos Humanos do Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH) associado à Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela PUC/SP. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Especialista em Planejamento Tributário (FTE). Procurador do Distrito Federal (2009-atual). Procurador da Fazenda do Distrito Federal no Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Distrito Federal - TARF/DF

para, à maioria de votos apertada, pelo voto de desempate da Presidente, dar provimento ao pleito da contribuinte, nos seguintes termos:

“ACÓRDÃO DA 2.^a CÂMARA N.º 215/2019

EMENTA: ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. PRODUTOS E SISTEMAS DE VENDAS PORTA A PORTA A CONSUMIDORES FINAIS. REGIME DE TRIBUTAÇÃO. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL FIRMADO ENTRE OS SUJEITOS PASSIVO E ATIVO. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. Uma vez firmado entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária Termo de Acordo de Regime Especial - TARE n.º 14/2014, contemplando o regime de tributação a ser adotado por ocasião da apuração do tributo a pagar, impõe-se à sua aplicabilidade de forma retroativa para abarcar fatos geradores pretéritos, ainda não definitivamente julgados, na esteira do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, sobretudo quando referido Termo, o qual fora reiterado em duas oportunidades pelo Fisco, faz menção expressa ao período a ser alcançado, incluindo o lapso temporal objeto da presente autuação, sob pena ferir a segurança jurídica, os princípios da moralidade e legalidade, além de fazer letra morta do TARE “sub examine”, praticado por agente competente para tanto, em observância as respectivos requisitos e procedimentos legais exigidos, consoante restou reconhecido pelas autoridades competentes, inclusive Ministério Público.

REEXAME NECESSÁRIO. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DO LANÇAMENTO. PREJUDICIAL. A decretação da improcedência total do lançamento, rechaçando a integralidade da exigência fiscal consubstanciada no auto de infração, caracteriza-se como prejudicial à discussão em relação à matéria objeto do reexame necessário atinente à parte do crédito tributário que fora excluído pelo julgador recorrido.

PAF. APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Com arrimo no artigo 43, § 3.º, e incisos, da Lei n.º 4.567/2011, c/c artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência. Recurso Voluntário conhecido e provido”.

Diante da decisão que exonerou o sujeito passivo de crédito tributário no valor superior ao limite legal, os autos foram encaminhados ao Pleno para reexame necessário, nos termos da Lei Distrital n.º 4.567/2011.

Registra-se, ainda, como questão de fato, que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) enviou o Ofício 620/2019 a Procuradora-geral do Distrito Federal e o Ofício 98/2019 ao Presidente do TARF com o seguinte teor, *in verbis*:

“Ref.: Processo Administrativo n.º 08190.040614/19-57 (Natura S.A) Senhora Procuradora-Geral do Distrito Federal,

Tramita perante a 2ª Promotoria de Defesa da Ordem Tributária do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios o procedimento acima referenciado, cujo objeto é acompanhar as medidas adotadas pela Secretaria de Estado de Economia do Distrito Federal tendentes à recuperação do erário distrital em virtude da celebração do TARE n.º 014/2014, formalizado com a empresa Natura Cosméticos S.A.

Chegou ao conhecimento do Ministério Público que o Recurso Voluntário apresentado pela empresa acima referenciada (RV n.º 036/2018) foi julgado procedente pelo Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, no dia 03.09.2019, tendo sido encaminhado para reexame necessário.

Ao analisar o voto do eminente relator, o Ministério Público verificou, às fls. 20 da manifestação, a existência da seguinte afirmação:

‘Constata-se do Aditivo do TARE supratranscrito que, após o encaminhamento do termo original

ao Ministério Público do DF, para averiguação de irregularidades/ilegalidades eventualmente praticadas na formalização do ato em referência, aquele Órgão de controle entendeu por bem reiterar os termos do TARE original, inclusive, em relação ao período (02/2002 a 08/2014), somente modificando a alíquota da “MVA” para 50%, exatamente aquela praticada pelo contribuinte’.

Ocorre que essa afirmativa está equivocada, seja por atribuir ao Ministério Público a função de órgão consultor do Executivo ao, alegadamente, ter averiguado a legalidade da formalização do TARE, seja por afirmar que o *Parquet* reiterou esse documento após modificar a alíquota de “MVA” então estabelecida pela Secretaria da Economia.

Com efeito, não se insere no rol de atribuições do Ministério Público a verificação prévia da legalidade de TARE que a Secretaria da Economia pretende firmar com determinada empresa. Assim, o TARE nº 014/2014 foi celebrado sem qualquer conhecimento ou ingerência do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Após a sua formalização, todavia, mais precisamente 03 (três) anos depois, a signatária tomou conhecimento do teor do referido termo de ajuste e, por considera-lo flagrante ilegal, expediu a Recomendação nº 01/2017/MPDFT/PDOT (doc. anexo) ao então Secretário de Economia para que o conformasse à legislação de regência.

A aludida Recomendação foi integralmente acatada, ensejando, dentre outras medidas, a alteração da alíquota de “MVA” para 50%, haja vista que aquela inicialmente fixada (36,53%), contrariava regramentos legais aplicáveis ao caso. Constata-se, portanto, ser incorreta a informação do senhor relator no sentido de que a mudança de alíquota ter sido realizada pelo Ministério Público e de a empresa praticar a ‘MVA’ de 50%.

Com esses esclarecimentos, o MPDFT requer a Vossa Excelência que, ao se manifestar no Reexame Necessário nº 004/2018, promova os devidos esclarecimentos a fim de tanto corrigir as impropriedades acima detalhadas quanto de permitir que seu julgamento ocorra sob premissas condizentes com a realidade fática.

Atenciosamente,

Maria Elda Fernandes Melo

Promotora de Justiça”

É o relatório.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

O auto de infração nº 40.730/2012 versa sobre exigência fiscal em que a recorrida, na qualidade de substituta tributária, não calculou corretamente a base de cálculo do ICMS, correspondente à venda de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, na forma prevista no Convênio ICMS 45/99 (alterado pelo Convênio ICMS 06/06) e Portaria 386/99 (alterada pela Portaria 212/06).

O acórdão nº 215/2019 proferido pela 2ª Câmara, ora levado ao reexame do Pleno, desconstituiu o auto de infração entendendo pela aplicabilidade do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 14/2014, de forma retroativa, abarcando fatos geradores pretéritos, com fundamento no artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Contudo, entende-se como equivocado e ilegal este entendimento por ferir diversas normas infraconstitucionais do ordenamento pátrio. Decerto, o crédito tributário em discussão foi lançado de ofício no exercício de 2012, em perfeita obediência a norma tributária, inclusive em atenção aos art. 144 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN), não havendo que se falar em aplicação do TARE nº 14/2014 (benefício fiscal) a fatos geradores anteriores a sua vigência.

Nessa senda, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (art.144, *caput*, do CTN). Por conseguinte, o art. 149, do CTN estabelece nove (9) hipóteses expressas em que autoridade administrativa **deve efetuar o lançamento de ofício** ou realizar a sua **revisão de ofício**, a saber:

- Quando a lei assim o determine;
- Quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
- Quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
- Quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
- Quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o item seguinte;
- Quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
- Quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
- Quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
- Quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Sendo assim, a exigência fiscal foi corretamente fundamentada na legislação de regência aplicável a época dos fatos geradores, totalmente de acordo com as disposições da norma tributária, tendo sido fundamentada nos seguintes diplomas normativos: Convênio ICMS 45/2009, alterado pelo Convênio ICMS 06/06; Decreto nº 18955/97; Portaria nº 386/99, alterada pela Portaria 212/06, que estabelecem o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta.

Nesse sentido, o crédito tributário em discussão foi lançado de ofício no exercício de 2012, em perfeita obediência a norma tributária, inclusive em atenção aos art. 144 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN), não havendo falar em aplicação do TARE nº 14/2014 a fatos geradores anteriores a sua vigência.

Nesse ponto, quanto à aplicação retroativa do TARE nº 14/2014, o voto condutor do r. acórdão proferido pela 2ª Câmara desta Casa fere o CTN, consignando-se que “*olvidou-se, porém, a nobre autoridade julgadora de primeira instância, dos preceitos insertos no artigo 106, inciso II, alíneas ‘b’ e ‘c’, do Código Tributário Nacional, o qual contempla a retroatividade da norma quando deixar de tratar o ato*

como contrário à lei ou que estabelecer penalidade menos severa.”

Destarte, não é caso de aplicação do art. 106, inciso II, do CTN, eis que o aludido diploma dispõe que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, restringindo-se tão-somente para **penalidades**. Vejamos a dicção do art. 106, *in verbis*:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

- a) quando deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.

Sobre o tema em testilha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou diversas vezes no sentido de que o artigo 106 do CTN é aplicável tão somente para penalidades. Vejamos o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO DE 30% PARA 3%. IRRETROATIVIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA. ART. 1º DO DECRETO N. 99.044/90. PREVALÊNCIA DO ARTIGO 105 DO CTN. INAPLICABILIDADE DO ART. 106, II, C, DO CTN.

1. O art. 3º do Sexto Protocolo Adicional do Acordo Comercial n. 15, incorporado ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto n. 99.044, de 7.3.1990, prevê a redução do percentual do imposto de importação sobre produtos químicos farmacêuticos de 30% para 3% a partir de 1º de janeiro de 1988.

2. Muito embora o Decreto n. 99.044/90 reze em seu art. 1º que o Sexto Protocolo Adicional ao Acordo Comercial n. 15 “será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém, inclusive quanto à sua vigência”, referido dispositivo conflita com o ditame insculpido no Código Tributário Nacional, que por se tratar de lei complementar, deve prevalecer sobre aquele.

3. **O art. 106, II, c, do CTN, que dispõe que a lei mais benéfica ao contribuinte aplica-se a ato ou fato pretérito, desde que não tenha sido definitivamente julgado, aplica-se tão-somente para penalidades, o que não é o caso dos autos.**

Recurso especial provido.

(REsp 640.584/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 12/09/2008)

Ademais, ainda que se considere aplicável o inciso II do art. 106 do CTN, **somente a lei pode estabelecer base de cálculo de tributo conforme disposição expressa do inciso IV do artigo 97 do Código Tributário Nacional, *ipsis litteris*:**

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65’,

O TARE nº 14/2014 não pode desobedecer a lei e não há nenhum exame de constitucionalidade no ponto, mas sim exame de legalidade infraconstitucional, ou seja, somente a observância pura e

simples da lei.

Se conforme o art. 99 do CTN, “**o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos**, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei”, imagina-se o TARE nº 14/2014 e a desconstituição do auto de infração aqui debatido que desobedece frontalmente a lei, os Decretos e os Convênios vigentes.

Nesse rumo, a utilização de Margem de Valor Agregado (MVA) de 36,44 % como foi fixada no TARE nº 14/2014 consubstanciou em redução de pagamento de ICMS e essa redução fere toda a legislação tributária. Diz a LC 87/96:

“Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário. (Redação dada pela LC 114, de 16.12.2002)

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado..

(...)

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”.

Decerto, a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados por meio de Convênios ou Protocolos, conforme estabelece o artigo 9º da LC 87/96. Desse modo, o Convênio ICMS 81/93 em sua cláusula segunda determina a responsabilidade por substituição tributária ao contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, assim expressa:

“Cláusula segunda: Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”.

Destarte, conforme já dito, a Lei Complementar 87/96 – Lei Kandir – no artigo 8º dispõe sobre a base de cálculo para fins de substituição tributária e em seu parágrafo terceiro determina que se existir preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderia a lei estabelecer como base de cálculo aquele preço, *in verbis*:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.
(...)

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.”

A Lei nº 1.254/96 determinou, em seu art. 4º, § 1º, que sejam observadas as disposições da Lei Complementar nº 24/75 quando da concessão de redução de base de cálculo. Veja-se:

“Art. 4º As isenções do imposto somente serão concedidas ou revogadas, nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, por meio de convênios celebrados e ratificados pelas unidades federadas e pelo Distrito Federal, representado pelo Secretário de Fazenda e Planejamento.

§ 1º O disposto no caput deste artigo também se aplica:

I - à redução de base de cálculo.”

Também a Lei nº 1.254/96 da mesma forma que a Lei Complementar 87/96 dispôs sobre a base de cálculo para fins de substituição tributária, a saber:

“Art. 6º A base de cálculo do imposto é:

(...)

VII - para fins de substituição tributária:

(...)

b) em relação às operações ou prestações subseqüentes, o somatório das parcelas seguintes:

1) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

2) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores do serviço;

3) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes;

(...)

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, este será a base de cálculo para fins de substituição tributária, desde que previsto no regulamento ou em acordo firmado com outras unidades federadas.”

O acordo a que se refere o § 3º do artigo 6º da Lei 1.254/96, inicialmente feito pelo Convênio ICMS 75/94, autorizava os estados e o Distrito Federal a estabelecer o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinavam mercadorias a revendedores não-inscritos em seu território. Quanto à base de cálculo estabelecia o Convênio ICMS 75/94:

“Cláusula terceira: A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, em catálogo ou listas de preços emitidos pelo remetente, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

Parágrafo único. Inexistindo o valor de que trata o caput, a base de cálculo será fixada no Termo de Acordo a que se refere a cláusula anterior.”

O Convênio ICMS 75/94 foi revogado passando a vigorar as regras do Convênio ICMS 45/99 e este quanto à base de cálculo assim prevê:

“Cláusula terceira: A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

Parágrafo único Na falta dos valores de que trata o “caput”, a base de cálculo será fixada em regime especial concedido pelo fisco da unidade da Federação de destino das mercadorias mediante requerimento formulado pelo contribuinte substituto, instruído com a declaração da inexistência de catálogo, lista de preços ou instrumento semelhante. (Redação anterior dada ao parágrafo único pelo Conv. ICMS 06/06, efeitos de 01.04.06 até 31.10.18)”

O Convênio ICMS 45/99 foi alterado pelo Convênio ICMS 06/2006 (que vigorou a partir de 01/04/2006) e este manteve praticamente a mesma redação das demais alterações, existindo preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, este será o valor da base de cálculo para fins de substituição tributária, a saber:

“Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço.

§ 1º Na falta dos valores de que trata o ‘caput’, a base de cálculo será àquela definida na legislação da unidade da Federação de destino das mercadorias.”

Logo, a base de cálculo para fins de substituição tributária no que tange à operação com contribuintes que efetuem venda porta-a-porta a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizam do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos e que tem preços constantes em catálogos ou listas, que é o caso dos autos, estão definidas no Convênio ICMS que autoriza a sistemática de substituição tributária.

Assim sendo, apenas poderia haver a estipulação de uma base de cálculo diferente daquela constante dos catálogos ou listas, caso estas não existissem. O parágrafo primeiro da Cláusula Terceira é lapidar neste sentido: “§ 1º Na falta dos valores de que trata o “caput”, a base de cálculo será àquela definida na legislação da unidade da Federação de destino das mercadorias.”

Feita essas considerações a respeito das legislações aplicáveis ao caso, algumas ponderações devem ser feitas sobre as Portarias administrativas. Desse modo, a Portaria 386/1999 dispõe “sobre regime de substituição tributária nas operações que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta, e dá outras providências”. Seu artigo 2º estabelece que:

“Art. 2º A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, em catálogo ou listas de preços emitidos pelo remetente, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço.

Nova redação foi dada ao artigo 2º da Portaria 386/99 pela Portaria 212 de 19/07/2006 publicado no DODF de 24/07/06:

Art. 2º A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço.”

Em 18/07/2017 foi publicada outra portaria de nº 171/2017 que revogou o artigo 2º da Portaria 386/99, contrariando toda a legislação esposada neste parecer (CTN, Convênios do ICMS, LC 87/96, Lei 1254/96, dentre outras normas), que assim expressou:

“(…) Art. 2º Fica revogado o art. 2º da Portaria nº 386, de 27 de setembro de 1999.”

Portanto, até a data de 17/07/2017 a base de cálculo para a recorrente era o preço de venda ao consumidor, “sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço.”

Por sua vez, outra portaria foi publicada de forma patentemente ilegal, alterando-se a redação do artigo 3º da Portaria 386/99 e aplicando seus efeitos de forma retroativa, *in verbis*:

“Art. 3º Na falta dos valores de que trata o artigo anterior, a base de cálculo será fixada em Termo de Acordo de Regime Especial

Parágrafo único. A celebração do Termo de Acordo de Regime Especial a que se refere este artigo fica condicionada a requerimento formulado pelo contribuinte substituto, instruído com a declaração da inexistência de catálogo, lista de preços ou instrumento semelhante. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 3º PELA PORTARIA Nº 169, DE 18/08/14 – DODF DE 19/08/14. EFEITOS ESTENDIDOS AO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA PORTARIA Nº 386/1999.

Art.3º Independentemente do previsto no artigo anterior, a critério da Administração Tributária, a base de cálculo do imposto poderá ser fixada por meio de Termo de Acordo de Regime Especial.”

Com essas sucessivas publicações de portarias pela Secretaria de Fazenda foi celebrado o indigitado TARE – 14/2014 com aplicação incrivelmente retroativa e com dispositivos contrários a toda a legislação tributária aplicada ao regime da substituição tributária nas operações que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta, como é o caso dos autos.

Deste modo, o Convênio ICMS 45/99, publicado em 29/07/1999, o qual autoriza os Estados e o Distrito Federal a estabelecer o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta, prevê em sua cláusula terceira que “A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço”. E o regime de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 45/99, passou a produzir efeitos no Distrito Federal a partir de 1º de outubro de 1999.

Portanto, o Convênio que contempla essas operações é o Convênio ICMS 45/99, com a redação dada pelo Convênio 06/2006 cuja eficácia no Distrito Federal se deu a partir de 01/04/2006, neste sentido não cabe a aplicação do TARE 14/2014 para incidência de base de cálculo. Assim bem fizeram as autoridades tributárias ao não considerarem o TARE 14/2014 para a constituição do crédito tributário para a lavratura do Auto de Infração – AI – nº 40.730/2012.

Desta forma, considerando que a legislação a ser aplicada é a do fato gerador, e que a base de cálculo, para fins de substituição tributária, no período objeto do auto infração é o valor correspondente ao preço de venda ao consumidor, sugerido pelo fabricante constante em catálogo ou lista de preços de sua

emissão (art. 8º, § 3º e art. 9º da Lei Complementar nº 87/96; Convênio ICMS 45/99 - alterado pelo Convênio ICMS 06/06; arts. 99, 102, 199 do CTN; Decreto 18.955/97 e Portaria 386/99, alterada pela Portaria 212/06), merece reforma o r. acórdão reexaminado, para se reestabelecer a higidez da exação fiscal.

Noutro ponto, quanto a nulidade do auto de infração, sob o fundamento de que a autoridade julgadora não considerou a conversão em renda dos depósitos realizados na Ação declaratória nº 0030107-43.2009.8.07.0001, que tramitou na 5ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, não assiste razão a NATURA Cosméticos S/A.

O lançamento em apreço foi realizado pela autoridade fiscal com fundamento no Convênio ICMS 45/2009, alterado pelo Convênio ICMS 06/06, no Decreto nº 18955/97, na Portaria nº 386/99, alterada pela Portaria 212/06, que estabelecem o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta. No âmbito do Poder Judiciário, a Natura Cosméticos S/A (por meio de três filiais diferentes) propôs ações declaratórias nos anos de 2009, 2010 e 2011, que discutam a base de cálculo do ICMS-ST nas vendas realizadas em domicílio por suas consultoras - processos nº 2009.01.1.029683-3, 2010.01.1.190665-2, 2011.01.1.052170-9.

O cerne da discussão travada nas ações judiciais estava na “margem de agregação” do valor da mercadoria para fins de apuração do crédito tributário de ICMS, uma vez que a Administração Tributária considerava como base de cálculo das mercadorias revendidas por pessoas físicas a domicílio o preço final ao consumidor e a contribuinte argumenta ser referido valor superior à “margem de agregação” por ela praticada. Entretanto, há de se ressaltar que todas as três ações são **anteriores à lavratura do auto de infração 40.730/2012, em discussão neste processo administrativo.**

Contudo, as sentenças e o TARE nº 14/2014 **não tem qualquer impacto sobre o auto de infração nº 40.730/2012** e seu processo administrativo contencioso, pois, as ações judiciais que ensejaram a celebração do referido acordo, são **anteriores à lavratura do auto de infração em discussão**, não havendo que se falar em extinção do crédito tributário mediante a aplicação do TARE nº 14/2014. Registra-se, nesse sentido, pronunciamento do Procurador-Geral Adjunto da Fazenda do Distrito Federal, *verbis*:

“[...]”

Verifica-se, portanto, que **em termos processuais a extinção sem julgamento de mérito não faz coisa julgada material, nos termos dos arts. 267, VI e 268 do CPC/73 (vigente à época). Não houve propriamente o reconhecimento do pedido em juízo por parte do Distrito Federal, tampouco homologação do acordo extrajudicial celebrado.** Houve, em verdade, uma desistência do processo por parte da autora, com a qual anuiu o Distrito Federal, já que havia um reconhecimento administrativo anterior do pedido e eventual manutenção do processo acarretaria, possivelmente, a procedência da ação e a condenação em honorários pelo Distrito Federal. Assim, as sentenças dos processos de nº **2009.01.1.029683-3, 2010.01.1.190665-2, 2011.01.1.052170-9** não fizeram coisa julgada material sobre o tema, já que os processos foram extintos sem julgamento de mérito. Assim, **a rigor as referidas sentenças não tem qualquer impacto direto sobre os autos de infração de nº 40.729/2012, 40.730/2012 e 40.731/2012 e seus processos administrativos contenciosos.**

[...]”

No caso em análise, para extinção do crédito tributário seria necessário a declaração prévia pela autoridade competente, o que não ocorreu na hipótese. Nesse sentido, o art. 59 c/c art. 60 do Decreto nº 33.269/2001 dispõe que a competência para extinguir o crédito tributário é do titular da unidade responsável por sua constituição, *verbis*:

“Art. 59. O juízo de admissibilidade da impugnação contra o lançamento competirá ao titular da unidade responsável pela constituição do crédito tributário.

Art. 60. A autoridade competente a que se refere o art. 59 declarará a extinção total ou parcial do crédito tributário em virtude do cumprimento de sua exigência e, quanto ao juízo de admissibilidade, limitar-se-á à verificação dos requisitos constantes do art. 53, caput e §§ 2º e 5º.”

No mesmo sentido, menciona-se o Acórdão nº 27/2016 deste Egrégio TARF, que decidiu que a competência para extinguir o crédito tributário é do titular da unidade responsável por sua constituição e não do TARF ou qualquer de suas Câmaras. Veja-se:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO. Merecem ser conhecidos os embargos quando em sua fundamentação estão presentes os requisitos exigidos para sua oposição. OMISSÃO. SUPERVENIÊNCIA DE CAUSA DE PREJUDICIALIDADE DO JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO. MATÉRIA IMPUGNADA. LEI N.º 4.567/2011. A alegada omissão de que a Câmara não considerou a superveniência de causa de prejudicialidade do julgamento, consubstanciada no TARE n.º 14/2014 – SUREC, não ocorreu, tanto porque o TARE é alheio ao objeto do julgamento cameral e os embargos destinam-se a corrigir omissão existente internamente na decisão quanto porque o julgamento ateu-se à matéria impugnada, nos termos exigidos pela legislação – art. 43 da Lei n.º 4.567/2011. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECONHECIMENTO DE EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TARF. INCOMPETÊNCIA. DEC. N.º 33.269/2011. **Para o reconhecimento de extinção de crédito tributário, é necessário que, anteriormente, ele seja declarado extinto pela autoridade competente, o que não ocorreu na hipótese dos autos. De acordo com o art. 60 c/c art. 59 do Dec. n.º 33.269/2011, a competência para extinguir o crédito tributário é do titular da unidade responsável por sua constituição e não do TARF ou qualquer de suas Câmaras.** TARE. N.º 14/2014 – SUREC. NÃO APLICAÇÃO. CTN. OBSERVÂNCIA. O TARE em referência se reporta a ações declaratórias específicas com acordantes (CNPJ) distintos da embargante, motivo porque sequer a ela pode ser aplicado. Além disso, a exigência fiscal objeto do julgamento cameral está corretamente fundamentada na legislação de regência, aplicável à data da ocorrência dos fatos gerados em estrita observância ao art. 144 do Código Tributário Nacional (CTN). Embargos conhecidos e desprovidos.

DECISÃO : DECISÃO: Acorda a 1.ª Câmara do TARF, à maioria de votos, conhecer dos embargos para, à unanimidade, negar-lhes provimento, nos termos do voto da Cons. Relatora. Foi voto vencido, quanto à preliminar de não conhecimento dos embargos, o do Cons. Adalberto de Barros, que a suscitou. Sala das Sessões, Brasília-DF, 25 de fevereiro de 2016. PUBLICADO NO DODF Nº 52, 17/03/2016.”

Irreparável, portanto, o auto de infração lançado.

III – DA CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina a Representação Fazendária pelo **conhecimento e provimento do reexame necessário**.

Brasília, DF, 30 de março de 2020.

Edvaldo Nilo de Almeida
Procurador do Distrito Federal na Categoria II
Matrícula 179.115-X