

Causas Municipalistas

no Supremo
Tribunal
Federal



Causas Municipalistas

no Supremo
Tribunal
Federal



2016 Confederação Nacional de Municípios – CNM.



Esta obra é disponibilizada nos termos da Licença Creative Commons: Atribuição – Uso não comercial – Compartilhamento pela mesma licença 4.0 Internacional. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte. A reprodução não autorizada para fins comerciais constitui violação dos direitos autorais, conforme Lei 9.610/1998.

As publicações da Confederação Nacional de Municípios – CNM podem ser acessadas, na íntegra, na biblioteca *online* do Portal CNM: www.cnm.org.br.

Autores

Cecille Pallarés
Paulo Caliendo
Thaiane Cristovam
Wesley Rocha

Coordenador Editorial

Paulo Caliendo

Supervisão Editorial

Thaiane Cristovam

Diretoria-Executiva

Gustavo de Lima Cezário

Revisão de textos

Keila Mariana de A. Oliveira

Diagramação

Themaz Comunicação

Ficha catalográfica:

Confederação Nacional de Municípios – CNM
Municípios. Amicus Curiae. Causas Municipalistas. STF. – Brasília: CNM, 2016.
112 páginas.
ISBN 978-85-8418-045-5
I. Título



SCRS 505, Bloco C, Lote 1 – 3º andar – Asa Sul – Brasília/DF – CEP 70350-530
Tel.: (61) 2101-6000 – Fax: (61) 2101-6008
E-mail: atendimento@cnm.org.br – Website: www.cnm.org.br

Carta do Presidente



Nesta coletânea, reunimos algumas das principais causas de interesses municipalistas que tramitam perante a Suprema Corte do país.

O objetivo é precisamente apresentar, em um formato diferenciado, a visão defendida pelos Entes municipais e os impactos diretos das decisões do Supremo Tribunal Federal nos pleitos dos Municípios e na administração pública subnacional. Nesse sentido, cada acórdão da Egrégia Corte diretamente na forma através da qual o prefeito deverá gerir o Município.

Normalmente, a Confederação Nacional de Municípios, que atua como terceira parte interessada nessas ações, a chamada *amicus curiae*, contribui e muito nas demandas, proporcionando a visão dos Municípios nessas demandas, a fim de evitar desfechos desfavoráveis não só aos Municípios, mas à sociedade como um todo.

Isso porque é no Poder Judiciário que muitos contribuintes, em causas tributárias, tentam suprimir conquistas importantes dos Municípios, cujo sucesso se deu perante a atuação ante o Congresso Nacional, por meio de apresentação de teses tributárias no intuito de questionar ou evitar o pagamento do tributo devido ao Ente público, ocasionando grandes perdas à Fazenda Municipal.

Nas demandas que não envolvem interesses eminentemente tributários, da mesma forma, o Município, representado na figura da CNM através da *amicus curiae*, está sempre na busca incessante da realização da autonomia federativa conquistada com a Constituição Federal de 1988.

Com isso, o reconhecimento do Município como Ente autônomo e federativo é luta incansável que transcende dos Poderes Legislativo e Executivo e envolve de maneira ímpar o Poder Judiciário, alcançando principalmente a interpretação da Constituição em favor de uma sociedade mais autônoma, livre, justa e solidária.

Boas ideias e boa leitura!

Paulo Ziulkoski

Presidente da CNM

Apresentação

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) traz o presente livro com temas dedicados exclusivamente à análise das grandes causas que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal e cujos temas se relacionam diretamente com os interesses municipais.

Nesta obra, pretende-se colocar em evidência as principais teses e os argumentos a favor e contra a posição defendida pelos Municípios, de forma a dar enfoque e colocar em discussão os casos selecionados.

Objetiva-se, desta forma, repisar a relevância de o Município estar atento às grandes decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, dada a direta influência destas na administração e nas gestão locais.

É no escopo de informar e orientar que entregamos aos municipalistas brasileiros o presente livro.

Sumário

1. Introdução	11
2. O <i>Amicus Curiae</i> no processo constitucional	13
3. <i>Royalties</i> do Petróleo (ADI 4916, ADI 4917, ADI 4918 e ADI 4919)	27
3.1 Da matéria	27
3.2 Controvérsia jurídica	33
3.3 Posição dos Municípios: a favor da distribuição proporcional dos recursos	39
3.4 Considerações finais	40
4. Serviços Gráficos (ADI 4.389 e ADI 4.413)	41
4.1 Da matéria	41
4.2 Controvérsia jurídica	43
4.3 ADI 4.389	43
4.4 ADI 4.413	47
4.5 Posição dos Municípios: a favor da constitucionalidade.....	51
5. Protesto de Certidão de Dívida Ativa (ADI 5.1356)	52
5.1 Da matéria	52
5.2 Dos argumentos lançados	53
5.3 Controvérsia jurídica	56
5.4 Precedentes jurisprudenciais	57
5.5 Posição dos Municípios: a favor da constitucionalidade do protesto ..	60
5.6 Considerações finais	63

6. Associações Representativas de Municípios (ARE916334)	64
6.1 Da matéria.....	64
6.2 Controvérsia jurídica	65
6.3 Dos argumentos lançados	66
6.4 Autonomia municipal.....	68
6.5 Da desnecessidade de procedimento licitatório para o ato de associação	71
6.6 Posição dos Municípios: pela autonomia administrativa municipal	76
6.7 Considerações finais.....	76
7. Fundo de Participação dos Municípios (RE 705.423).....	77
7.1 Descrição do caso	77
7.2 Histórico do FPM.....	78
7.3 Controvérsia jurídica	80
7.4 Posição dos Municípios	87
8. Precatórios (ADI 4.558)	88
8.1 Da matéria	88
8.2 Dos argumentos lançados	90
8.3 Controvérsia jurídica	92
8.4 Posição dos Municípios: pela inconstitucionalidade	94
8.5 Considerações finais.....	94
9. Serviços Postais (RE 667.958)	95
9.1 Descrição do caso	95
9.2 Controvérsia jurídica	96
9.3 Precedentes	101
9.4 Posição dos Municípios: pelo não reconhecimento do monopólio no presente caso	106
10. Bibliografia	108

1. Introdução

O presente livro terá por objetivo realizar uma breve exposição das grandes causas municipalistas hoje em discussão perante o Supremo Tribunal Federal.

Com o intuito de melhor aventar os interesses e os direitos em questão perante os ministros do Supremo Tribunal Federal, foram selecionados sete temas, com base naqueles que ostentam especial relevância perante os interesses defendidos tanto pelos Municípios quanto pela CNM.

São eles as questões relativas à distribuição dos *royalties* do petróleo, à incidência de Imposto sobre Serviços (ISS) ou de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre serviços gráficos, à questão da legalidade ou não do protesto das Certidões de Dívida Ativa, à legalidade dos repasses de valores pelos Municípios a entidades associativas que buscam sua representação, à discussão sobre as desonerações do Fundo de Participação dos Municípios, ao regime de pagamento dos precatórios e, por fim, à possibilidade de os Municípios e os demais Entes federativos entregarem diretamente seus boletos de cobrança, em detrimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT).

Neste livro, será realizada, inicialmente, uma pequena introdução acerca do *amicus curiae* no ordenamento jurídico estrangeiro e brasileiro, bem como o tratamento dado ao instrumento processual pelo Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. A partir disso serão apresentados os casos selecionados, fazendo-se um apanhado geral da matéria tratada no processo para, assim, serem explorados os interesses dos Municípios; isto é, será feito um apanha-

do geral do caso apresentado para, em um segundo momento, ser explorada a questão dos interesses municipais na causa em contenda.

Dessa forma, o projeto de livro a ser realizado consubstancia uma atitude, por parte da CNM, de colocar em evidência, no Supremo Tribunal Federal, a premência e a relevância dos casos explorados em razão, em especial, da influência direta que eventual decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal poderá causar na administração municipal.

2. O *Amicus Curiae* no processo constitucional

Thaiane Cristovam*

A figura do *amicus curiae* é, inquestionavelmente, no panorama jurídico contemporâneo brasileiro, de grande relevância no processo constitucional, porquanto o Supremo Tribunal Federal vem, cada vez mais, admitindo seu ingresso como interveniente, tanto em sede controle de constitucionalidade abstrato como em sede de controle de constitucionalidade concreto. Nesse sentido, pertinente faz-se a apresentação do histórico da figura, tanto em um panorama doméstico como em um panorama mundial.

A intervenção do *amicus curiae* é originalmente atribuída à de um terceiro observador da lide que nela intervinha fazendo apontamentos e sugestões à Corte, relativamente a matérias tanto de fato como de direito que tivesse conhecimento.¹ As raízes romanas do instituto, portanto, o colocavam antes como um amigo da corte, porquanto a característica principal de sua intervenção era trazer matérias de relevância perante o julgador, atuando, desta forma, na neutralidade.²

O histórico inglês do terceiro revela que a figura tornou-se relevante perante os tribunais na medida em que necessário fez-se que conhecimentos estranhos àqueles do juízo fossem levados ao seu conhecimento para uma melhor solução da controvérsia. Desta forma, “o passado da

* Thaiane Cristovam é graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É mestrande em direito público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 ANGELL, Ernest. The *Amicus Curiae*: American Development of English Institutions. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, p. 1.017-1.044, 1967, p. 1.017.

2 MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39.

figura revela, com clareza, o ânimo de neutralidade que inspirou o instituto e seu intuito de, agindo no processo, aproximar o juiz dos fatos relevantes para julgamento, independentemente da iniciativa das partes”.³

No direito inglês, o *amicus curiae* comparecia perante os tribunais em casos cujos interesses em contenda não eram públicos ou governamentais, de forma que o conselheiro “tinha como função apontar e sistematizar, atualizando, eventuais precedentes (*cases*) e leis (*statutes*) que supunham, por qualquer razão, desconhecidas para os juízes”,⁴ isto é, seu papel era o de auxiliar a corte. O sistema do *common law*, em geral, facilitou o aparecimento cada vez mais proeminente do *amicus curiae* no processo judicial, porquanto neste sistema as partes têm maior liberalidade na sua condução em razão do *adversarial system*.

Salienta Samuel Krislov que no sistema do *common law* o *amicus curiae* tinha a função de trazer perante a corte precedentes desconhecidos pelo Magistrado. Cita-se como exemplo o caso *The Protector v. Geering* de 1656, no qual o Lorde George Treby, membro do parlamento inglês, relatou à corte que esteve presente quando das tratativas de aprovação da Lei que estava sendo contestada, de forma que objetivou o ingresso como *amicus curiae* para informar o escopo do Parlamento quando da aprovação da Lei.

Assinala Krislov que o *amicus curiae* não necessitava ser advogado, porquanto a atitude em geral dos tribunais era a de aceitar tais intervenções porquanto seu papel era de “honrar a justiça e de evitar o erro”.⁵ O pesquisador Ernest Angell, estudioso da matéria, sublinha que foi somente a partir do Século XVIII que o *amicus* assumiu papel de procurador perante os tribunais ingleses.

3 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

4 *Idem*, p. 114

5 KRISLOV, Samuel. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, p. 694-721, 1963, p. 695.

As Cortes ingleses, desta forma, não desenvolveram padrões definidos no que concerne à autorização para ingresso como *amicus curiae*, de forma que a questão tornou-se mais de análise de casos fáticos que efetivamente de direito de intervenção do terceiro, isto é, dando muito espaço para a discricionariedade do juiz no momento de decidir se autoriza ou não o ingresso como *amicus*. Desta forma, ao não estabelecer regras precisas e consistentes sobre a intervenção do *amicus curiae*, os tribunais ingleses fizeram dele um instrumento altamente adaptável, de forma que o utilizavam para lidar com uma série de inconvenientes que avinham dos processos⁶.

Nos Estados Unidos da América, por outro lado, a doutrina cita com veemente frequência o caso *Green v. Biddle* como sendo um dos pioneiros no surgimento do *amicus curiae* perante os Tribunais norte-americanos. No julgado, que data do ano de 1823, foi possível observar o aparecimento de Henry Clay – Senador da Carolina do Sul – como amigo da corte, e, até mesmo, a autorização para que ele apresentasse oralmente seus argumentos perante a Corte⁷. A partir disso, aponta Ernest Angell, tornou-se comum o aparecimento de *amicus curiae* nas class actions norte-americanas, de forma que por volta de 1930 as “organizações privadas estavam aparecendo nesta posição, não mais essencialmente em uma relação profissional com a corte, mas abertamente como advogados que atuavam em nome de grupos ou classes que desejavam apoiar uma parte na lide”.⁸

Segundo o colocado por Cassio Scarpinella Bueno, ante a crescente onda de requerimentos de ingresso como *amicus curiae* perante a

6 KRISLOV, Samuel. Op. cit., p. 696.

7 *Green v. Biddle*, 21 U.S. 8 Wheat. 1 1 (1823).

8 No original: “[...] private organizations were appearing in this posture, no longer in an essentially professional relation to the court but openly ad advocates on behalf of some group or call struggle desiring to support the contentions of a party to the litigation.” (ANGELL, Ernest. *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, p. 1017-1044, 1967, p. 1018.)

Suprema Corte norte-americana, esta regulou sua intervenção mediante a edição da Rule 27(9), no ano de 1938, determinando a exigência de que houvesse prévio consentimento das partes para ingresso como terceiro no processo⁹. Depreende-se, por conseguinte, a grande influência e a generalização dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* em litígios na Suprema Corte norte-americana.

Carlos Del Prá assinala que a evolução do sistema do *common law*, autorizando a participação de terceiros estranhos à lide, consubstancia uma característica democratizante do processo judicial, já que esta ultrapassou meramente os interesses privados das partes. Desta forma, está-se diante de uma conscientização generalizada em que o direito em contenda não mais é absolutamente individual, mas também abrange outros interesses que perpassam os das partes.¹⁰

Por assim dizer, foi a partir do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*) que o aparecimento do *amicus curiae* tomou maiores proporções, tornando-se objeto de interesse e pesquisa por parte dos observadores norte-americanos. Isso deu-se justamente em razão da prática jurídica do *common law* e de suas peculiaridades.¹¹

Samuel Krislov sublinha que o problema da representação de interesses de terceiros no sistema do *common law* norte-americano foi maximizado. Deve-se isto ao fato de o sistema federativo dos Estados Unidos da América ser altamente complexo, de forma que se dava margem ao potencial surgimento de conflitos entre os Estados e o Governo Federal, bem como a existência de embates privados onde os interes-

9 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

10 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 22.

11 BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

ses públicos estavam mal-representados¹². No mesmo sentido, o sistema no *common law* vigora o princípio do *trial by duel*, isto é, em que as partes contrárias em um processo poderão litigar da melhor forma que lhes aprouver.¹³

Neste contexto, houve a percepção, por parte da Suprema Corte dos Estados Unidos, da necessidade de representatividade por parte de terceiros, tendo em vista que os interesses perante ela em contenda perpassariam a senda individual entre as partes. Desta forma, no julgado *Krippendorf v. Hyde*,¹⁴ a Suprema Corte autorizou a participação de terceiros estranhos à lide mediante a apresentação de memoriais sob o fundamento de que a corte teria uma atribuição inerente à sua jurisdição no controle dos processos judiciais.

No que concerne à intervenção em litígios que envolvem interesses privados, inicialmente esteve o *amicus curiae* em posição essencialmente neutra em relação às cortes, de forma que as organizações que peticionavam requerendo ingresso não eram tidas como *amici* propriamente ditas, mas sim o advogado que as representava.¹⁵ Contudo, ao longo do século XX esta percepção sofreu substancial alteração.

Sobre a mudança de perspectiva acerca da figura do *amicus curiae*, afirma Samuel Krislov que:

A atribuição de um memorial a uma organização desmente o suposto papel de advogado do *amicus*, mas, realisticamente, adota e ratifica a transformação do padrão real de comportamento e sua consequente nova função. O *amicus*

12 KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. The Yale Law Journal, v. 72, n. 4, p. 694-721, 1963, p. 697.

13 MEDINA, Damares. Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54

14 *Krippendorf v. Hyde*, 110 U.S. 276 (1884).

15 KRISLOV, Samuel. The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy. The Yale Law Journal, v. 72, n. 4, p. 694-721, 1963, p. 703.

não mais é neutro, personificação amórfica da justiça, mas um participante ativo na dos interesses de grupo.¹⁶

Desta forma, houve um salto na posição assumida pelo *amicus curiae* no processo judicial norte-americano. Deixou ele de instaurar uma amizade neutra com a corte, passando a assumir o lugar de terceiro interessado no deslinde da causa, para um lado ou para outro, defendendo os interesses de determinados grupos.

Neste contexto, entende a doutrina norte-americana, em que a figura do *amicus curiae* é interessada no deslinde da causa. Afirma Cassio Scarpinella Bueno que não se trata de um interesse jurídico, tal como aquele que ensejaria uma intervenção de terceiros no direito brasileiro, mas sim um interesse que perpassa a esfera jurídica de direitos subjetivos das partes.¹⁷

Apontam Joseph D. Kearney e Thomas W. Merrill que ao longo do século XX o número de requerimentos de ingresso como *amicus curiae* perante a Suprema Corte norte-americana mais do que dobrou. Afirmam que o percentual chegou ao relevante número de 85% de intervenções na figura do *amicus curiae* nos casos arguidos perante a Suprema Corte.¹⁸

Ante o exponencial crescimento dos requerimentos de ingresso como *amicus curiae* perante a Suprema Corte, esta viu-se compelida a regulamentar a matéria, editado a Regra número 37 de 1997, que prevê alguns requisitos para o deferimento dos pedidos. Nesse sentido, o ponto 1 da Regra 37 assenta que a petição apresentada por um *amicus curiae* deve carrear informações relevantes não antes trazidas à inteli-

16 No original: "The attribution of a brief to an organization belies the supposedly lawyer-like role of the amicus, but realistically embraces and ratifies the transformation of the actual pattern of behavior and its new function. The amicus is no longer a neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle". (KRISLOV, Samuel. Op. cit. p. 703).

17 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

18 KEARNEY, Joseph; MERRILL, Thomas. *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*. University of Pennsylvania Law Review, v. 148, p. 743-855, 2000, p. 744.

gência da corte, afirmando, inclusive, que aquela petição que não serve a estes propósitos sobrecarrega a corte, de forma que o seu protocolo não é por ela abonado.

Entretanto, ainda que a Suprema Corte tenha regulamentado alguns pontos sobre os deferimentos dos ingressos, não há regras claras e precisas que determinem quais são os interesses que podem, perante ela, ser defendidos através do memorial do *amicus curiae*. Aponta Cassio Scarpinella Bueno que, ao contrário, as normas existentes assentam que a “sua admissão dá-se muito mais por razões pragmáticas e que levam em conta, em cada caso, a efetiva utilidade que pode derivar da sua intervenção e da sua atuação”.¹⁹

O caso brasileiro, diferentemente do norte-americano, tem o aparecimento da figura do *amicus curiae* somente em sua história recente, o que não ocorre nos Estados Unidos, dado seu histórico de mais de 200 anos de revisão judicial e estabilidade democrática. Isso porque esse aparecimento só foi facultado após a reabertura democrática do país, isto é, somente após a Constituição de 1988²⁰ foi possível observar o aparecimento do terceiro denominado *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade brasileiro.

Não havia no ordenamento jurídico brasileiro, até a edição do Novo Código de Processo Civil, norma jurídica específica que tratasse da figura do *amicus curiae*. Neste contexto, afirma Cassio Scarpinella Bueno que o grande diferencial entre o *amicus curiae* e as modalidades de intervenção de terceiros previstas no antigo Código de Processo Civil é essencialmente que para estes últimos há a necessidade da existên-

19 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

20 Necessário inferir-se que a doutrina classifica a participação de três entidades no processo judicial como modalidade diferenciada de *amicus curiae*, uma delas com aparecimento anterior à Carta Constitucional de 1988; são elas a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (Inpi), cujas intervenções estão, respectivamente, regulamentadas pela Lei 6.385/1976 (CVM); 12.529/2011 (Cade); e Lei 9.279/1996 (Inpi).

cia de um interesse jurídico. Sublinha o autor que esta não é a única diferença entre o *amicus curiae* e a intervenção de terceiros, entretanto, põe-se como a mais essencial.²¹

Com o advento da Lei 9.868/1999, que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, ficou determinado nos arts. 7º e 18 a vedação à intervenção de terceiros nas ações regulamentadas pela Lei. Entretanto, ficou estabelecido no § 2º do art. 7º a possibilidade de o relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

É em relação a este parágrafo do art. 7º que a doutrina e jurisprudência brasileiras têm vinculado a figura do *amicus curiae*. Entretanto, entende-se que já antes da edição do diploma legal o *amicus curiae* já teria aparecido perante o Supremo Tribunal Federal.

Antes da edição da lei, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos uma vez, já havia admitido a apresentação de memoriais pelo que acabou sendo identificado pelo nome de *amicus curiae*, como se verifica do julgamento do Agravo Regimental na ADI 748-4, relatada pelo Ministro Celso de Mello.²²

Neste julgado, a Comissão de Constituição e Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi autorizada a juntar ao auto memorial expositivo que o relator do processo qualificou a atuação da CCJRGs como “colaborador informal da corte”. Assim ficou ementado o julgado:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE

21 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

22 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. Cit.*, p. 148.

– ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. – O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. – Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504). (ADI 748 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 18-11-1994 PP-31392 EMENT VOL-01767-01 PP-00010).²³

De outra banda, sublinha Isabel da Cunha Bisch, que, desde a edição das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, que inseriam a possibilidade de intervenção, a figura do *amicus curiae* tomou outras proporções. Logo, com o advento do diploma legal, foi proporcionado aos diversos grupos de interesse a possibilidade de intervenção, perante o Tribunal Constitucional brasileiro, no controle de constitucionalidade.

Afirma a autora que “nesta esteira, a adoção do *amicus curiae* seria modo não só de democratizar a esfera da jurisdição constitucional, mas – especialmente – modo de auxiliar os tribunais a aferirem prognoses e fatos legislativos”.²⁴ Isto é, mediante a inserção legislativa de dispositivo

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI-AgR 748/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.
24 BISCH, Isabel da Cunha. O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

que autoriza o ingresso de terceiros na jurisdição constitucional – ainda que não expressamente como *amicus curiae* – é de inferir-se que o ordenamento jurídico pátrio tem como quadro normativo a pluralização dos debates constitucionais.

Reafirma isto, na mesma esteira, a possibilidade prevista nos arts. 9º e 6º das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, respectivamente, de o relator convocar audiências públicas para que sejam ouvidas declarações de *experts* nas matérias em contenda. Desta forma, depreende-se que o intuito do legislador foi o de efetivamente proporcionar via de comunicação entre a sociedade civil e o Supremo Tribunal Federal.

Isto posto, uma das formas de que a sociedade civil dispõe para ingressar no processo de controle abstrato de constitucionalidade é através da figura do *amicus curiae*. Para isso, entretanto, é necessária a combinação de dois fatores: a relevância da matéria e a representatividades dos postulantes²⁵.

Neste ponto o Supremo Tribunal Federal vem aceitando amplamente os pedidos de ingresso como *amicus curiae*. Damares Medina realizou estudo acerca da questão quando identificou 469 processos nos quais houve requerimento de ingresso como *amicus curiae*. Constatou ela que, na totalidade dos casos analisados, foram identificados um total de 1.440 pedidos de intervenção, dentre os quais 1.235, isto é, 85,8%, foram juntados aos autos; e 205, isto é, 14,2%, foram devolvidos.²⁶ Desta forma, demonstra o estudo realizado pela autora a postura de ampla receptibilidade por parte do Supremo Tribunal Federal de deferimento dos pedidos de ingresso como *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade.

25 Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.
26 MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115

Sublinha a autora, outrossim, que dentre os principais motivos para o indeferimento do pedido de intervenção estão a ausência de representatividade da entidade que faz o requerimento; a superposição (mais de uma pessoa jurídica de um Ente público ou categoria requerem o ingresso no mesmo processo); ausência de informações relevantes ou apenas reiterações das razões já expostas por uma das partes; e pedido após o término da fase de instrução.²⁷ Isto é, via de regra, os Ministros são consistentes no uso de seu poder discricionário no (in)deferimento dos pedidos de intervenção.

A política de portas abertas favorecida pelo Supremo Tribunal Federal consolidou-se no julgamento da ADI-MC 2.223 do Distrito Federal²⁸, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa. No julgado ficou assentado o direito dos *amici curiae* sustentarem suas razões oralmente perante o plenário do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, assinala Isabel da Cunha Bisch que “a modificação do entendimento do STF restou consagrada no Regimento Interno do Tribunal, com a Emenda Regimental 15, de 30 de março de 2004”.²⁹

Pode-se dizer, desta forma, que a ampla utilização do *amicus curiae* vem sendo, até mesmo, estimulada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem uma política de portas abertas ao ingresso dos terceiros nos processos de controle de constitucionalidade. Infere-se, igualmente, que vem utilizando-se do instrumento aquelas pessoas que não integram o rol de legitimados para proposição das ações de controle de constitucionalidade abstrato de forma que a intervenção possibilita a democratização do processo decisório na Corte Constitucional.

27 MEDINA, Damares. Op. cit., p. 86.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 2223/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ de 05.12.3002.

29 BISCH, Isabel da Cunha. O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112.

Desta feita, o *amicus curiae* é figura de proeminência indiscutível no ordenamento jurídico brasileiro. Sua atuação importa na democratização do processo constitucional que tramita perante o Supremo Tribunal Federal.

Isso porque ainda que ele objetive o êxito de um dos lados da lide, o fato de um grupo de interesse ser admitido para intervir em um processo constitucional no qual não tem legitimidade para ser parte consubstancia o princípio do acesso à justiça previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Finalmente, pertinente mencionar a regulamentação do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. O novo diploma processual, diferentemente do que por ele foi revogado, regulamenta o *amicus curiae*, e não o faz somente perante os tribunais Superiores, como também perante a primeira instância de julgamento, inserindo, desta forma, nova possibilidade de participação do terceiro.

A matéria é regulamentada pelo art. 138 do novo diploma. Veja-se:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Desta feita, a partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, será permitida a intervenção da figura já no julgamento de primeiro grau, na medida em que o texto legal utilizou-se da expressão “juiz” para determinar aquele que pode decidir sobre a possibilidade ou não da intervenção. Contudo, o novo diploma processual civil não confere ao *amicus* interesse recursal, salvaguardando duas hipóteses: os Embargos de Declaração e quando do incidente que decide demandas repetitivas. Outra novidade introduzida pelo Código de Processo Civil é a possibilidade de o próprio Magistrado requisitar a intervenção, bem como sua discricionariedade na decisão dos poderes conferidos ao *amicus curiae*.

Desta forma, a regulamentação do *amicus curiae* no Código de Processo Civil demonstra a magnitude e a proporção que a figura assumiu perante o ordenamento jurídico brasileiro. Por assim dizer, acredita-se que isto seja devido ao fato de que o *amicus curiae* não somente consubstancia o amplo acesso à justiça, direito fundamental conferido pela Constituição de 1988, como também auxilia o juízo na melhor solução possível da controvérsia posta.

O *amicus curiae*, no contexto constitucional brasileiro, representa um dos únicos instrumentos que os Municípios possuem, através de sua entidade representativa, a Confederação Nacional de Municípios, para poder ingressar perante o Supremo Tribunal Federal em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ter criado uma relação de igualdade no esquema federativo entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, os Entes municipais, diferentemente da União e dos Estados, não possuem entidades representativas de seus interesses em nível federal, de forma que a Confederação Nacional de Municípios

faz-se de relevância ímpar na defesa dos interesses das municipalidades através da utilização dos memoriais do *amicus curiae* perante o Supremo Tribunal Federal. É neste ponto que é demonstrada a magnitude da figura do *amicus curiae*.

Tanto a representação pela CNM como a utilização do *amicus curiae* são auxiliares na tarefa de efetivamente concretizar os objetivos do pacto federativo, na medida em que são auxiliares na equalização do equilíbrio entre os Entes federativos. E não só isso, como também desempenham função altamente relevante na concretização do efetivo acesso à justiça, na medida em que a municipalidade não está legitimada pelo texto constitucional a ingressar com ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O *amicus curiae* e a CNM, assim, são os únicos mecanismos que possuem o Município brasileiro para ver-se representado na mais alta e relevante corte brasileira.

A Constituição Federal, ao elevar o Município a membro da Federação não somente estabeleceu *in abstracto* um ideal jeffersoniano de representação das comunidades locais, mas instituiu uma relação de igualdade entre a União, os Estados, o Distrito Federal e o Municípios. A CNM e o *amicus curiae*, neste contexto, são auxiliares na concretização dos objetivos estabelecidos pela Carta Constitucional de 1988.

3. *Royalties* do Petróleo (ADI 4916, ADI 4917, ADI 4918 e ADI 4919)

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Dr. Paulo Caliendo*

3.1 Da matéria

Os *royalties* são uma das formas mais antigas de pagamento de direitos. A palavra *royalty* vem do inglês “royal”, que significa “da realeza” ou “relativo ao rei”. Originalmente, era o direito que o rei tinha de receber pagamentos pelo uso de minerais em suas terras.

No caso brasileiro, os *royalties* do petróleo são uma compensação financeira devida ao Estado pelas empresas que exploram e produzem petróleo e gás natural. É uma remuneração à sociedade (ao Estado) pela exploração desses recursos, que são escassos e não renováveis.

Os *royalties* do petróleo foram instituídos pela Lei 20.004, de 1953, que criou a Petrobras. No início, esses *royalties* correspondiam a uma alíquota de 5% sobre o valor do petróleo extraído em terra. Não havia petróleo em mar. Nessa fase inicial, os *royalties* eram transferidos para os Estados, que deviam repassar 20% para os Municípios.

Em 1969, quando se descobriu petróleo em mar, o governo fe-

* Paulo Caliendo é graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado.

deral passou a se apropriar sozinho dos *royalties* referentes à extração em plataforma. Assim, os *royalties* de terra ficavam com os Estados e os Municípios, e os de mar, somente com a União.

Essa situação se prolongou até o final de 1985, quando a Lei 7.453 criou uma regra de repartição dos *royalties* de mar com Estados e Municípios. Da alíquota de 5%, apenas 1% permaneceu com o governo federal, 3% foram destinados a Estados e Municípios confrontantes aos poços de petróleo e 1% foi destinado pela primeira vez para todos os Municípios e Estados do País, via Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e Fundo de Participação dos Estados (FPE). Este era o chamado Fundo Especial: 80% para o FPM e 20% para o FPE.

Em 1989, a Lei 7.990 reduziu a fatia do Fundo Especial pela metade, para 0,5% (ou 10% dos *royalties* de mar), remanejando os 0,5% que sobraram para os Municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural.

Nesse momento, essas mudanças não chamavam muito a atenção, porque o valor dos *royalties* era insignificante. Em 1997, entretanto, para conseguir apoio para a quebra do monopólio da Petrobras, o governo aprovou a Lei 9.478, chamada Lei do Petróleo, que ampliou a alíquota dos *royalties* de 5% para até 10% e criou uma participação especial equivalente a até 40% do lucro líquido das concessionárias.

Já em 2007, com a descoberta de reservas gigantescas de petróleo na área do Pré-Sal, aliado ao forte aumento do preço do combustível – fato, aliás, que persiste nos últimos anos – tornaram premente a necessidade de se debater a distribuição dos *royalties* e da participação especial no contexto da Federação.

As regras atuais, estabelecidas na Lei 9.478, de 1997, dão aos Estados e aos Municípios confrontantes cerca de 60% dos *royalties* e 50% da participação especial. À União cabe 30% dos *royalties* e os outros 50% da participação especial. Para todos os demais Estados e Municí-

pios são destinados menos de 10% dos *royalties*, e nada da participação especial. Trata-se de uma distribuição claramente injusta.

A perpetuação do quadro atual torna-se ainda mais grave diante de dois fatos. O primeiro é que a maior parte da produção tende a ocorrer a dezenas, ou mesmo centenas de quilômetros da costa. Torna-se, assim, cada vez mais tênue a relação entre a produção e o impacto sobre o Município ou o Estado confrontante. Em segundo lugar, o volume de recursos envolvidos é grande e crescente, em 2014 chegou a R\$ 18,5 bilhões, segundo o anuário estatístico da Agência Nacional do Petróleo (ANP) divulgada em março de 2015. A ANP também informa que no final desta década apenas os campos atuais estarão gerando *royalties* e participação especial próximos a R\$ 70 bilhões ao ano.

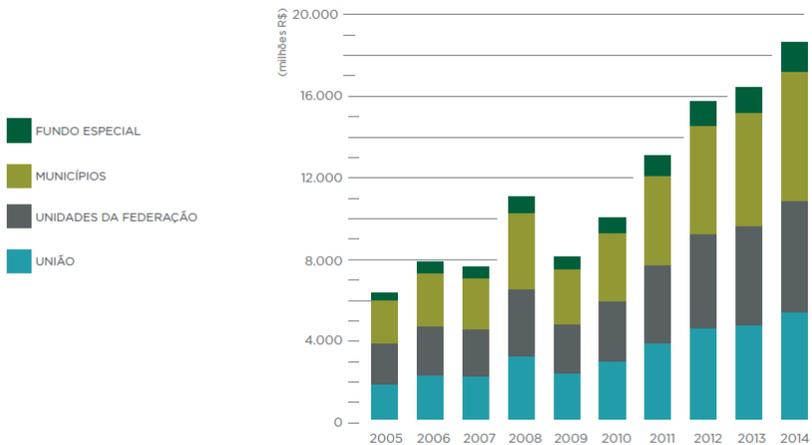
A sociedade brasileira, por seus representantes legítimos (Congresso Nacional), já demonstrou que não aceita tamanha injustiça, em que Estados e Municípios ditos “produtores” junto com a União concentram cerca de 97% dos recursos distribuídos, enquanto todos os demais Entes da Federação ficam com meros 3%.

Dentre os Entes federados, apenas dois governos estaduais, ES e RJ, e 30 Municípios concentram 83% dos recursos. Como apontado pela ANP, até 2022 será distribuído dos contratos já realizados até agora mais de R\$ 0,5 trilhão de reais. Isso significa que sem a vigência e eficácia plena da Lei 12.734/2012, apenas os Entes confrontantes receberão R\$ 306 bilhões, enquanto que todo o restante do País receberá apenas R\$ 24,5 bilhões. No mesmo comparativo até 2022, a Lei 12.734/2012 que passamos a discorrer agora, muito mais equilibrada, na prática continua distribuindo fatia maior para Entes confrontantes, cujos poucos beneficiados receberão R\$ 154,4 bilhões, enquanto que a fatia de todos os demais Entes será de R\$ 216,7 bilhões. A participação dos Entes subnacionais aumenta em detrimento da União, que reduz de 40% do total dos recursos para 33% com a nova Lei.

No gráfico abaixo podemos ver o grau de concentração de recursos na esfera municipal promovido pela regra anterior à nova Lei em discussão.

Vemos que na regra atual apenas os 0,36% dos Municípios que mais recebem concentram 60% das receitas distribuídas. Na nova regra estabelecida pela Lei 12.734/2012, linha superior do gráfico abaixo, continua ocorrendo grande concentração em favor de Municípios confrontantes, mas num grau menor, evidenciado pela curva mais suave. Nessa regra, 10% dos Municípios que mais recebem concentram 60% do recurso. Na regra anterior, esse percentual era de 0,34% dos Municípios.

GRÁFICO 2.9. EVOLUÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES SOBRE A PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E DE GÁS NATURAL, SEGUNDO BENEFICIÁRIOS - 2005-2014



FONTE: ANP/SPG (Tabela 217).

NOTAS: 1. Reais em valores correntes.

2. A partir de 2007, o valor dos royalties distribuídos para os municípios inclui os depósitos efetuados em função de decisão judicial.

Os valores distribuídos à dezena de Municípios que mais receberam recursos em 2012. Neste ano, apenas 11 Municípios foram beneficiados com 50% dos recursos distribuídos para todos os demais Entes locais de *royalties* e PE. O Município de Campos dos Goytacazes/RJ, por exemplo, no ano de 2011, que recebeu sozinho 45% da fatia mu-

nicipal, teve uma arrecadação em 2011 de R\$ 719,9 milhões, ou seja, valor equivalente a 4,5% do valor total da arrecadação.

Os dados acima revelam uma odiosa concentração da riqueza nacional que não passou despercebida da sociedade brasileira, que prontamente exigiu de seus representantes (Congresso Nacional) a construção de uma saída para esse quadro iníquo.

Verifica-se assim que a mudança nos percentuais de distribuição de *royalties* e participação especial atende a essa nova realidade da exploração de petróleo no nosso País além de acabar com privilégios odiosos que não encontram guarida em nossa Carta Federal.

O grau de indignação com as regras estabelecidas na Lei 9.478, de 1997, já levou as Casas do Legislativo no Congresso Nacional a aprovarem, por cinco vezes, novas regras de distribuição. A primeira foi a votação da chamada Emenda Ibsen, na Câmara dos Deputados, quando da aprovação do PL 5.938, de 2009, que veio para o Senado numerado como PLC 16, de 2010. A segunda vez foi no Senado Federal, quando, na votação do PLC 7, de 2010, foi aprovada a chamada Emenda Pedro Simon, que mantinha, em linhas gerais, o conteúdo da Emenda Ibsen: preservava-se a parcela da União e o restante seria dividido entre Estados e Municípios, segundo os critérios do FPE e FPM, respectivamente. A Emenda Pedro Simon estabelecia ainda que a União iria compensar os Entes produtores por perda de arrecadação. O PLC 7, de 2010, transformou-se na Lei 12.351, de dezembro de 2010, com o veto do Presidente Lula sobre a Emenda Pedro Simon.

As demais votações do Legislativo Federal por uma nova regra ocorreram na aprovação da Lei 12.734/2012 primeiramente no Senado, seguida por aprovação na íntegra na Câmara dos Deputados e finalmente na derrubada dos vetos pelo Congresso Nacional. Esta lei nasceu de um amplo acordo envolvendo representantes do governo federal, os presidentes da Câmara e do Senado, líderes partidários e representação da

sociedade civil. Este acordo foi construído para evitar a apreciação do veto que o ex-presidente Lula realizou a chamada Emenda Pedro Simon.

Trata-se de uma legislação que procurou resolver problemas do primeiro projeto aprovado e vetado em 2010, Emenda Simon, que erroneamente distribuía todo o recurso de forma igualitária, não estabelecendo o tratamento diferenciado que o art. 20 da Constituição garante aos Entes confrontantes.

Após ouvir todas as partes – União, produtores e não produtores –, e considerando a forte receptividade da Emenda Ibsen/Pedro Simon no Congresso Nacional, entendeu-se que a proposta deveria satisfazer os seguintes princípios:

i) necessidade de alterar as regras de distribuição das receitas de petróleo consideradas inadequadas devido ao desperdício fiscal gerado pela alta concentração dos recursos;

ii) as regras têm de ser alteradas para campos já licitados e em produção. Se as novas regras somente forem aplicadas para campos ainda a serem licitados, quase a totalidade dos recursos que serão distribuídos na próxima década continuaria com a concentração absurda estabelecida pela legislação atual, já que a receita de novos campos demorará esse tempo para gerar *royalties*. De acordo com o Plano Decenal de Energia (PDE) 2020, elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), do Ministério de Minas e Energia, até 2020, da produção prevista de 6 milhões de barris/dia, nada menos que 5,7 milhões de barris/dia serão provenientes de campos concedidos. O restante, em sua grande maioria, deve vir das áreas cedidas onerosamente para a Petrobras, nos termos da Lei 12.276, de 2010.

iii) Estados e Municípios produtores não podem sofrer quedas substanciais de receitas, de forma a comprometer sua saúde financeira. A partir desse princípio foi incorporada uma longa regra de transição para os novos padrões de distribuição. A nova Lei garante a compensação prevista na Constituição Federal aos Estados e Municípios con-

frontantes e afetados, ao estipular percentuais dos *royalties* e da participação especial exclusivamente para estes Entes. Estes percentuais garantirão uma receita estimada de R\$ 11,7 bilhões em 2013 e R\$ 13,6 bilhões em 2014 de acordo com as projeções da ANP. Inclusive os recursos transferidos aos Entes confrontantes aumentarão anualmente.

Para o acordo gerador da Lei 12.734, a União abdicou de 1/3 de suas receitas de *royalties* e redução inicial de oito pontos percentuais de sua parcela na participação especial. Ou seja, a participação da União cairá dos atuais 50% para 42%, para permitir que o fundo especial, destinado aos Estados e Municípios não confrontantes, aufera recursos significativos no primeiro ano. Gradativamente, contudo, à medida que o fundo especial passe a arrecadar mais devido ao crescimento da produção, a parcela da União na participação especial irá gradativamente aumentar, até atingir 46% em 2016.

3.2 Controvérsia jurídica

A primeira controvérsia decorre da alegada violação ao art. 20, § 1º, da CF de 1988, que determina uma distribuição diferenciada dos recursos do petróleo aos Entes confrontantes. Dispõe o dispositivo que:

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A lei aprovada claramente respeita esse requisito, com base em uma distribuição diferenciada, mas proporcional na repartição da parti-

cipação entre Estados e Municípios confrontantes. Há igualmente a garantia de recursos para enfrentar os riscos ambientais e investimentos logísticos.

O texto constitucional exige tratamento diferenciado, mas não tratamento exclusivo. Há a exigência de repartição diferenciada, mas não excludente. Esta deve ser proporcional aos riscos ambientais e investimentos exigidos, mas também deve ser isonômica. Assim, Entes federados distintos devem receber tratamentos diversos na medida de sua desigualdade. Não há autorização constitucional para criar uma classe privilegiada de Entes federados: os “confrontantes”.

A atribuição de um percentual ínfimo para os Estados e Municípios do País não realiza a isonomia material. A proporcionalidade deve seguir um critério justificador claro: a distribuição equitativa da riqueza no País.

Ademais, há autores que apontam o próprio caráter valorativo dos direitos fundamentais como implicador do sopesamento, sendo dedutível a proporcionalidade da própria estrutura desses direitos, visando à formação de garantia constitucional, junto a uma conduta estatal em prol dos direitos fundamentais. Sintetizando, a proporcionalidade auxilia a efetivação dos direitos fundamentais ao servir como mecanismo de ponderação dos bens jurídicos constitucionais.

À prospecção de riquezas minerais ou petróleo seguem os ditames do art. 3º, que estabelecem como objetivos da República Federativa do Brasil buscar o desenvolvimento nacional. Todos os recursos empregados são em prol da nação e não de uma parte desta. A única regra permissiva de tratamento distintivo dá-se quando o Estado age para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No julgamento da Lei 12.734/2012 entendeu a Ministra relatora Cármen Lúcia que não poderia ser considerado um critério legítimo alegar que a repartição desproporcional se justificava pelo fato da explo-

ração petrolífera exigir uma compensação elevadíssima. Conforme foi demonstrado, a atividade realizada em alto-mar não justificava a pretensão dos ditos “confrontantes”. Não haveria nem “produtores” diretos nem “confrontantes”. No máximo uma vista para o alto-mar. Afastou-se assim a alegação que uma parcela irrisória (1 %) seria o suficiente para toda a maioria restante do País.

Não se sustenta igualmente a alegação de que a modificação configura uma quebra na estabilidade das relações, dado que as alterações seriam somente para os contratos futuros. Não se pode igualmente afirmar que essa alteração futura iria prejudicar o Plano Plurianual e consequentemente o orçamento estadual ou municipal. Não pode a lei orçamentária estadual ou municipal ser contrária à Constituição.

Não procede de maneira alguma a afirmação que o regime de tributação do petróleo derive de uma escolha do constituinte em garantir que os mal-denominados Estados produtores, em lugar da tributação do ICMS, receberiam *royalties* e participações especiais, nos termos do art. 20, § 1º. De tal modo que “uma coisa, então, compensaria a outra”. Igualmente não procede o argumento apontado Ministro Nelson Jobim, em voto no STF, de que baseado em sua atuação como deputado existiria uma conexão necessária – e deliberada – entre os dois dispositivos, de forma que, nas suas palavras, “assim, decidiu-se da seguinte forma: tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí criou-se o § 1º do art. 20”.

Cabe ressaltar que anteriormente a tributação do petróleo sempre foi de competência federal e estava nas mãos da União até a Constituição de 1988. A Constituição de 1967 estabelecia em seu art. 22 que competia à União decretar impostos sobre: “VIII – produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos”. Esse era o regime aplicável igualmente na Constituição de 1946:

Art. 15 – Compete à União decretar impostos sobre: III – produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica.

Não existia antes da Constituinte de 1988 nenhuma discussão sobre perda de arrecadação do ICMS pelo regime de tributação na origem ou destino simplesmente porque a matéria não era sujeita ao ICMS.

Estudos sérios sobre os Anais da Constituinte de 1988 refutam claramente a afirmação do ex-Ministro do STF Nelson Jobim. Inicialmente o Anteprojeto Afonso Arinos, denominado de “Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985, manteve o regime historicamente vigente ao estabelecer que:

Art. 137 – Compete à União instituir impostos sobre: IX – produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos e de energia elétrica, imposto que incidirá apenas uma vez sobre qualquer dessas operações, excluída a incidência, sobre elas, de qualquer outro tributo, excetuado apenas, quanto aos combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, o de que trata o inciso III do art. 139.

Tal posição foi alterada no curso dos debates constituintes. Posteriormente cogitou-se a criação de um imposto único sobre o consumo tipo IVA, mas foi abandonada a ideia em troca de aumento na participação no FPM e FPE das regiões menos desenvolvidas.

Na fase decisiva da Assembleia Constituinte (1987-1988) adotou-se um debate federalista sobre a tributação do petróleo, de tal modo

a repartir suas receitas por meio do ICMS, em um modelo inovador na história do país. A proposta inicial propunha um ICMS redesenhado e incluindo combustíveis e energia elétrica em sua base tendo alíquotas internas, fixadas pelo Senado e alíquota interestadual “constitucionalizada” em 0%. Os debates tentavam evitar uma guerra fiscal por refinarias no regime misto do ICMS. A Emenda da União tentando recriar o imposto federal foi rejeitada em plenário.

A demonstração da conexão entre o regime tributário do petróleo e federalismo encontra-se explicitada nos debates constituintes da Comissão do Sistema Tributário Orçamento e Finanças, em que o deputado relator José Serra claramente afirma:

O SR. RELATOR (José Serra): – Qual é o problema? Por que incluímos aqui o dispositivo que V. Exa. de zerar as alíquotas interestaduais de energia elétrica e derivados de petróleo? Por que houve uma política nacional, ao longo desses anos, a respeito da produção desses dois insumos? Por exemplo, os Estados pequenos do Nordeste não são produtores de energia elétrica, nem têm refinarias, o combustível vem de Estados vizinhos. O Rio de Janeiro é um Estado com muitas refinarias. São Paulo, com um balanço energético de importação de energia elétrica, exporta bastante combustível, porque também possui muitas refinarias. A Bahia é outro Estado onde se localizam muitas refinarias, construídas pelo governo federal. Então, haveria uma verdadeira conflagração no Brasil, se exportassem impostos por conta da produção desses insumos. É claro que alguns Estados, como Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia – os do Nordeste, certamente os Estados pequenos não entrariam – teriam privilégios com essa situação. Mas seria inaceitável, do ponto de vista federativo. Daí a preocupação de colocar a alíquota zero aqui. O Senado Federal fixará alíquotas internas, quando julgar que seja o caso. Está dito que as alíquotas internas mínimas não poderão

ser superiores a interestadual. Nos casos em que ocorra guerra fiscal, o Senado poderá também fixar uma alíquota mínima, que seja superior à interestadual. A alíquota zero serve para garantir constitucionalmente uma situação de nãoconflagração. De outra maneira, poderia produzir-se no País uma guerra fiscal inclusive os Estados vizinhos, insisto: não é nem o caso de São Paulo, nem do Paraná, porque, no balanço energético o Estado sairia ganhando, graças à exportação de derivados de petróleo para outros Estados. Por isso, colocamos a alíquota zero, que me parece essencialmente por tratar-se de um caso em relação ao qual não pode haver dúvidas. Recebemos manifestações de diversos Estados nesse sentido.

Note-se claramente que o desejo constituinte foi o de favorecer a Federação por meio da descentralização de recursos e nunca o de privilegiar uma suposta compensação aos Estados produtores, e tal debate não transpareceu nunca na Comissão do Sistema Tributário Nacional, Orçamento e Finanças. Demonstra-se claramente que a vontade constituinte foi alcançada pela análise dos dados que demonstram que o atual regime tributário do petróleo, da energia elétrica e das comunicações possui forte elemento descentralizador de receitas e de combate às desigualdades regionais. Assim, existem provas de que quanto menos desenvolvido o Estado, mais a receita estadual depende desses insumos estratégicos para o país. Igualmente demonstra-se uma correlação direta entre a arrecadação do ICMS-petróleo e o combate às desigualdades regionais.

Deve-se afastar a alegação de que a compensação dá-se por suposto ônus ambiental abstrato. Esse deve ser concreto ou no mínimo mensurável. Não existe a possibilidade de compensação *ex ante* do dano ambiental. Tal situação somente seria cabível com a demonstração de sua inevitabilidade, baseado em fundados elementos de sua in-

tensidade. Os Estados e Municípios realmente produtores teriam direito à compensação no caso de dano pelos prejuízos sofridos. Caberia à União utilizar dos recursos auferidos com a exploração do petróleo para realizar esta compensação financeira. Não há, contudo, previsão de compensação periódica ex ante, ausente qualquer risco concreto e inevitável de dano.

3.3 Posição dos Municípios: A favor da distribuição proporcional dos recursos

A perpetuação do quadro atual torna-se ainda mais grave diante de dois fatos. O primeiro é que a maior parte da produção tende a ocorrer a dezenas, ou mesmo centenas de quilômetros da costa. Torna-se, assim, cada vez mais tênue a relação entre a produção e o impacto sobre o Município ou o Estado confrontante. Em segundo lugar, o volume de recursos envolvidos é grande e crescente, este ano deve chegar a R\$ 31,2 bilhões, segundo previsão da ANP divulgada em março de 2013. A ANP também informa que no final desta década apenas os campos atuais estarão gerando *royalties* e participação especial próximos a R\$ 70 bilhões ao ano.

A CNM rechaça a injustiça da atual distribuição dos *royalties* do petróleo, em que Estados e Municípios ditos “produtores” junto com a União concentram cerca de 97% dos recursos distribuídos, enquanto que todos os demais Entes da Federação ficam com 3%.

Dentre os Entes federados, apenas dois governos estaduais – ES e RJ – e 30 Municípios concentram 83% dos recursos. A interpretação sistemática do Texto Constitucional exige uma distribuição diferenciada, porém proporcional e nacional do produto da exploração dos recursos minerais do país.

3.4 Considerações finais

O caso *sub judicice* na Corte Constitucional é da mais elevada relevância. A falta desses recursos é sentida em todo o país. A manutenção da atual situação fere gravemente o federalismo brasileiro e seus princípios basilares: isonomia, subsidiariedade e proporcionalidade.

Elaboração da *Amicus Curiae* pelos Advogados Paulo Caliendo (OAB/RS 33.940); Cristina Aguiar (OAB/DF 37.925); Elena Garrido (OAB/RS 10.362); Ricardo Hermany (OAB/RS 40.692); Rodrigo Dias (OAB/RS 47.943).

4. Serviços Gráficos (ADI 4.389 e ADI 4.413)

Relator: Ministro Roberto Barroso
Dr. Paulo Caliendo*

4.1 Da matéria

Existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) relevantes sobre a incidência do ISS sobre os serviços gráficos: a ADI 4.389 e a ADI 4.413.

A ADI 4.389 foi proposta pela Associação Brasileira de Embalagens (Abre), impugnando o subitem 13.05 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre atividade de fornecimento de embalagens. O subitem questionado determina a incidência sobre os serviços:

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia, fotolitografia.

No entendimento da Abre existiria dupla exigência de tributo sobre o mesmo fato gerador nos serviços prestados sobre as composições gráficas. Primeiro pelo ISS no momento da fabricação de embalagens e depois pelo ICMS no momento da circulação da mercadoria.

Haveria bitributação sobre o mesmo fato econômico. Tanto os Estados quanto os Municípios estariam tributando o mesmo fato. Na opi-

* Paulo Caliendo é graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em direito dos negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em direito tributário pela PUC/SP. Professor titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado.

nião da autora, a fabricação de embalagens é parte intrínseca e vinculada à comercialização da mercadoria. Assim deveria incidir o ICMS e não o ISS. A atividade preponderante seria a circulação de mercadoria, e a embalagem seria acessória a esta.

O trabalho de natureza gráfica seria apenas uma etapa do processo produtivo orientado pela circulação da mercadoria. Aplicar-se-ia a regra “acessório segue o principal” (*accessorium sequitur principale*), exigindo a incidência do ICMS.

O pedido liminar foi deferido, por unanimidade, com as seguintes razões:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONFLITO ENTRE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA E IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. PRODUÇÃO DE EMBALAGENS SOB ENCOMENDA PARA POSTERIOR INDUSTRIALIZAÇÃO (SERVIÇOS GRÁFICOS). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME AO O ART 1º CAPUT E § 2º, DA LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E O SUBITEM 13.05 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. FIXAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO DO ISS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Até o julgamento final e com eficácia apenas para o futuro (*ex nunc*), concede-se medida cautelar para interpretar o art. 1º caput e § 2º da Lei Complementar 116/2003 e o subitem 13.05 da lista de serviços anexa, para reconhecer que o ISS não incide sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria. Presentes os requisitos constitucionais e legais, incidirá o ICMS. (ADI na 4.389 Me, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 25/05/2011).

A ADI 4.413 foi proposta em tema análogo. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ingressou com questionamento ao subitem 13.05 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que determina a incidência do ISS sobre os serviços de: 13.05 – *Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia*.

Alega a entidade a existência de dupla tributação sobre os serviços gráficos, visto que os serviços descritos no item 13,05 fariam parte da mercadoria e como acessórios seguiriam igualmente a regra da conexão, em que o “acessório segue o principal” (*accessorium sequitur principale*).

4.2 Controvérsia jurídica

A importância de cada uma das ADIs exige a sua análise individualizada, mesmo que possuam uma controvérsia comum: a incidência do ISS sobre os serviços gráficos.

4.3 ADI 4.389

A ADI ajuizada pela ABRE- Associação Brasileira de Embalagens ataca diretamente os interesses das administrações públicas municipais. Há prejuízo municipal por afetar suas receitas próprias, impactando a arrecadação.

Alega a autora que as empresas associadas, quando realizam a fabricação de embalagens, são tributadas pelos Municípios e pelos Estados, e que deve ser afastada a incidência do ISS destas operações.

Entretanto, este entendimento não pode subsistir. Não há de se falar em inconstitucionalidade da cobrança do ISS quando ocorrer serviços prestados pela indústria gráfica de embalagem, pois não se verifica a possibilidade de afastar os elementos essenciais da prestação

de serviços, uma vez que o núcleo do negócio jurídico passa por todos os requisitos caracterizadores deste.

Esta operação é uma operação mista, e deve ser tributada pelo ISS, pois quando uma embalagem é encomendada ocorre claramente um serviço. *In casu*, é imperioso identificar o núcleo do negócio jurídico proposto, ou seja, se ele destina-se necessariamente a uma obrigação de um “fazer”. Esta compreensão já há tempos possui entendimento consolidado nos julgados desta Corte, conforme se constata do RE 116.121, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, em decisão publicada no DJ em 25/04/2001.

As indústrias de embalagens na verdade são tributadas pelo ISS, quando prestarem serviços por encomenda, pois constituem em seu núcleo a prestação de serviços.

Destarte, como já dito, é o esforço humano mediante determinada remuneração que é passível de tributação, sendo que somente os fatos que permitem um real fator econômico é que serão exigidos pela norma tributável.

Assim, consoante o texto constitucional é a noção do trabalho que corresponde, genericamente, a um “fazer”. Conforme interpretação dada por Barreto, que conceitua o ISS a partir de estudo sistemático e teleológico do sistema constitucional tributário, verifica-se que a noção de serviço é um tipo de trabalho que alguém desempenha para terceiros:

Do exame sistemático da Constituição – convém reiterar – serviço é esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial.³⁰

30 BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. Dialética, 2003, p. 29.

Neste caso inexistem ressalvas. Há nos serviços gráficos a obrigação de fazer, quando terceiro solicita trabalhos (a partir da encomenda de outrem), para que ao fim do serviço requisitado haja a entrega do material a um usuário final, satisfazendo o pedido inicial.

O que deve ser amplamente considerado é a personalização do pedido. A encomenda do serviço é destinada somente ao seu solicitante, ninguém mais poderá utilizar-se dela senão o próprio encomendante, e essa personalização é que caracteriza o ISS da atividade gráfica.

O fato é que a essência da prestação de serviço (o núcleo do negócio jurídico) ocorre de forma a ter, *in casu*, a bilateralidade. A encomenda por sua vez para ser atendida exige esforço humano (realização de um serviço), é remunerado para tal, e possui o destinatário específico, que é o encomendante do produto.

Este tomador de serviço, que não é a indústria gráfica, irá dentro da cadeia produtiva utilizar o serviço gráfico para determinado produto, que será comercializado e terá o seu retorno econômico dentro do estipulado no mercado, ocorrendo, portanto, a circulação de mercadoria.

O tema já foi, inclusive, objeto de súmula no Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que toda a atividade de material gráfico é tributada pelo ISS:

Súmula 156. A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

Assim, as operações de composição gráfica, personalizados e sob encomenda, que podem ser de natureza mista, devem recolher o ISS a elas agregados à LC 116/03 (subitem 13.05). Consequentemente, tais operações estão sujeitas à incidência de ISS. Diante disto, analisam-se nesse caso três situações:

i) empresa que é efetivamente prestadora de serviços gráficos, aquele caracterizador indiscutível de um serviço, que realiza atividades sob encomenda de outrem e que trabalha sob o aspecto econômico, destinado à satisfação de seu encomendante;

ii) empresa que realiza a atividade gráfica e embala seus próprios produtos, colocando-os a venda no mercado para consumo;

iii) empresa que, sob encomenda, diante de uma obrigação de fazer, labora atividades gráficas em mercadorias que posteriormente serão colocadas em circulação para comercialização.

Na primeira situação, a empresa é efetivamente tributada pelo Ente municipal, pois realiza atividades típicas de prestação de serviços, caracterizadores do ISS.

Na segunda hipótese, cita-se o exemplo de uma empresa que realiza sua própria atividade gráfica em produtos que serão postos à comercialização. Neste caso, ela própria que irá arcar com os custos da produção, não ocorrendo encomenda de nenhum serviço a ser prestado.

É justamente na terceira situação que supostamente “poderiam” surgir os fatos dúbios, pois, como já dito, na primeira hipótese a empresa que prestou serviço é efetivamente contribuinte do imposto Municipal. Na segunda ela realiza atividade gráfica para si própria e não é contribuinte de ISS, pois ninguém pode prestar serviço a si mesmo. E a terceira, na possibilidade de ela realizar operações mistas, existe o labor típico de serviço, com a realização de um processo sob encomenda, ocorrendo a *personalização* da arte gráfica. Neste sentido, temos que verificar duas hipóteses distintas.

A primeira é: a empresa que prestou serviço, sob a encomenda de outrem, por meio de uma remuneração, tem características e *possibilidade* de colocar os produtos em circulação no mercado?

Para que isso possa ocorrer, deve ser verificado se a empresa no caso concreto pode efetivamente praticar tais atos comerciais, e se o

ato constitutivo desta permite o exercício de circulação de mercadorias de atividades gráficas que ela produziu sob encomenda.

Diante destas circunstâncias não nos parece razoável o engessamento da interpretação dada pela autora, uma vez que a referida pretende livrar seus associados de recolhimento do imposto devido, em que a hipótese de incidência está relacionada ao fato gerador da efetiva prestação de serviço.

Mesmo que haja a destinação, por exemplo, de um produto a ser comercializado e a etapa anterior for constituída por uma atividade gráfica, encontram-se duas fases distintas. Sobre operações mistas, assim entendidas as que agregam mercadorias e serviços, incide o ISS sempre que o serviço aglomerado estiver compreendido na referida lista, e incide ICMS sempre que o serviço adicionado não estiver previsto na referida lista.

Resta claro que as situações ocorridas pelas atividades gráficas, que envolvam mercadorias, são em sua essência prestações de serviços, e os contribuintes que realizam atividades gráficas praticam por vezes duas operações, as chamadas composições mistas. Logo, a tributação também será efetivada quando da personalização do trabalho proposto, uma vez que somente o encomendante do serviço é que irá se beneficiar do trabalho realizado.

4.4 ADI 4.413

A tributação do Imposto Sobre Serviços tem por escopo exigir todo e qualquer serviço da lista anexa da Lei Complementar 116/2003. Por decorrência lógica, ocorrendo o fato gerador, em que efetivamente é prestado um serviço, verificar-se-á a tributação do ISS.

A partir desta premissa, importa consignar que o art. 34, §5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias recepcionou a legis-

lação tributária anterior ao novo Sistema Tributário, no que não seja incompatível com este.

Diante de tal dispositivo, tem-se que ainda vige em nosso ordenamento jurídico, salvo melhor juízo, as regras do art. 8º do Decreto-Lei 406/1968, para fins de interpretações divergentes quando do fornecimento de mercadorias com prestações de serviços.

A interpretação dá-se na seguinte sistemática: i) os serviços descritos na lista ficam sujeitos apenas ao ISS, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias (art. 8º, § 1); ii) O fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não especificados na lista fica sujeito ao ICM (art. 8º, § 2º).

Para Hugo de Brito Machado, tais regras, em princípio, prevalecem no regime da vigente Constituição, com as alterações decorrentes da inclusão do serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no âmbito do atual ICMS. O doutrinador faz uma observação quanto a uma terceira regra: quando do fornecimento de mercadorias com prestação de serviços especificados na lista, nos casos em que a própria lista constar a ressalva neste sentido, haveria a incidência de ICMS.³¹

Com isso, os serviços gráficos, estando na lista anexa de tributação do ISS, são legítimos para serem exigidos por Entes Municipais. Como bem explanado por Hugo de Brito em sua lição:

Assim quando o serviço seja tributado pelo Município e esteja previsto na lista, que foi reeditada com pequenas alterações pela Lei Complementar 56/87, sem a ressalva acima aludida (3ª regra), será devida exclusivamente o ISS, ainda que ocorra, com a prestação do serviço, também o fornecimento de mercadoria.³²

31 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 378.

32 *Idem, ibidem.*

Neste caso inexistem ressalvas. Há nos serviços gráficos a obrigação de fazer, quando terceiro solicita trabalhos (a partir da encomenda de outrem), para que ao fim do serviço requisitado haja a entrega do material a um usuário final, satisfazendo o pedido inicial.

A destinação que este usuário dará para a confecção de determinado material gráfico fica a critério do próprio encomendante, sendo que se ele tem por objeto a comercialização de produtos de palmito, por exemplo, em que as etiquetas foram produzidas por uma empresa gráfica, ele deverá arcar com o ICMS, pois haverá, EM OUTRA ETAPA DISTINTA, OUTRO FATO GERADOR a ser tributado, que é a circulação de mercadorias.

Em julgado proferido por esta Suprema Corte, foi ratificado o entendimento majoritário do STF de que o serviço de composição gráfica é, sim, tributado pelo ISS, conforme se transcreve parte do voto do sr. ministro Ilmar Galvão, no RE 230782, em 13/06/2000, *in verbis*:

De registrar, por fim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como lembrou o parecer da Procuradoria-Geral da República, sob a égide da Carta anterior, assentou entendimento no sentido de que os serviços de composição gráfica sujeitam-se à incidência do ISS e não do ICM (RE 94.959, Rel. Min. Moreira Alres, DJ 09.10.81; e RE 104.42, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 15.02.85). Não se exime, portanto, a recorrida do pagamento do ISS, objeto da autuação impugnada.

O material produzido pelas empresas de composições gráficas destina-se ao seu consumidor final, diferentemente do que tenta descaracterizar a autora, pois as etiquetas, fitas adesivas e rótulos, por exemplo, se destinam a seus encomendantes, e somente por eles serão utilizados, neste caso, para comercialização e industrialização de outros produtos. Não obstante, constatase que não será o consumidor do produto o encomendante da arte gráfica.

A atividade de composição gráfica, que se destina à comercialização ou à industrialização de produtos, não tem o condão de descaracterizar a prestação de serviços.

Há neste aspecto a encomenda de um serviço, sendo esta uma obrigação de fazer, para satisfazer um usuário final que realizou a encomenda. Aqui existe uma operação caracterizadora da prestação de serviço, perfectibilizada e acabada, sendo tributável pelo ISS, envolvendo operações mistas.

Ainda que ocorra a circulação de mercadorias, que teve a participação de um determinado serviço gráfico para a composição deste produto, o ISS só irá incidir sobre a operação decorrente do serviço prestado,³³ segundo a lista anexa da LC 116/2003.

O fato é que a essência da prestação de serviço (o núcleo do negócio jurídico), ocorre de forma a ter, *in casu*, a bilateralidade. A encomenda, por sua vez, para ser atendida exige esforço humano (realização de um serviço), que é remunerado para tal, e possui o destinatário específico, que é o encomendante do produto.

Este tomador de serviço, que não é a indústria gráfica, irá dentro da cadeia produtiva, utilizar a arte gráfica para determinado produto, que será comercializado e terá o seu retorno econômico dentro do estipulado no mercado, ocorrendo, portanto, a circulação de mercadoria.

O tema já foi, inclusive, objeto de súmula no Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que toda a atividade de material gráfico é tributada pelo ISS:

Súmula 156. A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.

33 Neste sentido, tem-se diversos precedentes do STJ: REsp 578.466/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, DJ 19.03.2007, REsp 578.214/SP, rel. min. Humberto Martins, DJ 01.09.2006, REsp 621.623/SP, rel. min. Eliana Calmon, DJ 14.03.2005.

Assim, as operações de composição gráfica, personalizados e sob encomenda, que podem ser de natureza mista, devem recolher o ISS a elas agregados à LC 116/03 (subitem 13.05). Consequentemente, tais operações estão sujeitas à incidência de ISS.

Vale ressaltar que anteriormente na Lista Anexa ao Decreto-Lei 406/1968 (item 77), já revogado, o imposto era devido por estas operações praticadas. Ou seja, desde os primórdios, a legislação dedicada à regulamentação do ISS já exigia a tributação das indústrias gráficas quando da prestação de serviços por elas realizados.

Verifica-se que nos casos hipotéticos elencados pela autora em todas as operações ocorre a obrigação de fazer, pois nenhuma atividade gráfica, sendo encomendada, será colocada no mercado sem a prestação efetiva de um serviço, exigindo o esforço humano, mediante uma remuneração, que satisfará outrem a partir de uma encomenda.

Por todas estas razões, não há qualquer infringência ao disposto no art. 155, inc. II, e, tampouco, ao art. 156, inc. III, da Constituição Federal.

Assim, pelos motivos expostos, não há de se falar em inconstitucionalidade na tributação de serviços de atividades gráficas pela Lei Complementar 116/2003, propondo-se a integral rejeição da ADI e declarando constitucional a norma atacada.

4.5 Posição dos Municípios: a favor da constitucionalidade

As ADIs 4.389 e 4.413 ajuizadas pela Abre e pela CNI prejudicam diretamente os interesses das administrações públicas municipais, devendo ser rejeitadas. Há prejuízo direto aos Municípios por afetar suas receitas próprias, impactando a arrecadação.

5. Protesto de Certidão de Dívida Ativa (ADI 5.1356)

Relator: Ministro Roberto Barroso
Thaiane Cristovam*

5.1 Da matéria

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), objetivando a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997. Assim está posta a redação do dispositivo legal impugnado:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei 12.767, de 2012)

Afirma a autora da ADI que a Lei impugnada regulamenta os serviços no que diz com o protesto e outros documentos de dívidas, de forma que as alterações realizadas através da Lei 12.767/2012 introduziram a inclusão, dentre os títulos passíveis de protesto, as Certidões de Dívida

* Thaiane Cristovam é graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e faz mestrado com enfoque em direito público na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Ativa (CDA) da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e das autarquias e respectivas fundações públicas.

Salienta, da mesma forma que a Lei 12.767/2012, que introduziu o parágrafo único ao art. 1º da Lei 9.492/1997 foi fruto da conversão das Medidas Provisórias 577/2012 e 579/2012 – as quais promoveram alterações nas regras do setor elétrico. Neste contexto, assevera que eivado de vícios formal e material o dispositivo legal impugnado.

5.2 Dos argumentos lançados

Na inteligência da CNI, a introdução do parágrafo único ao art. 1º da Lei 9.492/1997 pela conversão da Medida Provisória 577/2012, na qual, segundo aponta, foi incluída matéria estranha à abordada pelo texto da MP, foi descabida. Isso porque tratava esta de concessões de serviços públicos de energia elétrica e da prestação temporária do serviço sobre a intervenção para a adequação do serviço público de energia elétrica.

Dessa forma, assevera a CNI que a introdução de um dispositivo legal cuja matéria é estranha ao corpo normativo do texto legal é ato manifestadamente inconstitucional, tendo em vista o vício formal – ofensa ao processo legislativo previsto nos arts. 59 e 62 da Constituição Federal, e ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º do diploma constitucional.

Sustenta que a forma pela qual foi introduzido o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997 é eivada de inconstitucionalidade formal, porquanto não guarda relação de pertinência com o texto originário da MP 577/2012. Assim, segundo argumenta, o poder de emendar do Congresso Nacional é limitado, devendo enquadrar-se dentro da lógica do texto original, proveniente do Poder Executivo.

Por outro lado, no que concerne aos vícios materiais, inicia a autora argumentando que se trata de mais um artifício que não terá outro

objetivo além de pressionar os devedores do Fisco a quitar seus débitos. Afirma, da mesma forma, que a Fazenda já dispõe de meios legais adequados para promover a cobrança de seus créditos.

Isto se dá justamente em razão do fato de a Fazenda já ter os meios judiciais apropriados para promover a execução de dívidas tributárias, sem que, para tal, seja necessária a realização de um protesto do título executivo. É que, afirma, há a criação de mais um privilégio para o Estado em desfavor do devedor.

Afirma a CNI que o protesto tem suas origens assentadas na necessidade de obtenção de prova de que determinado ato negocial foi realizado – entre devedor e credor –, isto é, nasceu de interesses privados e da necessidade de comprovação de constituição de um crédito através de uma forma solene e pública da comprovação das obrigações cambiárias. Desta forma, assevera que o escopo do instituto seria a constituição de prova da apresentação do título de crédito ao devedor para pagamento ou aceite e que, em que pese ter sido apresentado, a obrigação não foi cumprida.

Destinar-se-ia, desta forma, o instituto do protesto, a assegurar o direito de regresso do credor em face dos coobrigados cambiais ou conferir força executiva ao título, suprindo a falta de aceite. Soma-se a isto, também, a causa interruptiva da prescrição prevista no art. 202, III do Código Civil.

Neste cenário, salienta da CNI que o protesto da CDA seria modalidade apócrifa, porquanto não perfaz nenhuma das finalidades originalmente ligadas ao protesto. Isto é, por não trazer a CDA, figuras de coobrigados e, outrossim, por já ter força executiva, derivada da lei, o protesto lhe seria inócuo.

O protesto das Certidões de Dívida Ativa, por conseguinte, teria tão somente a função de coagir o devedor a proceder o pagamento. Afirma a autora que esta postura, por parte da Fazenda Pública, não é

nem ética nem juridicamente justificável, porquanto esta já possui privilégios para a cobrança do que lhe é devido.

A regularidade, a liquidez e a certeza do crédito tributário, conforme previsto no art. 201 do Código Tributário Nacional, decorre da regularidade do processo administrativo. Isto posto, a dívida regularmente inscrita goza de presunção de validade, não sendo necessária nem mesmo manifestação de vontade do devedor, dado que sua natureza é compulsória.

Neste contexto, o protesto da CDA não teria razão de ser, tendo em vista que não teria serventia de constituir prova para o exercício do direito de cobrança do credor e o direito de regresso dos coobrigados. Da mesma forma, o protesto não conferirá à CDA força executiva, dado que esta já deriva da própria lei. Outrossim, não é necessário que haja protesto da CDA para constituição do devedor em mora, posto que a regra prevista no art. 161 do CTN já supre esta necessidade.

Isto é, o protesto não seria de serventia alguma ao Fisco, porquanto nenhuma de suas funções lhe é necessária para a execução de seus créditos.

Assim, não teria o instituto outra razão de ser que não a coativa para cobrança da dívida tributária, o que, segundo sublinha a CNI, é forma de “execução indireta”, afetando diretamente o princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Afirma, igualmente, que a utilização do protesto pela Fazenda seria abuso de direito, porquanto não configura o meio menos gravoso para a quitação da dívida em cobrança. Isto é, a utilização de meios, classificados pela autora como indiretos, coercitivos e restritivos aos direitos fundamentais dos contribuintes feriria diretamente o devido processo legal e o princípio da proporcionalidade, porquanto haveria meios alternativos para promoção do mesmo fim, sem, contudo, restringir os direitos fundamentais do contribuinte.

Nesta esteira, salienta que, dado que o protesto é capaz de fomentar restrição às atividades do devedor, em razão da publicidade de uma impontualidade no cumprimento da obrigação, a autorização do protesto da CDA acarretaria a restrição à livre prática de atividade econômica lícita, prevista no art. 170 da Constituição Federal, e à liberdade do exercício profissional, prevista no art. 5º, XIII, da Constituição Federal.

5.3 Controvérsia jurídica

Depreende-se do relato acima feito que diversas foram as alegações realizadas pela Confederação Nacional da Indústria para sustentar a afirmação de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997.

Contextualizando-se, cinge-se a controvérsia jurídica às alegações de existência de vícios formais e materiais. No que concerne à primeira espécie de vício, afirmou-se a impossibilidade, quando da conversão da Medida Provisória, de inclusão de matéria estranha àquela que compõe o quadro normativo originalmente apresentado pelo Poder Executivo, dado que, segundo sustentado pela CNI, o poder de emendar do Poder Legislativo é limitado nestas hipóteses.

Por outro lado, quanto às alegações de existência de vícios materiais, diversos pontos foram ressaltados. Afirmou a autora ser vício formal do dispositivo legal impugnado o desvio de finalidade do instituto do protesto, dado que ele não cumpre nenhuma das funções acima analisadas, não seria nada a não ser outra forma de coação estatal do devedor.

Outra controvérsia apontada como vício material seria a de que o protesto das Certidões de Dívida Ativa ofenderia o devido processo legal, dado que seria uma maneira de execução indireta da dívida. Alega-se, outrossim, o abuso de direito da utilização do protesto pela Fa-

zenda Pública, dado que esta já possui outros meios, menos gravosos, de execução de suas dívidas.

Por fim, o último ponto trazido pela CNI foi a controvérsia no que diz com a restrição às atividades do devedor. Isso porque seria modo de coação, de forma que o protesto da CDA feriria o livre exercício profissional e a livre prática da atividade econômica.

Necessário colocar-se, outrossim, os demais dissídios envolvendo a questão. Entre eles estão a finalidade em si do protesto como instituto de direito privado; o fato de que os títulos de crédito surgem, também, da vontade do devedor, o que não ocorre com a CDA; a inadmissibilidade da utilização de meio gravoso para a execução; desproporcionalidade entre o meio utilizado e fim almejado com o protesto da CDA; ausência de razoabilidade.

São estas, em suma, as controvérsias jurídicas trazidas tanto pela autora como pela doutrina e pela jurisprudência, que serão objeto de análise no presente ponto.

5.4 Precedentes jurisprudenciais

O Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial 1.126.515/PR, superou seu próprio entendimento jurisprudencial, prolatando decisão no sentido de reconhecer a legalidade do protesto da CDA previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997. Em seu voto, o Ministro Herman Benjamin posicionou-se a favor do protesto da Certidão de Dívida Ativa.

Como fundamentação sustentou, primeiramente, que a Lei 9.492/1997 não regulamenta somente títulos cambiais, tampouco somente relações de direito provado. Isso porque, exemplificou, há a possibilidade, já assentada na jurisprudência, de que a sentença condena-

tória transitada em julgado é passível de protesto – ou seja, o protesto não estaria restrito somente aos títulos cambiários.

Asseverou o Ministro Relator, também que o protesto configuraria uma forma bifonte de cobrança, isto é, configuraria *meio alternativo* para o cumprimento da obrigação – extrajudicial. Afirma, outrossim, que ao Poder Judiciário é vedada a análise meritória das políticas adotadas pelo Estado, de forma que sua função cinge-se somente à análise da conformação da via eleita ao ordenamento jurídico, de forma que perpassar este limite seria violar a separação de poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal.

De outra banda, no que concerne à participação do devedor na formação da dívida, votou o Relator no sentido de que este argumento é insubsistente, chegando a chamá-lo de sofisticado. Isso porque, segundo afirma, não seria a concordância do sujeito passivo que autorizaria o protesto, mas sim a sua participação na formação do título de crédito.

Neste contexto, dado que a inscrição em dívida ativa dá-se em razão de um lançamento, procedimento este que pode ser impugnado, conferindo, portanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa, o contribuinte concorre para a formação do título. Descabido o argumento, por conseguinte, de que a formação do título executivo seria unilateral por parte do Fisco.

Diante dos argumentos lançados, concluiu o Eminentíssimo Ministro:

Os poderes constituídos estão implementando estudos e medidas destinadas a racionalizar o acesso ao Judiciário, incentivando o recurso às atividades de composição extrajudicial entre as partes litigantes. Nesse sentido, o legislador instituiu outras modalidades que visam conferir solução extrajudicial, ou simples medidas de ampliação de meios, para a arrecadação dos créditos públicos, tais como transferência de sigilo bancário (LC 105/2011), arrolamento de bens e parcelamento da Dívida Ativa (Lei 10.522/2002 e Lei 11.941/2009);

Os princípios do contraditório e do devido processo legal são garantidos, pois subsistirá o controle judicial quanto à higidez do protesto da CDA. O reconhecimento da legalidade de tal medida combate a inversão de valores: o crédito fiscal recupera, ao menos, igualdade de condições com as medidas de cobrança postas à disposição do credor privado.

Finalmente, a interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. Como se sabe, a todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação – naturalmente adaptada às peculiaridades existentes – de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados tradicionalmente apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços). Não vemos, portanto, sombra de inconstitucionalidade ou de ilegalidade na realização do protesto da CDA. Não bastasse isso, é importante destacar que a Lei 12.767/2012 – em nossa inteligência, meramente interpretativa – acrescentou o parágrafo único ao art. 1º da Lei 9.492/1997, para de modo expresso prescrever que a CDA pode ser levada a protesto:

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Com essas considerações, dou provimento ao Recurso Especial. Determino a inversão dos encargos de sucumbência.

É como voto. (Grifo nosso)

Isto posto, a jurisprudência da Corte responsável pela uniformização da interpretação da Lei Federal deu-se justamente no sentido da legalidade da utilização do instituto do protesto da Certidão de Dívida Ativa.

5.5 Posição dos Municípios: a favor da constitucionalidade do protesto

Os Municípios, em consonância com o informado pelo Senado Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade analisada, e com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, posicionam-se no sentido de não haver qualquer inconstitucionalidade formal ou material no dispositivo legal impugnado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.135.

Isso porque, primeiramente, alega a CNI a violação ao processo legislativo. Ocorre, entretanto, que tal entendimento é equivocado, tendo em vista que, ao contrário do sustentado, não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que tenha sido violado, em especial no que concerne ao processo legislativo. O § 12 do art. 62 da Constituição Federal expressamente prevê a possibilidade de que os textos originais das Medidas Provisórias sejam emendados pelo Congresso Nacional.

Outrossim, não há no texto constitucional qualquer dispositivo que preveja a impossibilidade de inclusão de matéria alheia ao texto original das Medidas Provisórias enviadas ao Congresso Nacional pela Presidência da República. Ao revés, o já mencionado § 12 do art. 62 do texto constitucional prevê que o projeto de Lei de Conversão é meio adequado para alterar o projeto original da MP. Na mesma esteira, é cediço na prática legislativa do Congresso Nacional a práxis de incluir nos textos originalmente provenientes de Medidas Provisórias editadas pelo Poder Executivo, matéria a eles estranha.

Desta forma, cai por terra a alegação feita pela autora de violação aos arts. 59 e 62 do diploma constitucional, dado que, como já sublinhado, foi devidamente respeitado o processo legislativo quando da conversão da Medida Provisória em Lei.

De outra banda, no que diz com a alegada inconstitucionalidade material, também esta alegação não se sustenta, porquanto a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa dá ao Ente público a mesma possibilidade que dá ao particular, de forma que, diferentemente do sustentado, realiza os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da eficiência da administração pública e do interesse público.

Nesse sentido, o protesto das Certidões de Dívida Ativa veio justamente na busca da maior eficiência na cobrança dos tributos, tendo por norte o previsto no art. 37 da Constituição Federal, tendo por escopo a desjudicialização e, conseqüentemente, o desatolamento do Poder Judiciário com inúmeras execuções fiscais que, mediante o protesto, podem ser resolvidas de forma extrajudicial.

Outrossim, não há que se falar em meio indireto de cobrança, tendo em vista que o contribuinte poderá questionar a legalidade da cobrança, através de ação própria. Nesse sentido deu-se o raciocínio argumentativo do Ministro Herman Benjamin em seu voto no Recurso Especial 1.126.515/PR. Isto é, o protesto seria uma forma de otimizar a atuação do Fisco quando da cobrança de seus créditos, de forma a desonerar o judiciário com centenas de execuções fiscais, porquanto o protesto seria via extrajudicial de ver o crédito satisfeito.

Da mesma forma, necessário desconstruir-se a afirmação de que o protesto é meio de conferir exigibilidade à dívida firmada entre particulares, ou que é meio somente utilizável em títulos cambiários, dada sua finalidade. Isso porque a construção histórica de um instituto jurídico não significa necessariamente que seu uso hodierno deve perpetuar-se como sempre foi. Tal lógica acarretaria um congelamento das instituições jurídicas brasileiras.

No que diz com a afirmação de que o protesto seria apenas mais uma forma de coagir o devedor a realizar o pagamento, não configurando o meio menos gravoso, também não tem força vinculante esta assertiva. Isso porque, primeiramente, se há dívida, não nada no ordenamento jurídico pátrio que vede que o credor busque a satisfação de seu crédito; em segundo lugar, o protesto seria, sim, forma menos gravosa de cobrança, porquanto evita a utilização da via judicial, o que desonera o devedor do pagamento de custas processuais e eventual sucumbência.

Finalmente, impõe-se a análise das alegações de violação à livre prática de atividade econômica lícita e à liberdade do exercício profissional. No que concerne a estes pontos, a livre prática de atividade econômica e do exercício profissional estão condicionadas ao pagamento de tributos ao Estado, de forma que para que alguém possa livremente exercer seu ofício, ou utilizá-lo como argumento, deve estar em dia com as dívidas tributárias. Ao contrário do que pode querer fazer transparecer a CNI, os Fiscos Nacional, Estadual e Municipal não atuam como vilões frente à atividade econômica, dado que é dever do cidadão o pagamento de tributos, e quando há inadimplemento, deve haver a cobrança do devedor.

Outrossim, tendo em vista que o protesto seria forma extrajudicial de cobrança da dívida tributária, ele teria função benéfica, justamente nos pontos em que a autora assenta a inconstitucionalidade que sustenta. Desta forma, carece de suporte fático e jurídico a alegação de que o protesto violaria o livre exercício da atividade econômica e do exercício profissional.

Desta feita, não há qualquer argumento que advogue em favor do reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.492/1997, que autoriza o protesto da Certidão de Dívida Ativa.

5.6 Considerações finais

Este capítulo teve como escopo a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.135 proposta pela Confederação Nacional da Indústria. Objetivou-se, através da utilização de um método dialético, a desconstrução dos argumentos lançados pela autora da ação proposta, de forma a demonstrar-se que a alegada inconstitucionalidade não subsiste.

Além disso, teve-se como propósito expressar a posição defendida pela Confederação Nacional de Municípios, como organização representante dos interesses das municipalidades, de que a utilização do instituto em contenda pelos Fiscos dos Municípios, Estados e União, é legal e constitucional.

6. Associações Representativas de Municípios (ARE916334)

Relator: Ministro Gilmar Mendes
Dr. Paulo Caliendo*

6.1 Da matéria

O caso em questão possui elevada relevância federativa. *Trata do regime de financiamento das associações de Municípios por meio de contribuições voluntárias por parte destes.* As entidades de defesa dos interesses dos Municípios possuem natureza privada e sem fins lucrativos, com abrangências regional, estadual ou nacional. A sua importância é reforçada em face do desequilíbrio do sistema federativo brasileiro, que atribui diversas competências à esfera municipal ao mesmo tempo que concentra a maior parte dos recursos na União e nos Estados-Membros.

O presente Recurso Extraordinário *sub judice* transcende ao interesse das partes individualmente consideradas, na medida em que a decisão a ser tomada alcança praticamente todos os Municípios brasileiros.

* Paulo Caliendo é graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em direito dos negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em direito tributário pela PUC/SP. Professor titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente do Mestrado e Doutorado.

6.2 Controvérsia jurídica

O caso tem origem em Ação Civil Pública 000028137.2088.8.19.0012, proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro que tem por objetivo ver ressarcidos os valores pagos pelos Municípios de Cachoeiras de Macacu para a Associação de Prefeitos e dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro (Apremerj), sob o argumento que seria impossível o custeio de entidade privada, sem qualquer vínculo legal com a Administração Pública (direta e indireta) Municipal, sobrevivendo com a contribuição paga pelo Município e não do próprio prefeito, havendo nítida confusão entre a figura do chefe do Executivo Municipal e a pessoa jurídica de direito público.

A 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu em sede de controle difuso de constitucionalidade, de forma incidental, pela inconstitucionalidade dos arts. 1º e 4º da Lei 1.714/2008, do Município de Cachoeiras de Macacu. Estes determinavam que:

Art. 1º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a contribuir mensalmente com a Associação Estadual de Municípios do Rio de Janeiro – AEMERJ, Associação Brasileira de Municípios – ABM e com a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS – CNM.

[...]

Art. 4º Ficam ratificados os atos de delegação e contribuição realizados para esta finalidade até a data de publicação da presente Lei. (fl. 314)

Dois pontos se destacaram nesse caso: de um lado a alegada inconstitucionalidade formal da Lei Municipal 1.714/2008, do Município de Cachoeiras de Macacu, e de outro lado a sua inconstitucionalidade material. Assim, a *quaestio juris* delimitou-se da seguinte forma:

i) é indispensável prévia lei autorizadora para que os Municípios se associem e contribuam com entidades associativas de natureza privada e sem fins lucrativos?

ii) é imprescindível a exigência de procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993 para que ocorra a associação à entidade privada e sem fins lucrativos de defesa dos interesses municipais? Trata-se a situação descrita de caso de dispensa de licitação ou esse caso configura risco de danos ao erário, com violação do art. 37, XXI, da Constituição Federal?

Como iremos demonstrar a seguir, as duas respostas exigem uma interpretação sistemática da Constituição, respeitando o federalismo e a defesa da autonomia municipal.

6.3 Dos argumentos lançados

Cabe inicialmente observar que não havia competência jurisdicional para a 19ª Câmara Cível do TJRJ, como órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, afastar a aplicação da referida Lei municipal, por reconhecer sua inconstitucionalidade, mesmo que de forma incidental. Não poderia essa recorrer ao fundamento de que “ofende normas e princípios de ordem constitucional que regem a Administração Pública dos Entes federativos, tais como moralidade, probidade e interesse público”. Essa decisão ofendeu a *cláusula de reserva de plenário* contida no art. 97, da CRFB, que assim determina:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Igualmente restou violado o sentido da Súmula Vinculante 10 do STF, que dispõe:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Quanto à *legitimidade dos pagamentos* de mensalidades de entidade municipalista, diversos argumentos podem ser apresentados. A relevância da finalidade das entidades de defesa das causas municipalistas é destacada em diversas decisões de Tribunais de Contas pelo País. Cite-se, a título de exemplo, um trecho de decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

EMENTA: Município. Contribuição mensal a entidades municipalistas, como o Catarinense de Municípios — FECAM e Confederação Nacional de Municípios — CNM. São legítimos os pagamentos de mensalidades para manutenção de entidades municipalistas [...] (i). (—) Uma vez enquadrado interesse público de aperfeiçoamento e desenvolvimento e defesa das funções municipais, na salutar associação de esforços e interesses regionais e a inexistência de proibição no ordenamento jurídico [...]. Entendemos que as entidades municipalistas citadas, constituem instrumento de aglutinação de esforços para o aperfeiçoamento de funções públicas municipais, pois seus objetivos estão voltados para a prestação de serviços, consultoria especializada, informações e defesa dos movimentos regionais e nacionais em prol dos Municípios. [...] (Processo nº: CON-00/06091881, 20.11.00, TCE/SC, Evaldo Ramos Moritz.)

A existência de entidades municipalistas cumpre elevada função federativa. Ela supre uma grave lacuna em nosso sistema. Apesar de o texto constitucional elevar os Municípios à condição de Entes federados, não há um órgão de coordenação nacional entre os milhares de Municípios. Igualmente não há um organismo que coordene os interesses entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A Constituição de 1937 previa em seu art. 29 a existência de agrupamentos de Municípios de uma mesma região, dotados de personalidade jurídica autônoma, para a prestação de serviços comuns. A Lei 11.107, de 6 de abril de 2005, irá prever a possibilidade de Consórcios Públicos para a realização de objetivos de interesse comum. Não há, contudo, um órgão de coordenação política dos interesses divergentes ou convergentes entre os diversos níveis da Federação.

6.4 Autonomia municipal

Observa-se no julgamento do TJRJ a ofensa à repartição constitucional de competências, bem como ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes. Determina o art. 84, II, da Constituição da República que é matéria de competência privativa do prefeito municipal o exercício da direção superior da administração municipal. Esse entendimento possui fulcro no princípio da simetria. O acórdão recorrido viola o texto constitucional ao exigir lei autorizadora específica para a associação a entidades de defesa dos Municípios.

Cabe ressaltar que a decisão de associação de Municípios a entidades municipalistas se reveste do caráter de *ato discricionário*, de competência privativa do prefeito, conferido pelo art. 84, II, da CF de 1988. Essa competência decorre do poder geral de administração. Não se trata de nenhum ato sujeito ao controle prévio da administração. Os seus atos estão sujeitos ao exame de contas a ser realizado à Câmara

Municipal, mas devem ser realizados sob a égide da liberdade de ação que lhe é conferida pelo texto constitucional.

Nesse sentido já decidiu o STF que é inconstitucional exigir lei prévia autorizativa para a celebração de convênios pelo executivo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVÊNIO: AUTORIZAÇÃO OU RATIFICAÇÃO POR ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XXI DO ART. 54 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ, QUE DIZ: “Compete, privativamente, à Assembleia legislativa: XXI – autorizar convênios a serem celebrados pelo Governo do Estado, com entidades de direito público ou privado e ratificar os que, por motivo de urgência e de relevante interesse público, forem efetivados sem essa autorização, desde que encaminhados à Assembleia Legislativa, nos noventa dias subsequentes à sua celebração”. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa, fere o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 2º, da C.F.). Precedentes. 2. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade do inciso XXI do art. 54 da Constituição do Estado do Paraná.³⁴

Determina o art. 84, II, da CRFB a necessária aplicação do princípio da simetria. O Prefeito pode por ato discricionário decidir, respeitando os juízos de conveniência e oportunidade, associar o Município a entidade privada e sem fins lucrativos para a defesa dos interesses

34 ADIN 342-9 – Paraná, Tribunal Pleno, STF, relator ministro SIDNEY SANCHES, ac. un., j. 06/02/2003, DKJ 11/04/2003 (STF 102.002).

municipais. A única exigência é de que o pagamento das contribuições seja realizado por meio de dotações orçamentárias apropriadas.

Nesse sentido já decidiu o STF no julgamento da ADI 1.077. Nesse caso o governador do Estado do Rio Grande do Sul pretendia declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.114, resultante de projeto de lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, que reconheceu a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (Famurs) como única entidade representativa das Associações de Municípios do Estado.

Decidiu o Ministro relator Gilmar Mendes pela inconstitucionalidade da referida norma por ofensa aos arts. 2º e 61, §1º, II, da Constituição Federal, com base no princípio da separação dos poderes e da autonomia municipal. Não poderia a Assembleia Legislativa determinar matéria reservada à iniciativa exclusiva do governador. Assim restou decidido que:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Governador do Estado do Rio Grande do Sul. 3. Lei estadual 10.114, de 16 de março de 1994. 4. Alegação de ofensa aos artigos arts. 2º; 5º, caput e incisos XVII, XVIII e XX; e 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal. 5. Lei que dispõe sobre entidades municipais legitimadas a integrar órgão da administração pública estadual ou firmar convênios com o Estado-membro. 6. **Usurpação da competência legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Artigo 61, § 1º, inciso II, “e”, da Constituição Federal.** Precedentes. Inconstitucionalidade formal configurada. 7. Violação aos princípios da autonomia municipal e da isonomia. Artigos 30, inciso I; 34, inciso VII, “c”; e, art. 5º, caput da Constituição Federal. Inconstitucionalidade material configurada. 8. Ação julgada procedente. (ADI 1077, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-235 DIVULG 20-11-2015 PUBLIC 23-11-2015, grifo nosso)

Note-se que o STF assentou o entendimento pela desnecessidade de edição de lei específica que autorize a escolha da entidade associativa que melhor representa os interesses do Município, por ser esta atribuição de iniciativa privativa do prefeito municipal, pelo disposto no art. 61, §1º, II, da Constituição Federal. No caso em análise, entretanto, houve a edição de lei específica autorizando a representação dos interesses da municipalidade, bem como os pagamentos efetuados a título de contribuição à entidade associativa, de forma que a lisura da administração está totalmente dada.

Destarte, ainda que não se faça necessária lei especial para autorizar o prefeito a praticar os atos de gestão que lhe são cometidos pela própria Constituição Federal, no caso de que se cuida, foi aprovada pela Câmara de Vereadores e sancionada pelo prefeito em 2/4/2008 a Lei 1.714/2008, que além de autorizar a contribuição para as entidades associativas que menciona, também convalida os atos praticados antes de sua vigência.

Não há, igualmente, nenhum vício de inconstitucionalidade material, não havendo ofensa a nenhum dos princípios basilares da Administração Pública. Estando preservado o princípio da *legalidade, moralidade, probidade e interesse público*. Poder-se-ia ainda afirmar que a existência de Lei Municipal, desnecessária, apenas convalida os pagamentos realizados antes de sua vigência.

6.5 Da desnecessidade de procedimento licitatório para o ato de associação

Alegou o acórdão atacado que:

o repasse de verbas públicas à iniciativa privada tem o condão de gerar prejuízos ao erário, assim como viola o art. 37, XXI, da Constituição Federal, que impõe a obrigatoriedade

de licitação. Note-se que o caso em tela não se enquadra a qualquer das hipóteses de dispensa do procedimento licitatório previstas na Lei 8.666/93.

A análise do texto constitucional demonstra exatamente o contrário. Determina o art. 37, XXI, da CRFB, assim:

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

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Note-se que a associação a entidade privada sem fins lucrativos, que tem por único propósito a defesa dos interesses municipais, não irá exigir o procedimento licitatório. Não há caso de *contratação*, mas de *associação*. As duas figuras jurídicas são absolutamente distintas. No primeiro caso formaliza-se uma relação jurídica sinalagmática, com direitos e deveres contrapostos. No segundo caso há o ingresso em uma entidade com interesses concordantes.

Não há, igualmente, nenhum dos casos exigidos constitucionalmente, não há obras, prestação de serviços, compras ou alienações.

A Lei 8.666/1993 exige igualmente a necessidade de realização de licitação em casos de obras, serviços, compras, alienações, concen-

sões, permissões e locações da Administração Pública. Como se nota, não se trata de nenhum dos casos listados. O objeto estatutário das associações é defesa dos interesses dos Municípios.

Determina o art. 2º da Lei 8.666/1993:

Art. 2º As **obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações** da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Não há preço a ser comparado no presente caso. Trata-se de entidades com objetivos exclusivos e não intercambiáveis. Não há como se licitar qual entidade irá melhor defender os interesses municipais – essa escolha se dá por comunhão político-administrativa.

Não se aplica o processo licitatório previsto na Lei 8.666/1993 nem no Decreto 6.170/2007, porque inexistem preços de mercado a comparar entre mensalidades de associações sem fins lucrativos. Determina o Decreto 6.170/2007 que:

Art. 11. Para efeito do disposto no **art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, **sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.** (Grifo nosso)

Não há como se exigir algo impossível. Não há competição de mercado entre associações sem fins lucrativos. A sua natureza avessa ao lucro impede essa exigibilidade do procedimento licitatório.

O estatuto dessas entidades esclarece as atividades que serão prestadas, sendo que nenhuma delas assume o caráter de prestação de serviços típicos.

Nesse sentido entendeu a PRIMEIRA TURMA do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no julgamento do RECURSO ESPECIAL 1.46377-RJ, Relator Ministro ARI PARGENDLER, julgado em 26/8/2014, DJe 12/09/2014, e do AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 543.574-RJ, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, J. 16/12/2014, DJe 3/2/2015, que:

Associações desta natureza não ensejam relações jurídicas negociais como as previstas no art. 37, XXI, da Constituição da República mas também não se enquadram no seu art. 241, eis que não tratam da gestão de serviços públicos associados ou transferidos.

Não se aplicam aqui, portanto, as Leis 8.666/93 e 11.107/2005 porque a natureza das coisas é outra. A associação que aqui se examina é peculiar, voltada para o funcionamento interno dos entes federados, não se confundindo com os serviços públicos que cada um deles presta e não se confundindo com os sérvios públicos que cada um deles presta e não configurando aquisição ou alienação de bens e contratação de serviços.

Associações desta natureza estão previstas no art. 53 do Código Civil e, salvo melhor juízo, estão ao alcance das pessoas jurídicas de direito público. Dependendo de suas finalidades, não há ilicitude na formação de associações compostas exclusivamente por municípios e suas próprias associações, como no caso concreto.

Afirmada a licitude da associação, é absolutamente natural que se atribua aos próprios associados a fonte dos recursos para sua manutenção (art. 54, IV, do Código Civil). Por outro lado, tratando-se de mero ato de gestão, que enseje despesas módicas, cabe ao Chefe do Poder Executivo (art. 84, II, da CF) decidir se o município vai ou não aderir a determinada associação, sem que haja necessidade de lei específica para tanto, bastando autorização genérica na lei orçamentária para a respectiva despesa, tal como ocorre em diversas situações”.

Se por razões meramente argumentativas fosse alegada a exigibilidade de licitação então seria o caso de dispensa previsto no art. 24, XIII, assim:

“Art. 24. É dispensável a licitação: XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação éticoprofissional e não tenha fins lucrativos [...]. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994)

No mesmo sentido entendeu o Tribunal de Contas da União, no acórdão 1.342/2005, ser pacífico na jurisprudência daquele tribunal a licitude de enquadrar-se a contratação de associação sem fins lucrativos no texto previsto no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/1993, na medida em que haja nexos efetivo entre o dispositivo legal, a natureza da instituição e objeto contratado.

A contribuição associativa não possui a natureza de preço de serviço ou produto, devendo ser considerada como um tipo de prestação pecuniária, de natureza civil, voluntária, paga pelo associado em virtude de sua filiação a determinada associação, destinada à manutenção desta, conforme autorizado pelo art. 54, IV, do Código Civil. O valor recebido não se constitui em receita tributável.

6.6 Posição dos Municípios: pela autonomia administrativa municipal

A preservação da autonomia municipal é um dos patrimônios constitucionais mais importantes. Igualmente destacada é a preservação da sustentabilidade financeira das entidades municipalistas, muitas vezes financiadas por módicas contribuições. Não há nenhum objetivo lucrativo ou remuneratório nesses pagamentos.

Trata-se de um julgamento importantíssimo para os Municípios brasileiros, dado que a sua decisão afeta praticamente todos os Municípios da Federação. Os Municípios há décadas têm se associando a essas entidades municipalistas, pagando as contribuições/mensalidades associativas previstas estatutariamente, sem contestação dos órgãos de controle interno ou externo, bastando para tanto a existência de crédito orçamentário para seu atendimento. Qualquer decisão em sentido contrário irá ofender a estabilidade das relações jurídicas.

6.7 Considerações finais

Podemos afirmar categoricamente, com base nos argumentos acima listados, que:

(i) é dispensável a exigência de prévia lei autorizadora para que os Municípios se associem e contribuam com entidades associativas de natureza privada e sem fins lucrativos, porquanto é de natureza discricionária o ato de associação praticado pelo prefeito no uso de seu poder geral de administração, forte no art. 84, II, da CRFB, aplicável aos Municípios pelo princípio da simetria;

(ii) é desnecessária a realização de procedimento licitatório para a associação a entidades de defesa dos Municípios, por inexistência de contratação de produtos ou serviços, remunerados mediante o pagamento de preço.

7. Fundo de Participação dos Municípios (RE 705.423)

Relator: Ministro Edson Fachin
Dr. Paulo Caliendo*

7.1 Descrição do caso

O Recurso Extraordinário 705423 foi proposto pelo Município de Itaí contra o acórdão proferido na 4a Turma, do Tribunal Regional Federal da 5a Região. Tal decisão deu provimento ao apelo da União entendendo por correta a dedução dos valores destinados ao FPM em razão dos incentivos fiscais cedidos.

A decisão atacada ofende diretamente os interesses das administrações públicas municipais, prejudicando a arrecadação e a sustentabilidade financeira.

O fundamento utilizado na decisão proferida na Apelação Cível de Reexame Necessário 0003669-81.2009.4.05.8500 é que a União foi forçada a reduzir alíquotas de IPI para evitar prejuízo de determinadas indústrias. Tratava-se de medida anticíclica para proteger o setor industrial em um momento de desequilíbrio macroeconômico. A falta de demanda aliada ao aumento de custos impunha o risco de prejudicar todo o setor. A omissão estatal conduziria ao risco de provocar falências e queda de arrecadação tanto para União quanto para os Municípios.

* Paulo Caliendo é graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mestre em direito dos negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. É doutor em direito tributário pela PUC/SP. Professor titular na PUC/RS, onde compõe o corpo permanente de Mestrado e Doutorado.

7.2 Histórico do FPM

O Fundo de Participação dos Municípios (FPM) teve origem na Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, em seu art. 21. Este estabelecia que a Lei Complementar deveria regulamentá-lo, sendo inicialmente formado por 10% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), descontados os incentivos fiscais vigentes na época, restituições e outras deduções legais referentes a esses impostos.

O FPM foi regulamentado pelo Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, no seu art. 91. A sua efetiva distribuição ocorreu somente em 1967. Neste primeiro momento, o seu critério de distribuição era baseado na população dos Municípios. Com a Constituição de 1967, houve a tarifação do fundo, recepcionando a regularização pelo CTN. No mesmo ano, o Ato Complementar da Presidência da República 35 categorizou os Municípios em Capitais e Interior, as Capitais recebendo 10% do montante total do FPM e o Interior o restante.

Atualmente o Fundo de Participação dos Municípios representa a transferência constitucional de 22,5% da arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados, consubstanciada pelo art. 159, I, b e d, na Carta Magna, efetivada pela União aos Municípios. A distribuição ocorre de acordo com o número de habitantes por faixa populacional a cada qual é atribuído um coeficiente individual, baseado na Lei 5.172/1966, Código Tributário Nacional, e no Decreto-Lei 1.881/1981, sendo competência do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a divulgação estatística populacional dos Municípios e do Tribunal de Contas da União, e, com base nessa estatística, publicar no Diário Oficial da União os coeficientes dos Municípios.

O Fundo de Participação dos Municípios é parte influente no orçamento de cada Município da Federação, representando, muitas vezes,

quase a totalidade dos recursos percebidos. Ciente disso, dever-se-ia inibir os corriqueiros incentivos fiscais que alteram o cálculo do benefício. Ocorre que, por diversas práticas regulatórias de mercado, acarretam a redução do repasse do FPM para os Municípios, a exemplo da isenção do imposto sobre os automóveis que, por um lado, ventilou a indústria automobilística, e por outro, produziu prejuízo pela não arrecadação do imposto.

Exemplos como este demonstram a relativização do princípio do federalismo fiscal defendido pela Carta Magna diante do déficit de mercado. A Constituição prevê existência e uma forma de organização políticoconstitucional das finanças públicas, na qual há um grau de autonomia financeira entre os Entes da federação, numa escala de ordem de competências para legislar. Assim, tem-se participação no nível de União, Estado e Município, autônomos entre si na forma do art. 18 da CF de 1988, garantindo competência para legislar sobre os mesmos objetos. No caso dos Municípios, sua competência seria vinculada à noção de interesse local e de complementaridade das leis federais e estaduais.

No caso dos pequenos Municípios, como o do Recorrente, o FPM representa a maior parte da receita. Anualmente, é feito um planejamento de investimento desta receita e prevê-se um melhor desempenho das tarefas administrativas, vis benefícios sociais, protegidos constitucionalmente.

Neste sentido, qualquer medida que altere a percepção do fundo tem conotação indevida e inconstitucional, pois, havendo redução do repasse deste, colateralmente haverá déficit para a administração do Município, suspensão de projetos e de pagamentos. Conclui-se, pois, que a medida que teria por finalidade fornecer subsídios para a implementação das políticas públicas, contribuindo para o desenvolvimento municipal, ao seu revés, vem suspendendo projetos vitais, bem como impossibilitando a continuação dos já implementados em razão da falta de recursos.

7.3 Controvérsia jurídica

Constitucionalmente é impossível imaginar que haja tarefas não cumpridas em razão da carência de receita, justamente por existir este planejamento. Nesta seara, não seria possível a União, ou o Estado, deliberadamente, na intenção de regular déficit de mercado, interferir e prejudicar projetos que já contam com uma receita certa de desenvolvimento institucional, devendo ser restituído o valor repassado a menor.

A queda da atividade econômica em razão da crise financeira mundial deflagrada no final de 2008 iniciou uma política de reação do Governo Federal balizada principalmente na desoneração de impostos. Essa política, que deveria ser apenas emergencial, acabou virando praxe nos anos que se seguiram e foi intensificada com a nova redução da atividade econômica observada a partir de 2011. Mesmo em momentos de expansão da atividade, como em 2010, houve concessões, sendo estas interpretadas como uma nova relação fisiológica entre setores da economia e o Governo Federal.

O problema é que a União optou por concentrar as desonerações em impostos compartilhados com os demais Entes federados, prejudicando ainda mais as respectivas arrecadações já enfraquecidas pela crise. O principal imposto escolhido foi o IPI. Do ano de 2009 até o primeiro semestre de 2013 foram 58 legislações com desonerações estimadas pela Receita Federal que afetaram a arrecadação de IPI. Como exemplos podemos citar os Decretos 6.809/2009; 6.823/2009; 6.825/2009; 6.826/2009; 7.145; 7.222; 7.394; 7.541; 7.542; 7.543; 7.614; 7.631; 7.705; 7.716; 7.725; 7.742; 7.770; 7.792; 7.796; 7.834; 6.687/2008; 6.696/2009 e 6.890/2009.

Tais concessões realizadas pela União somam de 2009 a 2014 R\$ 42,6 bilhões. A perda decorrente na receita dos Municípios do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) somou R\$ 10,02 bilhões, e no IPIexportação foi de R\$ 1,06 bilhão.

Tal situação encontra-se agravada em face à desoneração da Contribuição da Intervenção do Domínio Econômico (Cide), que é igualmente partilhada com Estados e Municípios na proporção de 29%, e deste montante 25% são devidos aos Municípios

Em junho de 2012, por meio de decreto, o governo federal resolveu zerar a alíquota da Cide-Combustíveis, que fez com que não houvesse mais esta arrecadação. Os valores estimados desta perda estão na ordem de R\$ 500 milhões ao ano desde 2012 e ainda não há condições de se calcular a perda para o ano de 2013.

Para os Governos Estaduais a perda decorrente das desonerações do IPI no Fundo de Participação dos Estados somou R\$ 9,17 bilhões entre 2009 e 2014, e o impacto no IPI-exportação foi de R\$ 3,2 bilhões no mesmo período.

O Ministro Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário 572762, construiu o seguinte entendimento, o qual deve ser interpretado de forma análoga ao caso:

A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. II O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.

Este entendimento tem produzido eco em outros Estados, senão vejamos:

AGREGSL Nº 4077 SE (2009.05.00.082684-9) AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE NOSSA SENHORA DO SOCORRO - SE REPTE: JONAS GOMES DE MOURA NETO e outros

AGRAVADA: FAZENDA NACIONAL RELATOR: DES. FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA (PRESIDENTE) EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. SUSPENSÃO DE LIMINAR. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. BASE DE CÁLCULO DO FPM. INCLUSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA. EFEITO MULTIPLICADOR. OCORRÊNCIA. 1. A teor do art. 4º da Lei no 8.437/92, a suspensão de liminares proferidas contra o Poder Público somente é concedida quando ficar demonstrado que, do cumprimento imediato desse provimento judicial, ocorrerá ofensa a manifesto interesse público/flagrante ilegitimidade e grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. 2. Hipótese em que o potencial danoso à economia pública é evidente, já que, conforme informação da Secretaria do Tesouro Nacional, a inclusão de incentivos fiscais na base de cálculo da parcela do FPM representou um acréscimo de R\$ 4,6 milhões somente no mês de abril/09, sendo certo que o somatório anual, caso não seja suspensa a execução do ato judicial impugnado, alcançará cifra superior a R\$ 55 milhões. 3. O valor relativo ao acréscimo mensal acima citado (R\$ 4,6 milhões), embora pareça insignificante se confrontado com a receita tributária federal apurada no mesmo período (R\$ 57.698 bilhões), não deve ser menosprezado, pois, a cada ano, a acumulação de montantes daquela grandeza seria responsável por um efeito cascata que redundaria, de alguma maneira, em comprometimento das contas da União. 4. Efeito multiplicador que se verifica no caso concreto, em face do ajuizamento de várias ações judiciais semelhantes a esta e, por conseqüência, de inúmeros incidentes processuais perante esta eg. Corte. (AGREGSL Nº 4077 SE (2009.05.00.082684-9), Presidência do TRF5, Relator Luiz Alberto Gurgel De Faria (Presidente), julgado em 18/11/2009)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS NO MESMO SENTIDO DA SENTENÇA. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. CÁLCULO COM BASE NA ARRECADAÇÃO BRUTA DO IMPOSTO DE RENDA E IMPOSTO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. ART. 159 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PIN E PROTERRA. REPASSE DE RECEITAS, EXTEMPORÂNEO, ARRECADADAS EM PARCELAMENTOS ESPECIAIS DO IR E IPI COM CORREÇÃO MONETÁRIA (SELIC). CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA UNIÃO. PORTARIAS DA STN E BGU.

1. Não se conhece da apelação da Fazenda Nacional quanto à prescrição, porquanto as razões recursais estão deduzidas no mesmo sentido da sentença, que considerou prescritas as parcelas que antecederam o quinquênio da propositura da presente ação, por se tratar de prestação de trato sucessivo. 2. Considera-se correta a dedução dos valores relativos a incentivos fiscais (PIN E PROERRA), para efeito da composição da base de cálculo do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com base no montante de arrecadação bruta do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza e Imposto sobre Produtos Industrializados, sob pena de contrariedade ao Princípio da Isonomia, e das regras de repartição tributária previstas na Constituição Federal. 3. As receitas arrecadadas em parcelamentos especiais, a título de IPI e IR, devem compor a base de cálculo das parcelas do FPM, conforme dispõe o art. 159, I, "b", da CF. Havendo retenção indevida pela União de receitas que devem ser repassadas aos municípios, e se o repasse for extemporâneo, há de ser feito com a incidência de correção monetária e juros de mora. Contudo, no presente caso, não ficou demonstrado que já não houve o citado repasse com a devida correção monetária. 4. A divergência entre os valores divulgados nas portarias mensais da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e no Ba-

lanço Geral da União (BGU), pertinentes à arrecadação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados, não implica, por si só, a ocorrência de repasse a menor das quotas do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, posto que tais instrumentos levam em conta períodos de arrecadação e métodos de contabilização distintos.

5. Apelação do autor improvida. Apelação da Fazenda Nacional e remessa oficial parcialmente providas. (Apelação / Reexame Necessário – APELREEX7487/PE, Primeira Turma, Relator Emiliano Zapata Leitão, Julgado em 26/06/2012)

TRIBUTÁRIO – CONSTITUCIONAL – FIXAÇÃO DE QUOTAS NO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DOREPASSE – APELAÇÃO IMPROVIDA- Trata-se de Ação Ordinária movida pelo Município de Macapará, contra a União Federal, objetivando a condenação da ré a ressarcir as diferenças do repasse a menor título de FPM(Fundo de Participação dos Municípios). A sentença ora recorrida julgou procedente o pedido para declarar a ilegalidade da decisão normativa do TCU nº 38 e condenar a apelante a repassar à parte autora as diferenças do FPM relativas ao ano de 2001, observada a prescrição quinquenal, calculadas conforme critérios da decisão normativa TCU nº 37/2000. - Observa-se que a Decisão Normativa no 37 do Tribunal de Contas da União, publicada em 28 de dezembro de 2000, com início de vigência em 1º de janeiro do ano seguinte, estabeleceu a faixa de habitantes e os coeficientes a serem considerados para a distribuição das cotas do FPM aos Municípios durante todo o exercício de 2001. No entanto, em 02 de junho de 2001, o Presidente do TCU, com as prerrogativas que a lei lhe confere, baixou a Decisão Normativa no 38, alterando os Anexos I a IX da Decisão no 37, estipulando, assim, novos coeficientes a serem aplicados aos municípios brasileiros a partir de 1º de julho daquele ano. - Ora, entendo que a

Decisão Normativa no 38/2001, ao alterar os coeficientes e estipular a aplicação destes no mesmo ano de sua publicação, desrespeitou o princípio da anualidade que vige em Direito Financeiro e Tributário. - Demais disso, importante salientar que o Fundo de Participação dos Municípios, normalmente, é a principal fonte de renda dos Municípios. Assim, necessária se faz análise do princípio da anualidade, uma vez que a redução abrupta do repasse desta verba pode trazer conseqüências desastrosas para a administração municipal. - Precedentes citados: (STF, MS 24112, Relator: Sepúlveda Pertence, DJ 05.08.2005; TRF 1a Região, AC 200233000105964, UF: BA, Órgão Julgador: 8a Turma, Relatora: Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, Data da decisão: 01.03.2005, DJ 11.03.2005, p. 64; TRF 5a Região, AC 290976, UF: AL, Órgão Julgador: 3a Turma, Relatora: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, Data da decisão: 03.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 706). – Apelação improvida. (AC433255/PE (19/05/2011), Segunda Turma, Relator. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, julgado em 10/05/2011)

Cumprе acrescentar que, recentemente, foi noticiada a decisão do STF sobre o repasse da cota municipal sobre o ICMS nas áreas de comunicação e transporte interestadual e intermunicipal sem os descontos e isenções promovidos pelo Estado.

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Joaquim Barbosa, indeferiu o pedido de Suspensão de Liminar (SL) 707, ajuizado pelo governo de Goiás contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado que concedeu liminar favorável ao repasse integral ao município de Córrego de Ouro/GO da cota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas áreas de comunicação e transporte intermunicipal e interestadual.

De acordo com os autos, a decisão questionada do TJ determina o repasse da cota de participação do Município sem as deduções ori-

ginadas de benefícios fiscais concedidos pelo estado, em especial, os descontos pertinentes aos programas Fomentar e Produzir.

O governo goiano argumentou que os benefícios concedidos impedem a arrecadação dos créditos tributários e, portanto, os valores que não entram nos cofres públicos não podem compor a base de cálculo do quanto devido aos Municípios a título de participação na arrecadação efetiva do ICMS.

Alegou ainda que a liminar causa grave risco de quebra da ordem social e de ruína institucional, na medida em que privará o estado de recursos imprescindíveis ao custeio exclusivo de atividades estatais de interesse público primário.

O ministro Joaquim Barbosa apontou que, em situação análoga, sobre a mesma legislação estadual, indeferiu o pedido da SL 705, que envolve o município de Jeovânia/GO. Nesta decisão, considerou ausentes os requisitos para a concessão da suspensão de liminar, pois o governo goiano não comprovou o risco de absoluta incapacidade de continuar a prestar serviços públicos essenciais se a decisão atacada for revista pelos recursos e medidas ordinárias ao processo judicial.

A demonstração do esgotamento dos instrumentos cabíveis para readequar os gastos públicos de modo a garantir o respeito às decisões judiciais é imprescindível, sob pena de retorno prático à época em que o Estado era imune.

O presidente do STF afirmou ainda que a Constituição assegura ao Município uma parcela do produto arrecadado com a cobrança do ICMS, e não uma parte do produto que poderia ter sido arrecadado se não houvesse benefícios fiscais. Ocorre que, conforme destacou o ministro, os benefícios tratados no caso aparentemente se amoldam à hipótese prevista no art. 1º, IV, da Lei. Além disso, ele acrescentou que a validade de tais incentivos é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4589.

Não cabe discutir aqui a constitucionalidade dos benefícios. Porém, reconhecida a existência de densa controvérsia sobre o assunto, deve-se preservar a competência ampla dos órgãos judiciais para conhecer e examinar a matéria pelos instrumentos ordinários e recursais próprios do devido processo judicial. De outra forma, o eventual deferimento da suspensão de liminar poderia impedir que os Municípios interessados obtivessem a satisfação de suas pretensões, ainda que hipoteticamente o Judiciário local e o próprio Supremo Tribunal Federal venham a reconhecer a obrigatoriedade da arrecadação.

7.4 Posição dos Municípios

Diante dos precedentes colacionados e do evidente prejuízo que vem proporcionando a liberalidade de outros Entes da Federação na concessão de benefícios fiscais, entende-se pela restituição dos valores descontados do referido imposto a título de isenções fiscais concedidas pelo governo.

8. Precatórios (ADI 4.558)

Relatora: Ministra Rosa Weber
Cecille Pallarés*

8.1 Da matéria

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Paraná, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Resolução 115 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações introduzidas pela Resolução 123/2010, visto que a matéria abordada por estas Resoluções devem ser regulamentadas por Lei Complementar, conforme art. 97 do ADCT, e não por Resoluções do CNJ, órgão administrativo do Poder Judiciário, sem qualquer atribuição incumbida exclusivamente ao Legislativo, portanto.

Assim está posta a redação do dispositivo impugnado:

Art. 20. A entidade devedora deverá fornecer ao Tribunal de Justiça local demonstração do cálculo efetuado para fins de determinação do percentual da receita corrente vinculado ao pagamento de precatórios, sempre que esta tiver se beneficiado da escolha do menor percentual de vinculação admitido. § 1º. Os Tribunais de Justiça promoverão o levantamento das dívidas públicas de precatórios de todas as entidades devedoras sob sua jurisdição e, no caso daquelas em que, pela projeção da aplicação dos percentuais mínimos previstos constitucionalmente, se verificar que

* Cecille Pallarés é graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. É especialista em gestão de tributos e planejamento tributário pela PUR/RS. Mestranda em direito pela Universidade Autónoma de Lisboa.

os precatórios vencidos e vincendos não serão satisfeitos no prazo de 15 anos, fixarão percentual mais elevado, que garanta a quitação efetiva dos precatórios atrasados no prazo constitucional.

§ 2º. No cálculo de que cogita o § 2º do art. 97 do ADCT, o Tribunal de Justiça levará em consideração: a) o valor global e projetado para 15 anos da dívida pública de precatórios (vencidos e vincendos) da entidade devedora; b) a subtração do deságio máximo tolerável, de 50% (cinquenta por cento) sobre a parcela de precatórios pagável mediante acordos diretos e leilões, de 50% (cinquenta por cento), o que resulta em 25% (vinte e cinco por cento) a ser abatido do montante global dos precatórios; c) divisão do resultado da aliena anterior por 15 (quinze), número de anos para quitação dos precatórios atrasados; d) comparação percentual desse valor com a projeção em 15 anos da receita corrente líquida da entidade devedora, fixando o percentual obtido como valor a ser depositado mensalmente pelo ente devedor.

A norma atacada atenta diretamente aos interesses das administrações públicas municipais por se tratar de matéria específica dos Entes públicos municipais (pagamento de precatórios), de modo que altera e/ou cria regras diversas do texto constitucional, sendo prejudicial aos cofres públicos. Conforme nota técnica expedida pela CNM, aos problemas enfrentados pelos Municípios para o pagamento dos seus precatórios são:

a) a ordem cronológica, haja vista que, quando o Ente não possui recursos suficientes para arcar com um determinado precatório, travase a fila, prejudicando os demais credores;

- b) o comprometimento dos orçamentos municipais, em razão de obrigações constitucionais, em altos gastos com Educação, Saúde e pessoal; e
- c) a crise econômica, que tem gerado impacto nas suas receitas.

O acúmulo do estoque de precatórios associados aos entraves enfrentados pelos Municípios no pagamento de seus precatórios ocasionam o sequestro de verbas de inúmeras prefeituras, sendo que, em muitos casos, os sequestros causam a paralisação nos serviços públicos básicos, sendo inclusive, necessária a decretação de estado de emergência pelo gestor municipal.

Além de ter sido utilizado meio inadequado para a inserção de mais uma forma de regime de pagamento de precatórios, deve-se salientar que existe tramitando pelo Senado a Proposta de Emenda à Constituição 12, de 2006 (PEC/2006), que insere inovações no texto do art. 100 da CF, de 1988, em especial no art. 1º e no art. 2º, e acrescenta um novo artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecendo justamente um regime especial do pagamento de precatórios para os Estados, Distrito Federal e Municípios. Dever-se-ia buscar a agilidade do tramite da referida PEC em vez de criar mecanismos ilegais e inconstitucionais para estabelecer o regime de pagamento de precatórios.

8.2 Dos argumentos lançados

O Estado do Paraná esclarece que conforme o art. 100, § 15, da Constituição Federal, apenas por Lei complementar se é possível regulamentar as disposições constitucionais. Esse posicionamento é fortemente defendido pela Confederação Nacional de Municípios.

Logo, além da incompetência do Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão administrativo do Poder Judiciário, ainda pretende es-

tabelecer diretriz de regimento de pagamento de precatório diverso do que já está consubstanciado em Lei, usurpando competência legislativa do Poder Legislativo, havendo infração ao princípio da legalidade, visto que propõe o regime de pagamento via Resolução e não via Lei Complementar, conforme está determinado no art. 97 do ADCT.

Vejamos:

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Incluído pela Emenda Constitucional 62, de 2009) (Vide Emenda Constitucional 62, de 2009):

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este art. optarão, por meio de ato do Poder Executivo: (Incluído pela Emenda Constitucional 62, de 2009)

[...]

§ 14. O regime especial de pagamento de precatório previsto no inciso I do § 1º vigorará enquanto o valor dos precatórios devidos for superior ao valor dos recursos vinculados, nos termos do § 2º, ambos deste artigo, ou pelo prazo fixo de até 15 (quinze) anos, no caso da opção prevista no inciso II do § 1º. (Incluído pela Emenda Constitucional 62, de 2009)

Desta forma, a CNM defende que a utilização de Resolução para alterar previsão Constitucional de pagamento de precatórios fere o princípio da legalidade, presente no art. 5º, inc. II, da Constituição, e viola o princípio da separação dos poderes, consubstanciado no art. 2ª da CF, visto que atua como se legislador fosse. Ainda, por fim, além de estabelecer regime especial de pagamento diverso do criado pelo legislador, este apresenta um prejuízo financeiro ao erário, razão pela qual, além das inconstitucionalidades apontadas, não é possível a permanência deste ato regulatório.

8.3 Controvérsia jurídica

Conforme o já exposto, cinge-se à controvérsia jurídica sobre a competência do CNJ em determinar a forma pela qual os Entes da Federação farão o pagamento dos precatórios, afetando a escolha da forma pela vinculação de receita. Todavia, o CNJ é órgão administrativo que não tem função jurisdicional, sendo suas atribuições limitadas pelo texto constitucional, não podendo enquanto órgão do poder Judiciário extrapolar suas atribuições e tomar para si incumbências do poder Legislativo, como a criação de norma para o pagamento dos precatórios.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o CNJ não faria parte da estrutura dos órgãos da União, mas sim do Poder Judiciário, reforçando a questão da separação de competência dos poderes. Colaciona-se trecho do acórdão a ADI 3.367/DF da lavra do Ministro Cezar Peluso sobre o posicionamento do CNJ enquanto órgão do Poder Judiciário.

Nesse diagrama constitucional, nunca se ouviu sustentar que as particularidades concretas da organização da estrutura judiciária violam o pacto federativo. E não se ouviu, porque perceptível sua natureza nacional unitária, embora decomposta e ramificada, por exigências de racionaliza-

ção, em múltiplos órgãos dotados de sedes e de âmbitos distintos de competência. Não se descobre, pois, sob esse ângulo, por que a instituição do Conselho Nacional de Justiça não se ajustaria à organização constitucional do Poder.

Não se quer com isso afirmar que o princípio federativo tenha repercussão na fisionomia constitucional do Judiciário. Suas considerações mais evidentes parecem estar à raiz da norma que delega aos Estados-membros competência exclusiva para organizar sua Justiça, responsável pelo julgamento das causas respeitantes a cada unidade federada (art. 125). Toca-lhes, assim, definir a competência residual de seus tribunais, distribuí-la entre os vários órgãos de grau inferior, bem como administrá-la na forma prevista no art. 96, coisa que revela que a estrutura judiciária tem um dos braços situados nas Justičas Estaduais. Mas a criação do Conselho Nacional de Justiça em nada altera esse quadro, nem desfigura doutro modo o pacto federativo.

Ademais, o Conselho reúne as características palpáveis de órgão federal, enquanto representativo do Estado unitário, formando associação das unidades federadas, mas não de órgão da União.

O Conselho não é concebido nem estruturado como órgão da União, e, sim, do Poder Judiciário nacional, donde ser irrelevante que seu orçamento seja federal, pois a origem da fonte de custeio não transmuda a natureza nem a relação de pertinência do órgão no plano da separação dos Poderes [...].

Isto posto, o entendimento sobre a natureza do CNJ enquanto órgão do Poder Judiciário esclarecido pelo trecho do Ministro Cezar Peluso vem justificar a infração à separação dos Poderes, quando órgão administrativo do Poder Judiciário usurpa competência do Poder Legislativo.

8.4 Posição dos Municípios: pela inconstitucionalidade

Os Municípios, na Ação Direta de Inconstitucionalidade analisada, se posicionam no sentido de haver inconstitucionalidade formal no dispositivo impugnado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.558.

Isso porque há clara invasão ao poder Legislativo pelo CNJ ao estabelecer forma diferente do que consta no texto legal para o pagamento dos precatórios, bem como a violação ao princípio da legalidade, visto que consoante ao art. 100, §15º da CF, apenas através de Lei Complementar é possível estabelecer regras de regime especial de pagamento de precatórios.

8.5 Considerações finais

Através do presente trabalho, pretendeu-se esmiuçar o escopo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.558, proposta pelo Estado do Paraná. Objetivou-se, através da utilização de um método dialético a firmação dos argumentos lançados pela autora da ação proposta, de forma a demonstrar que a alegada inconstitucionalidade subsiste.

Além disso, o propósito foi o de expressar a posição defendida pela Confederação Nacional de Municípios como organização representante dos interesses das Municipalidades.

9. Serviços Postais (RE 667.958)

Relator: Ministro Gilmar Mendes
Wesley Rocha*

9.1 Descrição do caso

A respectiva demanda versa sobre o caso de serviços postais. Trata-se do recurso extraordinário 667958, em que a Empresa Brasileira de Correios Telégrafos (EBCT) visa declarar a inconstitucionalidade de entrega de correspondência, *in casu*, carnê de IPTU pelo próprio Ente municipal.

No Recurso Extraordinário, a empresa de Correios, ora recorrente, alega que a execução dos serviços postais em todo território nacional é de competência administrativa da União Federal, como determina o art. 21, X, da Constituição Federal, e é prestado por meio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em regime de exclusividade (monopólio postal) nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978.

Esse tema já foi objeto de diversas demandas no poder judiciário, uma vez que muitos Municípios já se utilizam desse sistema de entrega de carnê de IPTU como alternativa mais benéfica à administração pública, em termos financeiros, é claro, pois no caso o Município teria que descolar servidores para o serviço que a *priori* seria da empresa de Correios. Porém, como veremos abaixo, o interesse público e a competên-

* Wesley Rocha é graduado pela Universidade de Caxias do Sul/RS. É especialista em planejamento tributário pela Universidade de Brasília e advogado da Confederação Nacional de Municípios.

cia tributária permitem que a administração pública municipal realize a entrega dos documentos referentes ao seu tributo.

9.2 Controvérsia jurídica

A controvérsia jurídica é instaurada, segundo entendimento dos Correios, a partir da lei que impõe o serviço público exercido pela Empresa Brasileira de Correios e telégrafos (ECT), a Lei 6.538, de 22 de junho de 1978.

Em que pese a mencionada Lei ter sido editada anteriormente à Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada, na medida em que prevê que o monopólio dos serviços postais pertencem à União, conforme determina o art. 21, inc. X, e consiste em uma das competências administrativas da União Federal.

Dispõe o art. 2º do diploma legal:

Art. 2º – O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

O conceito de serviço postal vem logo abaixo em seu art. 7º, sendo que o monopólio postal é expressamente consagrado no art. 9º em relação à entrega de cartas, cartões-postais, correspondências agrupadas e emissões de selos:

Art. 7º – Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

§ 1º – São objetos de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão-postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;

e) pequena – encomenda.

§ 2º – Constitui serviço postal relativo a valores:

a) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;

b) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;

c) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

§ 3º – Constitui serviço postal relativo a encomendas a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal.

O art. 9º da citada Lei dispõe o seguinte:

Art. 9º – São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada:

III – fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

§ 1º – Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal;

a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal;

b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

Por outro lado, o mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, menciona que *não constitui monopólio* o seguinte:

§ 2º – Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

Nesse sentido, inexistente usurpação das atividades que possa ferir o monopólio da União. O parágrafo único do art. 170 da Constituição assim prevê:

É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, um fato primeiro é de que há nesse contexto a livre concorrência, mas, acima disso, a entrega feita pelo Município não é serviço fim do Ente público municipal, e ele não concorre diretamente com a empresa de Correios da União, uma vez que a entrega se faz somente em seu território.

Possivelmente aqui reside o ponto central jurídico do debate: a entrega de carnês de IPTU pelos Municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, *não viola o monopólio da União na manutenção do serviço público postal*.

O Código Tributário Nacional assevera a competência da autoridade administrativa para a constituição e cobrança do crédito tributário. O dispositivo principal nesse entendimento, o art. 142 do Código Tributário Nacional, que perfila a autonomia dos Entes federativos em constituir seus créditos, assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim en-

tendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Desta forma, a entrega do carnê de IPTU pela própria autoridade tributante, no caso o Município, não viola o monopólio da União Federal sobre a prestação de serviços postais, na medida em que encontra guarida na própria competência da autoridade local para constituição e cobrança de tributos. Logo, citando Marcos Bernardes de Mello, verifica-se o fato jurídico tributário, *in verbis*:

(d) O fato jurídico tributário, no qual sua eficácia final de exigibilidade do crédito fiscal (nascimento da pretensão da entidade tributante a receber o tributo devido e da correspondente obrigação do contribuinte ou responsável de pagá-lo) depende da efetivação do lançamento, com a devida notificação do contribuinte, quando for caso do chamado lançamento direto (vide, adiante, no § 8º, iv). [...] Efetivado o lançamento, diretamente pela autoridade fazendária ou pelo contribuinte, por delegação, conforme a espécie, como decorrência da eficácia que lhe atribui o art. 142 do CTN de constituir o crédito tributário, o direito subjetivo do sujeito ativo da relação jurídica tributária (= crédito tributário) se transforma em pretensão e o dever do sujeito passivo, em obrigação, revestindo-se de exigibilidade. O lançamento, assim, constitui ato jurídico necessário e vinculado a que o contribuinte possa pagar o tributo devido; é ato jurídico que integra o suporte fático jurídico tributário para deflagrar sua eficácia total: fazer nascer a obrigação de pagar o tributo.

Sem lançamento não há obrigação de pagar tributo (a chamada obrigação tributária principal). Por isso, nos tributos em que há lançamento direto, enquanto a autoridade não o realiza e dele não notifica o contribuinte, embora exista o dever de pagar o tributo, não há a obrigação de pagá-lo; mais ainda, não o pode pagar, mesmo que o queira. Quando se trata de lançamento por delegação, porém, a exigibilidade do crédito não fica sujeita apenas à sua efetivação, mas nasce desde o momento em que deveria ser efetivado, independentemente de que o contribuinte cumpra sua obrigação de fazê-lo. Portanto, se o contribuinte inadimplente, na data aprazada, sua obrigação de fazer o lançamento, a obrigação de pagar o tributo devido surge desde ali. O inadimplemento da obrigação de lançar, por configurar a prática de um ilícito relativo, não pode beneficiar o infrator. Por essa razão fica o contribuinte sujeito às penalidades aplicáveis ao caso de não-pagamento do tributo se não for efetivado o lançamento e, por esse ou qualquer outro motivo, deixar de efetuar o pagamento do tributo devido. (*Teoria do Fato Jurídico, Plano da Eficácia*, 1ª Parte. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 34-44. Grifo nosso).

Sendo assim, a entrega do carnê de ITPU não fere a exclusividade da empresa de Correios, uma vez que o Município possui pela Constituição e pelo Código Tributário Nacional o poder de tributar e gerenciar seus tributos, de forma que a expedição e a entrega da notificação é a perfectibilização do lançamento do tributo, e que ao Ente público é guardada a prerrogativa de atuar conforme as possibilidades e limites tributários.

Essa possibilidade por óbvio que não permite que o Município terceirize a entrega, dado que justamente nesse ponto esbarra a exclusividade dos Correios. Isto é, em sendo a entrega realizada pelo próprio Município, não há interferência no monopólio Constitucional da EBCT na tarefa de efetuar o serviço postal, e tal somente ocorreria caso a muni-

cipalidade optasse pela terceirização do serviço, o que, contudo, não é o caso em comento.

Desta forma, a entrega do carnê de IPTU realizada pelo próprio Ente municipal não fere o monopólio postal previsto no art. 21, X, da Constituição Federal.

9.3 Precedentes

O processo que pôs fim às controvérsias jurídicas sem sombra de dúvida é a decisão proferida no Recurso Especial 1.141.3000-MG, pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalho, julgado em 25/8/2010, em que foi decidido sob o rito dos recursos repetitivos, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. VIOLAÇÃO DA LEI Nº 6.538/78. PRIVILÉGIO DA UNIÃO NA MANUTENÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL. ENTREGA DE CARNÊS DE IPTU POR AGENTES ADMINISTRATIVOS DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE. 1. A entrega de carnês de IPTU pelos municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço público postal. 2. A notificação, porque integra o procedimento de constituição do crédito tributário, é ato próprio dos entes federativos no exercício da competência tributária, que a podem delegar ao serviço público postal. 3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, a Jurisprudência dominante das Cortes Superiores foi no sentido de determinar a legitimidade dos Municípios para entregar seus carnês de IPTU, sem a necessidade da utilização dos ser-

viços dos Correios, desde que o serviço não seja delegado a terceiro que não a EBCT.

Isso porque nesse marco exponencial ficou configurado na ADPF 46, de relatoria Ministro Marco Aurélio, que o regime de privilégio da União está adstrito às atividades descritas no art. 9º da Lei 6.538/78, desde que ausente a mercantilidade da atividade postal.

Conforme a jurisprudência do STJ, em sede de julgamento de recurso representativo de controvérsia, no REsp 1111124/PR, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, “a remessa ao endereço do contribuinte, do carnê de pagamento do IPTU é ato suficiente para a notificação do lançamento tributário”.

Nesse sentido, transcreve-se precedentes da Corte Superior:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESA BRASILEIRA DE **CORREIOS** E TELÉGRAFOS. **MONOPÓLIO** POSTAL. ENTREGA DE FATURAS DO SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. MATÉRIA ESTRANHA AO OBJETO DA LIDE. ENTREGA DE GUIAS DE **IPTU** PELO MUNICÍPIO, SEM A INTERMEDIÇÃO DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No caso, a agravante ajuizou Ação Cominatória, requerendo que o Município agravado se abstivesse de “exercer a distribuição e entrega de cartas, bem assim consideradas as Guias de Arrecadação de Tributos, Guias de **IPTU**, Impostos e Taxas Municipais”, pelo que mostra-se descabida a discussão acerca do alegado **monopólio** na entrega de faturas decorrentes da prestação de serviço de água e esgoto, pois tal questão não é objeto da presente lide.

II. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.141.300/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, submetido ao rito do art. 543-C do CPC,

firmou o entendimento no sentido de que “a entrega de **carnês** de **IPU** pelos Municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço público postal. A notificação, porque integra o procedimento de constituição do crédito tributário, é ato próprio dos Entes federativos no exercício da competência tributária, que a podem delegar ao serviço público postal” (STJ, REsp 1.141.300/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/10/2010).

III. Agravo Regimental improvido.

(**Processo** AgRg no AREsp 325492 / MG. Agravo regimental no agravo em recurso especial, 2013/0102563-8, T2 - Segunda Turma, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 02/05/2014).

Os Tribunais Regionais Federais também em suas decisões já têm sólido posicionamento favorável aos Municípios:

TRF-5 – Apelação Cível AC 399854 PE 000042133. 2006.4.05.8300 (TRF-5) **Data de publicação: 21/12/2006**
Ementa: ADMINISTRATIVO. CORREIOS. SERVIÇO POSTAL. **ENTREGA** DE CARNÊS DO **IPU** PELO PRÓPRIO MUNICÍPIO E ATRAVÉS DE TERCEIROS. POSSIBILIDADE APENAS QUANTO À MUNICIPALIDADE. QUEBRA DO MONOPÓLIO POSTAL DA UNIÃO. AUSÊNCIA. 1. A jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que o monopólio postal da União, exercido por intermédio da ECT, está previsto na ordem constitucional vigente. 2. No caso dos autos, não se inclui no aludido monopólio à **entrega** pela **própria** municipalidade de **carnês** do **IPU** através de pessoal integrante dos seus quadros, eis que realizada de forma eventual e sem fins lucrativos, nos termos da exceção prevista no art. 9º, PARÁGRAFO2, b da Lei nº 6.538 /78. 3. A exclusividade conferida à ECT foi justo para facilitar o atendimento do in-

teresse público, portanto, se os interesses locais não estão sendo atendidos através dos serviços dos Correios deve ser possibilitada a prestação desses serviços pelo **próprio município** interessado. É que dispondo de pessoal instruído para realizar as *diligências* necessárias à **entrega** desses documentos desfrutará de condições mais propícias a efetivamente atender o interesse local, o que não seria possível na hipótese de contratação pelo município de pessoa jurídica diversa da ECT para prestação dos referidos serviços, uma vez que estaria configurada a atividade lucrativa da empresa contratada. 4. Apelação provida em parte.

TRF-2 – APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO APELREEX 200950020022875 RJ 2009.50.02.002287-5 (TRF-2)

Data de publicação: 29/08/2012

Ementa: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ECT. SERVIÇO POSTAL. REGIME DE PRIVILÉGIO. **MUNICÍPIO. CARNÊS DE IPTU. ENTREGA** AO CONSUMIDOR POR SEUS **PRÓPRIOS** AGENTES. MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. 1. Trata-se de remessa necessária e apelação interposta em face de sentença que, nos autos de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial, sob o fundamento de que •o monopólio postal dos Correios apenas impede que o remetente escolha outra empresa ou remunere terceiro para prestar serviço de **entrega** de correspondência. Restará sempre ao indivíduo a liberdade de ou se utilizar dos serviços postais dos Correios ou realizar diretamente a **entrega** da carta-. 2. À vista do que foi decidido no julgamento da ADPF nº 46-7/DF, pelo Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, resta ultrapassada a divergência acerca da exclusividade da prestação do serviço postal pela União, em regime de privilégio, mediante outorga legal à empresa pública federal. 3. Não se discute que a Lei nº 6.538 /78 define claramente

o que seja •carta–, no sentido de que se cuida de •objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário– (art. 47). 4. Tampouco há a pretensão de se excluir desse conceito legal os boletos bancários e notificações para cobrança de débitos, faturas de consumo de gás, luz e outras, bem como qualquer correspondência que contenha informação de interesse específico do destinatário. 5. Na esteira da orientação firmada no âmbito do Colendo STJ, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço postal a **entrega de carnês de IPTU** pelos **Municípios**, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, como se verifica no caso posto sob julgamento. 6. Apelação e remessa necessária conhecidas e desprovidas.

TRF-1 – APELAÇÃO CIVEL AC 1490 MG 2006.38.08.0014902 (TRF-1)

Data de publicação: 19/12/2008

Ementa: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO AJUIZADA PELA ECT CONTRA A **ENTREGA DE CARNÊ DE IPTU** E CONTA DE ÁGUA E ESGOTO AO CONTRIBUINTE/CONSUMIDOR PELO PRÓPRIOMUNICÍPIO E PELA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A AUTARQUIA. ATIVIDADE DE **ENTREGA** NÃO INCLUÍDA NO MONOPÓLIO POSTAL. 1. É possível a formação de litisconsórcio passivo facultativo entre o ente político municipal e autarquia municipal em ação ajuizada pela ECT, com o objetivo de que os Réus se abstenham de exercer a distribuição e **entrega** de guias de **IPTU**, impostos e taxas municipais e contas/faturas de água e esgoto (CPC, art. 46, II e IV). Desconstituída sentença que extinguiu o processo

sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, por falta de indicação de qual dos dois Requeridos deveria responder à ação. 2. Estando o processo regularmente instruído, e sendo a matéria exclusivamente de direito, incide na espécie o princípio da economia processual, para propiciar, desde logo, o julgamento da lide, aplicando-se o art. 515, § 3º, do CPC. 3. A **entrega de carnês de IPTU**, contas de água e esgoto, diretamente pelos agentes municipais e da empresa concessionária não se inclui no conceito de serviço postal, de modo que tal prática não viola o monopólio estatal, quanto à exploração desse serviço. Precedentes desta Corte. 4. Apelação da ECT parcialmente provida, a fim de desconstituir a sentença de primeiro grau, mas, ao decidir a causa, com amparo no disposto no art. 515, § 3º, do CPC, julgar improcedente o pedido autoral. PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO AJUIZADA PELA ECT CONTRA A **ENTREGA DE CARNÊ DE IPTU** E CONTA DE ÁGUA E ESGOTO AO CONTRIBUINTE/CONSUMIDOR PELO **PRÓPRIO MUNICÍPIO** E PELA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A AUTARQUIA. ATIVIDADE DE **ENTREGA NÃO INCLUÍDA NO MONOPÓLIO**.

9.4 Posição dos Municípios: pelo não reconhecimento do monopólio no presente caso

Os Municípios, frente à sua autonomia federativa e tributária, entendem ser de ímpar importância a manutenção do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por não haver violação ao previsto no art. 21, X, da Constituição Federal.

Esse formato de entrega dos carnês de IPTU, por meio da administração pública, em tempos de dificuldade financeira aos Entes mu-

nicipais, acaba por contribuir nos custos e viabiliza um método menos oneroso ao erário público municipal.

Ainda, a entrega de carnês não se restringe somente ao IPTU, podendo o Ente municipal entregar também guias do ISS, já que a extensão da interpretação dá-se ao caso. Isso porque, no Brasil, a realidade socioeconômica é muito distinta e esparsa, havendo diversas regiões com dificuldades na arrecadação desse imposto por diversos motivos.

Esse procedimento feito pelo Município atende inclusive aos interesses públicos como um todo, uma vez que a administração evita ter custos maiores com a realização de atos tais como a entrega de carnês que objetivam a cobrança de impostos municipais.

10. Bibliografia

ANGELL, Ernest. The Amicus Curiae: American Development of English Institutions. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 16, p. 1.0171.044, 1967.

BARRETO, Aires F. ISS na Constituição e na Lei. *Dialética*, 2003.

BISCH, Isabel da Cunha. *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade: Um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

KEARNEY, Joseph; MERRILL, Thomas. The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 148, p. 743855, 2000.

KRISLOV, Samuel. The *Amicus Curiae* Brief: From Friendship to Advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, p. 694-721, 1963.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico, Plano da Eficácia. 1ª Parte.* São Paulo: Editora Saraiva, 2003.





Sede

SCRS 505, Bl. C – Lt. 01 – 3º Andar
CEP: 70350-530 – Brasília/DF
Tel/Fax: (61) 2101-6000

Nova Sede

SGAN 601 – Módulo N
CEP: 70830-010
Asa Norte – Brasília/DF

Escritório Regional

Rua Marcílio Dias, 574
Bairro Menino Deus
CEP: 90130-000 – Porto Alegre/RS
Tel/Fax: (51) 3232-3330

www.cnm.org.br

 /PortalCNM

 @portalcnm

 /TVPortalCNM

 /PortalCNM