

Conselho Editorial:

Marcos Juruena Villela Souto
José Eduardo Martins Cardozo
Lucas Abreu Barroso
Márcia Walquíria Batista dos Santos
Jairo Saddi
José Luiz Quadros Magalhães
Paulo Roberto de Almeida
José Marcelo Martins Proença
Darcy Zibetti
Carlos Ayres Britto

Direção:

João Eduardo Lopes Queiroz

Secretário:

Raphael de Melo Galvão

Normalização Bibliográfica:

Missandre Cristina Pinheiro

Sumário:

1. Finanças Públicas.....	3
Ricardo Chimenti	
2. Agências Reguladoras.....	43
Marcos Juruena Villela Souto	
3. Impostos, Taxas e Contribuições como Fontes de Receitas da Administração Pública.....	86
José Marcelo Martins Proença	

Finanças Públicas

Ricardo Chimenti¹

1. Conceito e Aspectos Gerais

Superada a época das corvéias, quando o Estado não remunerava os serviços públicos e parte das necessidades estatais eram supridas por meio de saques e escravidão dos povos vencidos em guerras, começou o desenvolvimento da ciência das finanças públicas, que estabelece os princípios e as regras por meio dos quais, diretamente ou por meio dos seus delegados, o Estado planeja e administra os ingressos e as saídas dos recursos, de forma a realizar o bem estar social.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 estabeleceu que ao Poder Executivo (cujo chefe era o Imperador) cabia elaborar o projeto orçamentário e enviá-lo à Assembléia Geral (composta pela Câmara e pelo Senado), a quem competia a sua aprovação (art. 13, X). À Câmara dos Deputados cabia a iniciativa

¹Mestre em Direito Processual Civil. Juiz Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça. Professor do Mackenzie e do Complexo Jurídico Damásio Evangelista de Jesus. Autor dos Livros: Direito Tributário 9ª ed. (Ed. Saraiva); Curso de Direito Constitucional 3ª ed. (Ed. Saraiva); Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Federais e Estaduais 4ª ed. (Ed. Saraiva); Execução Fiscal Comentada e Anotada. 4ª ed. (Ed. Revista dos Tribunais).

privativa das leis de criação dos impostos e a fiscalização orçamentária (arts. 36 e 37).

A Constituição Federal de 1988 trata das Finanças Públicas em seus artigos 163 a 169, estabelecendo que as normas gerais sobre a matéria devem ser explicitadas por Lei Complementar. Em seu artigo 24, I e II, o diploma maior estabelece que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre Direito Tributário, Direito Financeiro e Orçamento.

À União cabe estabelecer as normas pertinentes às suas próprias finanças e regras gerais de abrangência nacional. Os Estados e o DF possuem competência para suplementar as diretrizes nacionais e assim garantir a plena aplicabilidade destas no âmbito regional.

Em síntese, quanto à competência concorrente, verifica-se que a função principal dos Estados e do Distrito Federal é legislar de forma detalhada sobre as matérias estabelecidas no art. 24 da CF, observadas as regras gerais fixadas pela União.

Inexistindo lei federal sobre as normas gerais previstas no artigo 24 da CF, Estados e Distrito Federal exercerão a competência legislativa plena (legislarão sobre as normas gerais e sobre as especificações regionais que atendam às suas peculiaridades). A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá (mas não revogará) a eficácia da lei estadual que lhe for contrária.

Aos municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a legislação estadual no que couber (arts. 30, I e II, da CF). Assim, diante da ampla autonomia que lhes foi conferida pela atual Constituição, os Municípios também legislam sobre direito financeiro, tributário e orçamento, observando as diretrizes nacionais e regionais.

À União também compete, de forma privativa, emitir moeda (por intermédio do Banco Central, cujos diretores são nomeados pelo Presidente da República após a aprovação dos seus nomes pelo Senado Federal), administrar as

reservas cambiais e legislar sobre o sistema monetário do País (art. 21, VII e VIII, art. 22, VI e 164, *caput*, todos da CF).

No âmbito infraconstitucional, as normas mais importantes sobre finanças públicas são: a) a Lei 4.320/64, recepcionada com força de lei complementar pela CF de 1988 e que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios; b) a Lei 5.172/66, também recepcionada com força de Lei Complementar (arts. 146 da CF e 34, § 5º, do ADCT) e que instituiu o Código Tributário Nacional; c) a Lei 6.830/80, que disciplina o processo de execução fiscal e a Lei Complementar 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal (a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal).

2. Orçamento e Processo Legislativo Orçamentário

Orçamento é a peça legal (tem natureza jurídica de lei formal) que autoriza despesas e estima receitas. A CF exige que a matéria seja disciplinada por lei (art. 165, *caput*), e não por simples ato administrativo.

Por meio do orçamento é traçado um planejamento da ação estatal. Conforme leciona José Matias Pereira², “ o orçamento pode ser aceito como um acordo especial entre o Estado e o Contribuinte, sob a mediação do parlamento, visto tratar-se de um ato que materializa a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, paralelamente à natureza e ao montante dos dispêndio a serem efetuados, por meio de atividades e projetos, que permitem a obtenção de objetivos e o atingimento de metas”.

José Afonso da Silva³ esclarece que a Constituição de 1988 instituiu o orçamento como um sistema de planejamento estrutural (todos os planos e programas têm suas estruturas estabelecidas segundo o plano plurianual), integrando a política econômica (intervencionismo direto) e a política fiscal

² Finanças Públicas, 1999, Atlas, São Paulo, p. 128

³ Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª edição, 2000, Malheiros, p. 711

(intervencionismo indireto). “Essa integração, agora bem caracterizada na sistemática orçamentária da Constituição, é que dá configuração à concepção de *orçamento-programa*”.

Uadi Lammêgo Bulos⁴ explica que “ O orçamento-programa derivou da concepção de se criar um orçamento que interferisse na reestruturação da economia estatal. Isto porque o orçamento clássico não objetivava promover ação direta do Estado na economia. Mas com a crise econômica de 1929, que significou a grande depressão americana da época, e com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, o binômio orçamento público e economia nacional passou a se conectar, devido à necessidade de planejamento, reestruturação e programação da atividade governamental. Por conseguinte, a noção clássica de orçamento, que preconizava a assertiva ‘ equilibrar para crescer financeiramente’, cedeu lugar a uma concepção ampla de orçamento, equacionando realidade orçamentária e técnica de planejamento. Surgia, assim, o orçamento programa, aqui compreendido como a espécie ou variedade do gênero orçamento, cuja tarefa é programar e planejar a atividade econômica e a ação governamental do Estado, fomentando o crescimento das entidades político-administrativas de direito público interno”.

Cabe ao Poder Legislativo, com a sanção do chefe do Poder Executivo, dispor sobre plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado (artigo 48, II, da CF). A iniciativa do projeto de lei do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, contudo é do chefe do Poder Executivo, nos termos dos artigos 84, XXIII e 165, ambos da CF).

O Processo legislativo orçamentário observa normas próprias (artigo 166 da CF), aplicando-se subsidiariamente as regras do processo legislativo em geral (arts. 64/69 da CF).

Cabe a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo. A Resolução 02/95 do Congresso Nacional dispõe sobre a Comissão Mista Permanente a que se

⁴ Constituição Federal Anotada, 3ª edição, 2001, Saraiva, p. 1109

Refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal, e sobre a Tramitação das Matérias a que se refere o mesmo.

As emendas serão apresentadas na comissão mista, que sobre elas emitirá parecer, e somente podem ser aprovadas caso sejam compatíveis com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e indiquem os recursos necessários (admitidos apenas os provenientes de anulação de despesas).

São vedadas as anulações de despesas pertinentes às dotações para pessoal e seus encargos, serviço da dívida, transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal

Também são admitidas emendas relacionadas com a correção de erros ou omissões, ou com os dispositivos do texto do projeto de lei.

O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta.

Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Não havendo regra expressa em sentido diverso, conclui-se que as leis orçamentárias são de natureza ordinária.

É vedada a edição de Medida Provisória ou de Lei Delegada a respeito de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (arts. 62, § 1º, I, “d” e 68, § 1º, III, ambos da CF). A única exceção são os créditos extraordinários, que adiante serão comentados e que podem ser liberados por medida provisória (art. 62, § 1º, I, d e 167, § 3º, ambos da CF, c.c. o art. 44 da Lei 4.320/64 e a Resolução 01/02 do Congresso Nacional) ou mesmo por Decreto do Poder Executivo (nos casos de Estados e Municípios nos quais o chefe do executivo não possa editar MP).

A transparência da gestão fiscal deve ser assegurada, também, mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias (LDO) e orçamentos (art. 48 da LC 101/00). No âmbito municipal, a Lei 10.257/01, denominada Estatuto das Cidades, estabelece a gestão orçamentária participativa, impondo às Câmaras Municipais a realização de debates, consultas e audiências públicas como condição prévia para a aprovação do plano plurianual, da LDO e da Lei Orçamentária Anual.

3. Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

Há três espécies de leis orçamentárias, que devem compatibilizar-se de forma a integrar a política econômica e a política orçamentária.

3.1 O PPA

A primeira é o Plano Plurianual (PPA), que estabelece, *de forma regionalizada*, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de relativas aos programas de duração continuada e para as despesas de capital (que aumentam o patrimônio público ou amortizam o principal das dívidas de longo prazo), nos termos do § 1º do art. 165 da CF. Em síntese, estabelece o que será desenvolvido de novo, ou aprimorado, no período da sua vigência.

É vedado investimento que demande mais de um exercício financeiro para sua execução sem que haja autorização no PPA ou em lei que permita a inclusão da despesa (art. 167, § 1º da CF), sob pena de crime de responsabilidade.

No Brasil, de acordo com o artigo 34 da Lei 4.320/64 (recepcionado com força de Lei Complementar pelo art. 169, §9º, I, da CF), o exercício financeiro coincide com o ano civil.

Até que Lei Complementar Federal disponha de forma diversa, o PPA deve trazer previsões para quatro anos. É elaborado no primeiro ano do mandato

presidencial e tem vigência até o final do primeiro ano do exercício financeiro do mandato presidencial subsequente (art. 35 do ADCT). Admite-se que as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais estabeleçam prazos diversos para o PPA estadual ou municipal, mas normalmente são seguidas as regras da CF.

Até 31 de agosto do primeiro ano do mandato executivo (quatro meses antes do término do exercício financeiro) o projeto de lei pertinente ao PPA deve ser encaminhado ao Poder Legislativo. O projeto deve ser votado e devolvido, em forma de autógrafos (redação final), para sanção ou veto do chefe do Poder Executivo (art. 35, I, do ADCT), até o término da sessão legislativa (15 de dezembro – art. 57 da CF).

3.2 A LDO e o superávit primário

A segunda espécie de lei orçamentária é a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), prevista no inciso II do artigo 165 da CF/88.

A LDO estabelece as metas e prioridades para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual (§ 2º do art. 165 da CF) e dispõe sobre alterações na legislação tributária. Deve, ainda, estabelecer regras sobre o equilíbrio entre receitas e despesas e metas fiscais para o exercício a que se refere e os dois exercícios seguintes.

Integrará o projeto de LDO, conforme determina o § 1º do art. 4º da LRF (LC 101/00), o “ Anexo de Metas Fiscais”, que estima a arrecadação, despesas e sobras (superávit primário) para o exercício a que se refere e para os dois seguintes (triênio móvel).

Há superávit primário quando o volume de receita supera o montante das despesas, desconsiderados os juros e as parcelas do principal da dívida pública. Quando são consideradas as despesas com juros e amortização da dívida, encontra-se o resultado nominal, que pode indicar déficit ou superávit.

Conforme leciona Ricardo Lobo Torres⁵, “ A lei de diretrizes orçamentárias tem, como o próprio orçamento anual, natureza *formal*. É simples orientação ou sinalização, de caráter anual, para a feitura do orçamento, devendo ser elaborada no primeiro semestre (art. 35, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Não cria direitos subjetivos para terceiros nem tem eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado. Da mesma forma que o plano plurianual, não vincula o Congresso Nacional quanto à elaboração da lei orçamentária, nem o obriga, se contiver dispositivos sobre alterações da lei tributária, a alterá-la efetivamente, nem o impede, no caso contrário, de instituir novas incidências fiscais, que isso significaria o retorno da reserva de iniciativa das leis que criam tributos ao Poder Executivo e conflitaria com o princípio da anterioridade definido no art. 150,III, “b”; (contra: Ives Gandra da Silva Martins, op. Cit., p. 199). Não sendo lei material, não revoga nem retira a eficácia das leis tributárias ou das que contenham incentivos. A lei de diretrizes é, em suma, um plano prévio, fundado em considerações econômicas e sociais, para a ulterior elaboração da proposta orçamentária do Executivo, do Legislativo (arts. 51, IV e 52, XIII), do Judiciário (art. 99,§ 1º) e do Ministério Público (art.127,§ 3º)”.

Conforme tradicional orientação do STF, “ o simples fato de ser incluída, no orçamento, uma verba de auxílio a esta ou àquela instituição não gera, de pronto direito a esse auxílio” (RE 34.581-DF, *in* RT 282/859).

A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental, que acarrete aumento de despesas, será acompanhada, dentre outros elementos, de declaração do ordenador da despesa de que o acréscimo tem adequação orçamentária e financeira com a LOA e compatibilidade com o PPA e com a LDO. Considera-se compatível com o PPA e com a LDO a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições (art. 16, II e § 1º, I, da LC 101/00).

Exceção são as despesas consideradas irrelevantes pela LDO, que poderão ser realizadas sem as formalidades da LRF (§ 3º do art. 16 da LC 101/00).

⁵ Curso de Direito Financeiro e Tributário, 7ª ed., 2000, Renovar, Rio de Janeiro, p. 149.

É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda as exigências do art. 16 da LRF (art. 21, I, da LC 101/00).

Não havendo previsão diversa na Constituição Estadual (a exemplo do art. 39 do ADCT da CE/SP) ou na Lei Orgânica do Município, o projeto da LDO será encaminhado ao legislativo até oito meses e meio antes do término do exercício financeiro (o prazo limite é 15 de abril) e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa (30 de junho- art. 57 da CF), nos termos do artigo 35, II, do ADCT.

3.2.1 O contingenciamento

Em seu artigo 4º a LRF estabelece que a LDO disporá sobre o equilíbrio entre receitas e despesas, disciplinará o critério e a forma para a limitação de empenhos quando a arrecadação não atingir o patamar previsto (o denominado contingenciamento – congelamento - de despesas), fixará regras de controle operacional relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos do orçamento e disciplinará as demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas.

Portanto, caso a receita se mostre inferior à programada (a avaliação é feita a cada dois meses), os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e o Ministério Público contingenciarão (congelarão) parte de sua verbas. O controle deve ser bimestral (art. 9º da LRF).

O § 3º do art. 9º da LRF, que autorizava o Poder Executivo a suprir eventuais omissões do demais poderes ou do Ministério Público na efetivação do contingenciamento, está suspensa por força de medida liminar concedida na ADIn nº 2.238-5, de 22/02/2001 (DOU de 21/05/2002), pois teria afrontado o princípio da separação dos poderes e da autonomia do Ministério Público.

Caso não opere os cortes necessários, o omissivo poderá sofrer até mesmo as sanções criminais previstas na lei 10.028/00, que deu a atual redação do artigo 359 do Código Penal e dos artigos 10, 39-A, 40-A e 41-A da Lei 1079/50. Não cabe ao Poder Executivo, contudo, tutelar o contingenciamento dos demais poderes e do Ministério Público.

A LRF também prevê que novos projetos governamentais somente podem ser incluídos na LOA após atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos da LDO (art. 45 da LC 101/00).

Emendas à LDO somente podem ser aprovadas se compatíveis com o PPA.

Por fim a LDO deve estabelecer a forma de utilização e o percentual da receita líquida que formará a reserva de contingência e será previsto na LOA (art. 5º, III, da LRF).

A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, § 2º, CF).

3.3 A Lei Orçamentária Anual (LOA)

Nos termos do § 5º do art. 165 da CF, a LOA abrange: I- o orçamento fiscal (receitas e despesas) dos três poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público. II – o orçamento de investimentos das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e; III- o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

O Projeto da LOA deve ser encaminhado ao Poder Legislativo até quatro meses (31/08) antes do encerramento do exercício financeiro, salvo disposição diversa na CE ou na LOM, e devolvido para sanção até o término da sessão legislativa (art. 35, III, do ADCT).

De acordo com o artigo 32 da Lei 4.320/64, “ Se não receber a proposta orçamentária no prazo fixado nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios, o Poder Legislativo considerará como proposta a Lei de Orçamento vigente”, que deverá ter seus valores atualizados.

Caso o projeto de lei orçamentária anual não seja aprovado até o término da sessão legislativa ordinária, o Congresso Nacional deve ser convocado extraordinariamente para votá-lo (art. 57, § 6º, II), devendo a sessão extraordinária ser considerada continuação da anterior.

Na hipótese da LOA não ser votada até o início do exercício financeiro (caracterizando assim a *lacuna orçamentária*), três são as soluções defendidas:

1. A lei 8.211, de 23/07/91 (LDO para 1992), em seu art. 48, adotou a técnica prevista nas CF outorgadas de 1937 (art. 72, d,) e de 1967 (art. 66), estabelecendo que, durante a lacuna orçamentária (e até que a LOA seja sancionada), o Poder Executivo fica autorizado a executar a proposta orçamentária originalmente encaminhada ao legislativo, devidamente atualizada, no que se refere às despesas com pessoal e encargos sociais, custeio administrativo e operacional, e dívida. Quanto às demais despesas, o gasto mensal ficou limitado a 1/12 do total previsto para cada item na proposta orçamentária.

2. A Lei 7.800/89 (LDO para 1990), por sua vez, adotou a técnica das CF promulgadas de 1934 (art. 50, § 5º) e 1946 (art. 74), determinando a prorrogação do orçamento anterior, em razão de 1/12 (duodécimo) dos valores atualizados, até que a nova LOA esteja em vigor.

3. José Afonso da Silva⁶, ao analisar o § 8º do artigo 166 da CF, conclui que, diante da lacuna orçamentária, os recursos somente poderão ser aplicados quando a despesa for autorizada, prévia e especificadamente, mediante leis de abertura de créditos especiais.

⁶ Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª ed., 2000, Malheiros, São Paulo, p.722

Parece-me que a terceira solução é a mais técnica, sem prejuízo da satisfação das necessidades correntes da administração pública com base no critério da prorrogação do orçamento anterior, observado o duodécimo.

Os Tribunais e o Ministério Público elaboram suas propostas orçamentárias anuais dentro dos limites estipulados com os Poderes Executivo e Legislativo na LDO (arts. 99, § 1º e 127, § 3º, da CF). Cabe ao Poder Legislativo aprovar, ou não, as propostas.

Ouvidos os demais tribunais interessados, o encaminhamento das propostas orçamentárias do Poder Judiciário compete, no âmbito da União, aos Presidentes do STF e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais. Nos Estados e no DF e territórios, o encaminhamento compete aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

3.3.1 Os duodécimos e a reserva de contingência

De acordo com o artigo 168 da CF, os recursos correspondentes às dotações destinadas aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público deverão ser-lhes entregue até o dia 20 de cada mês. O mínimo mensal deve corresponder ao duodécimo (1/12) das respectivas dotações orçamentárias e não está sujeito ao fluxo da arrecadação, conforme decidiu o pleno do STF no julgamento do MS 21450, j. de 08/04/92, cuja ementa é a seguinte.

“Repasse duodecimal determinado no art. 168 da Constituição.

Garantia de independência, que não está sujeita a programação financeira e ao fluxo da arrecadação. Configura, ao invés, uma ordem de distribuição prioritária (nao somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário. Mandado de segurança deferido, para determinar a efetivação dos repasses, com exclusão dos atrasados relativos ao passado exercício de 1991 (Sumula 271)”.

De acordo com o inciso III do art. 5º da LRF, a LOA conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, A Reserva de Contingência deve atender a pagamentos imprevistos, inesperados, sendo que sua aplicação normalmente se dá por meio da abertura de créditos adicionais (art. 91 do Dec.-lei 200/67).

3.4 Exemplos de dispositivos legais orçamentários

PPA

LEI 9.276 DE 09/05/1996 - DOU 10/05/1996 RET 26/11/1996

Dispõe sobre o Plano Plurianual para o Período de 1996/1999 e dá outras providências.

Art. 1º Esta Lei institui o Plano Plurianual para o quadriênio 1996/1999, em cumprimento ao disposto no art. 165, § 1º, da Constituição, estabelecendo, para o período, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, na forma do Anexo.

- Anexo - **Plano Plurianual** 1996-1999 - Diretrizes, Objetivos e Metas

OBJETIVOS E METAS REGIONALIZADAS

...

Item 18 - JUSTIÇA, SEGURANÇA E CIDADANIA

AÇÃO: Ação judiciária

OBJETIVOS: Instalar Procuradorias da República nos municípios para poder oficiar de forma mais eficiente junto a Justiça Federal.

METAS: Instalar 30 novas Procuradorias da República em municípios

REGIÃO %: N NE CO SE S

LDO

LEI 9.692 DE 27/07/1998 - DOU 28/07/1998 - RET 27/08/1998 e 28/08/1998

Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 1999 e dá outras providências.

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR (artigo 1º)

TEXTO:

Art. 1º São estabelecidas, em cumprimento ao disposto no art. 165, § 2º, da Constituição Federal, as diretrizes orçamentárias da União para 1999, compreendendo:

- I - as prioridades e metas da administração pública federal;
 - II - a organização e estrutura dos orçamentos;
 - III - as diretrizes gerais para a elaboração e execução dos orçamentos da União e suas alterações;
 - IV - as disposições relativas à dívida pública federal;
 - V - as disposições relativas às despesas da União com pessoal e encargos sociais;
 - VI - a política de aplicação dos recursos das agências financeiras oficiais de fomento;
 - VII - as disposições sobre alterações na legislação tributária da União.
- Anexo à Lei de Diretrizes Orçamentárias - 1999

Anexo de Prioridades e Metas

...

TEMA: 14 JUSTIÇA, SEGURANÇA E CIDADANIA

AÇÃO: Ação Judiciária

PRIORIDADES: Instalar Procuradoria da República nos Municípios

DESCRITOR DA META: Procuradoria da República em Municípios

UNID. MEDIDA: Unidade

QUANTIDADE: 10

PPA

LEI 9.789 DE 23/02/1999 - DOU 24/02/1999 - RET 28/04/1999 - 25/08/1999 - 27/09/1999 - 25/10/1999 - 19/11/1999 e 28/12/1999

Art. 1º Esta Lei estima a Receita e fixa a Despesa da União para o exercício financeiro de 1999, compreendendo:

- I - o Orçamento Fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e

entidades da Administração Federal direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o Orçamento da Seguridade Social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ele vinculados, da Administração Federal direta e indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público;

III - O Orçamento de Investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detém a maioria do capital social com direito a voto.

QUADRO I

Distribuição de despesas por órgão

...

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - R\$ 534.931.839,00

4. Princípios orçamentários

Os princípios traduzem os valores fundamentais da sociedade sobre determinada matéria e têm valor superior àquele dado às regras.

Dentre os princípios orçamentários merecem destaque:

- a) **O Princípio da Unidade** (art. 165, § 5º, da CF), relativo a aspectos formais do orçamento, de maneira que seja possível uma análise conjunta de todos os seus elementos. Deve haver uma única orientação técnica, de forma que seja possível uma análise uniforme.

Portanto, diante da unidade, o orçamento deve ser elaborado de maneira harmônica (ainda que por vezes já não seja possível sua formalização via peça única, conforme exigido na origem do princípio da unidade) e congregar: I- o orçamento fiscal (pertinente às receitas e despesas) referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Públicos, seus fundos todas as despesas e receitas do Estado; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social (sem prejuízo das demais fontes de custeio previstas no art. 195 da CDF), abrangendo todas as entidade e órgãos a ela

vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações mantidos pelo Poder Público.

- b) **O Princípio da Universalidade**, traduzido no art. 6º da Lei 4.320/64 e relativo ao conteúdo do orçamento, estabelece que a lei orçamentária deve explicitar todas as receitas (estimadas) e despesas (autorizadas) dos Poderes, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações mantidas e instituídas pelo Poder Público, por seus valores totais (brutos), vedadas quaisquer deduções. Há uma globalização.

No caso de transferência de receitas de uma entidade pública para outra, incluídas aquelas previstas nos arts. 158 e 159 da CF, o montante deve ser incluído como despesa no orçamento da entidade obrigada à transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber.

b.1) O crédito orçamentário e o crédito adicional

A dotação prevista no orçamento para a satisfação de uma despesa autorizada é denominada crédito orçamentário.

Os princípios da unidade e da universalidade, contudo, não vedam os créditos adicionais (extra-orçamentários), que autorizam despesas não computadas ou insuficientemente fixadas na LOA.

Conforme ensina Luiz Emygdio F. da Rosa Junior⁷, “A Constituição a eles se refere no art. 167, inciso V, e seus §§ 2º e 3º, e a sua regulamentação encontra-se nos arts. 40 e 46 da Lei 4.320, de 1964 e no art. 72 do Decreto-lei nº 200, de 1967”.

Os créditos adicionais costumam ser divididos em suplementar, especial e extraordinário.

O crédito suplementar visa reforçar uma dotação orçamentária prevista na LOA, mas que se mostrou insuficiente para satisfazer as despesas necessárias.

⁷ Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 16ª ed., 2002, Renovar, Rio de Janeiro, p. 84

O crédito especial visa satisfazer necessidades novas, para as quais não havia qualquer dotação orçamentária específica. De acordo com J. Teixeira Machado Jr. E Heraldo da Costa Reis⁸, “ Abre-se crédito especial para um novo programa, projeto ou atividade, discriminado por seus elementos de despesas, pessoal, material e outros. O crédito especial cria novo programa para atender a objetivo não previsto no orçamento”.

Os créditos suplementar e especial são *autorizados* por lei específica ou pela própria LOA, e *abertos* por ato do executivo, devendo indicar os recursos disponíveis correspondentes (arts. 165, § 8º e 167, V, ambos da CF, c.c. o art. 43 da Lei 4.320/64).

Os recursos disponíveis podem ser decorrentes de superávit financeiro do exercício anterior, excesso de arrecadação, anulação por lei de outras dotações ou ainda de operações de crédito, observadas as limitações do art. 38 da LRF.

Para exemplo de autorização de crédito suplementar na própria LOA, pode ser citada a Lei estadual paulista 11.010/01 (LOA de 2002), cujo artigo 7º, I, estabeleceu que o Poder Executivo estava autorizado a “abrir, durante o exercício, créditos suplementares até o limite de 17% (dezessete por cento) do total da despesa fixada no artigo 2º, observado o disposto no artigo 43 da Lei Federal 4.320, de 17 de março de 1964/64” .

O crédito extraordinário destina-se a atender despesas urgentes e imprevistas, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, podendo ser aberto por medida provisória (art. 62, § 1º, I, *d* e 167, § 3º, ambos da CF, c.c. o art. 44 da Lei 4.320/64 e a Resolução 01/02 do Congresso Nacional) ou mesmo por Decreto do Poder Executivo (nos casos de Estados e Municípios nos quais o chefe do executivo não possa editar MP).

Os créditos extraordinários independem de recursos específicos para a sua abertura e não podem ser empregados em despesa diversa da que justificou sua instituição.

⁸ A Lei 4.320 Comentada, 22ª ed., 1990, Instituto Brasileiro de Administração Municipal, Rio de Janeiro, p. 82

Salvo expressa disposição legal em contrário, os créditos adicionais terão vigência adstrita ao exercício financeiro em que foram abertos (art. 167, § 2º, da CF, c.c. o art. 45 da Lei 4.320/64).

- c) **O Princípio da anualidade**, pelo qual a lei orçamentária (LOA) deve estabelecer uma programação anual de receitas e despesas.

O artigo 2º da Lei 4.320/64, recepcionado pelo art. 165, III e § 9º da CF, explicita o princípio financeiro da anualidade. O ano orçamentário no Brasil coincide com o ano civil (1º de janeiro a 31 de dezembro), nos termos do art. 34 da mesma Lei 4.320/64.

Com isso, a cada ano o Poder Legislativo é capaz de identificar a situação orçamentária do País, direcionando de forma atualizada as ações pertinentes à obtenção de receitas e autorização de despesas.

É vedado o início de programas ou projetos não incluídos na LOA (art. 167, I, CF).

No âmbito tributário não subsiste o princípio da anualidade (que não se confunde com a anterioridade prevista no art. 150, II, b, da CF), pelo qual a autorização anual da lei orçamentária era condição imprescindível à cobrança de um tributo.

- d) **O Princípio da Exclusividade**, segundo o qual a LOA não conterá dispositivo estranho à previsão de receita e fixação de despesa, não se incluindo na proibição a autorização para a abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei (art. 165, § 8º, CF, c.c. o art. 38 da LC 101/00).

A exclusividade evita o orçamento “rabilongo”, que traziam em si matérias que não eram de natureza orçamentária. As matérias impertinentes eram denominadas “caudas orçamentárias”,

- e) **O princípio da vedação do estorno** (art. 167, VI, da CF) estabelece que é vedada a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, salvo se houver prévia autorização legislativa (normalmente em forma de crédito suplementar). É o

que Ricardo Lobo Torres⁹ denomina de princípio da especialidade qualitativa, sendo que muitas vezes a própria LOA delega poderes ao chefe do executivo para transferir recursos de uma dotação para outra.

- f) **O Princípio da não afetação (não vinculação)** está previsto no art. 167, IV da CF e estabelece a regra pela qual é vedada a vinculação da espécie de tributo denominado imposto a órgão, fundo ou despesas. A regra da não afetação é excepcionada diversas vezes pela própria CF, a exemplo das hipóteses que disciplinam a repartição das receitas tributárias (arts. 158/159), a vinculação da receita de impostos com a educação (mínimo de 18% para a União e de 25% para os Estado, DF e Municípios, nos termos do art. 212 da CF) e com a saúde (EC 29/00) e o Fundo de Combate à pobreza e, ainda, a possibilidade da receita de impostos servir como garantia de operações de crédito para antecipação de receita ou de dívidas com a União (arts. 165, § 8º e 167, § 4º, ambos da CF).

O artigo 76 do ADCT, instituído pela EC 27, estabelece que “ É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais”.

g) **O Princípio da legalidade**, previsto no art. 165 da CF, prevê que leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo estabeleçam o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais e os créditos suplementares.

Para algumas matérias orçamentárias a CF exige leis complementares (art. 165, § 9º, art. 167, III). Por outro lado, o crédito extraordinário foi excluído do princípio da reserva legal e pode ser disciplinado por medida provisória (arts 62 e 167, § 3º, ambos da CF).

h) Kiyoshi Harada¹⁰ destaca ainda o princípio da transparência (art. 167, § 5º da CF), pelo qual o projeto de lei orçamentária deve ser acompanhado de demonstrativo dos efeitos, sobre as receitas e despesas, dos benefícios de natureza financeira e creditícia, e o princípio da publicidade orçamentária (art. 166,

⁹ Curso de Direito Financeiro e Tributário, 7ª ed., 2000, Renovar, Rio de Janeiro, p.107

¹⁰ Direito Financeiro e Tributário, 9ª ed., 2002, Atlas, São Paulo, p. 84

§ 7º da CF), que dentre outras especificações determina ao Poder Executivo a publicação, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária (art. 165, § 3º, CF).

4. Ingressos e Receitas Públicas

Qualquer entrada de dinheiro nos cofres públicos é denominada *ingresso*.

O ingresso definitivo de dinheiro nos cofres públicos, imprescindível para que o Estado cumpra suas funções típicas e possa gerir a economia em geral, é denominado *receita*.

Para se caracterizar como receita o ingresso deve gerar acréscimo permanente ao patrimônio público, não estando sujeito a devolução (a exemplo do empréstimo compulsório). Bem leciona Luiz Emygdio F. da Rosa Junior¹¹ que “a venda de um bem não se inclui na noção de receita pública, eis que determinará uma baixa patrimonial correspondente à saída do bem”.

4.1 Receitas Correntes e Receitas de Capital

O art. 11 da Lei 4.320/64, quanto ao aspecto contábil, classifica as receitas entre correntes e de capital.

São receitas correntes as decorrentes dos tributos, das multas, da execução fiscal, da exploração dos bens próprios do Estado (receitas patrimoniais) e das receitas transferidas de outras pessoas jurídicas de direito público ou privado para atender as despesas classificáveis como correntes.

Já as receitas de capital são provenientes da constituição de dívidas, da conversão em espécie de bens e direitos, do recebimento de recursos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender as despesas de capital e, ainda, o superávit do orçamento.

Para a apuração da Receita Corrente Líquida devem ser desconsiderados os valores que um ente transfere para outro (a exemplo do art.

¹¹ Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário, 16ª ed., 2002, Renovar, Rio de Janeiro, p. 50

158, III, da CF), a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e outras previstas no art. 2º, IV, da LC 101/00.

No início da evolução histórica das finanças públicas as principais receitas costumam eram as parasitárias, obtidas pela exploração do trabalho escravo ou pelo apossamento dos bens de povos vencidos em guerras. Era a forma de receita na época das corvéias.

4.2 Recitas Originárias, Derivadas e Transferidas

Quanto à sua origem, hoje, as receitas são divididas em originárias, derivadas e transferidas.

As receitas originárias têm natureza dominial, ou seja, são decorrentes da exploração de uma atividade econômica pelo próprio Estado, das rendas decorrentes do patrimônio público imobiliário, dos ingressos comerciais (a exemplo da recita oriunda dos concursos de prognósticos como a Sena, a loto, etc).

A Tarifa é o preço público cobrado pela utilização de um serviço público divisível (mensurável individualmente), que não é compulsório ou essencial , e que pode ser explorado inclusive por delegados do Poder Público. Integra as receitas originárias.

As receitas derivadas são extraídas do patrimônio dos particulares pelo Estado, no exercício do seu poder de império. São compulsórias, a exemplo dos tributos, das multas e do confisco decorrente do tráfico de entorpecentes.

As transferidas são as repassadas de um ente político a outro, a exemplo da repartição de impostos prevista nos artigos 157 a 59 da CF.

4.3 Receitas Ordinárias e Extraordinárias

Quanto à sua periodicidade, as receitas costumam ser divididas em ordinárias e extraordinárias.

São ordinárias as periódicas, previstas no orçamento.

São extraordinárias as receitas que não são permanentes, a exemplo das doações (receita gratuita porque não impõe qualquer contraprestação) e dos impostos extraordinários.

4.4 Renúncia de receitas

Dentre os requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal está a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação, sendo vedadas as transferências voluntárias (que não decorra de determinação constitucional) aos entes que deixarem de observar os requisitos no que se refere aos impostos (art. 11 e parágrafo único, c.c. o art. 25, ambos da LC 101/00).

O controle sobre a renúncia e a utilização das receitas públicas está previsto nos arts. 70 e 165, § 6º, ambos da CF.

A renúncia de receitas, aí compreendidas a anistia, a remissão, o subsídio, a concessão de isenção e outros benefícios deverá estar acompanhada de estimativa do impacto financeiro (no exercício que iniciar sua vigência e nos dois seguintes), atender ao disposto na LDO e a pelo menos uma das condições do art. 14 da LRF (previsão na LOA e não afetação das metas fiscais ou medidas de compensação decorrentes do aumento da receita).

As restrições pertinentes à renúncia de receitas não se aplicam às alterações de alíquotas dos impostos extrafiscais (art. 153, I, II, IV e V da CF) e ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

5. Despesas Públicas

Despesas públicas são os gastos da Administração Pública para a realização das funções estatais, incluídos os decorrentes das obras e dos serviços públicos.

Conforme lecionam Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath¹², “Nenhuma despesa pode ser efetuada sem prévia autorização do Poder Legislativo”. Quando inexistente a autorização prévia (na LOA) devem ser observadas as regras antes expostas pertinentes aos créditos adicionais.

¹² Manual de Direito Financeiro, 5ª ed.,2002, RT, p. 76

A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, além de declaração do ordenador que o aumento tem adequação com a LOA e compatibilidade com a LDO e com o PPA. A restrição se aplica inclusive para a despesa decorrente da desapropriação do imóvel urbano (art. 183, § 2º, da CF, c.c o art. 16, § 4º, da LRF), nula se a regra não for observada ou se não houver o prévio depósito judicial do valor da indenização (art. 46 da LC 101/00).

Nos termos do art. 15 da LRF, são consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17 da mesma lei.

Os Municípios só podem contribuir com despesas de outros entes da federação se houver autorização na LDO e na LOA e convênio ou ajuste específico nos termos da legislação local (art. 62 da LRF).

5.1 Despesas ordinárias e extraordinárias

Quanto à sua periodicidade (duração), as despesas costumam ser divididas em ordinárias e extraordinárias.

São ordinárias as que têm autorização orçamentária e atendem a gastos rotineiros, a exemplo do pagamento dos precatórios e dos servidores públicos.

São extraordinárias as despesas pertinentes a ocorrências inesperadas, urgentes e inadiáveis, a exemplo daquelas decorrentes de calamidade pública.

5.2 Despesas correntes e de capital

O art. 12 da Lei 4.320/64 estabelece que as despesas serão classificadas entre Correntes e de Capital.

Despesas correntes são as de custeio (assim entendidas a manutenção dos serviços já criados pela administração pública direta ou indireta e do seu pessoal civil e militar, obras de conservação e adaptação dos bens imóveis, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos) e as relativas às transferências correntes (que não trazem contraprestação, a exemplo das subvenções, dos pagamentos a inativos e pensionistas e dos juros da dívida pública inativos).

Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação de sua execução por um período superior a dois exercícios (art. 17 da LRF).

Despesas de capital são as de investimentos (que têm por contraprestação o crescimento do patrimônio público, a exemplo execução de obras e aquisição de imóveis necessários à sua realização, compra de equipamentos e material permanente - § 4º do art. 12 da Lei 4.320/64), as pertinentes a inversões financeiras (a exemplo aquisição de bens imóveis, ou de bens de capital já em utilização - § 5º do art. 12 da Lei 4.320/64) e as relativas às transferências de capital (dotações para que outras pessoas de direito público ou privado realizem investimentos ou inversões financeiras – art. 12, § 6º, da Lei 4.320/64).

Considera-se material permanente (aquisição que será computada no elemento “despesas de capital”) o de duração superior a dois anos.

5.3 Despesas com pessoal

Fundada nos arts. 163 e 169 da CF, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/00) também estabelece normas relacionadas à gestão fiscal das despesas com pessoal, limitando-os a 50% da receita líquida para a União. Para os Estados e municípios o limite é de 60% da receita líquida.

Entende-se como despesas com pessoal o somatório dos gastos com o ativos, inativos e pensionistas, bom como os encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente as entidades de previdência.

Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser

contabilizados como “outras despesas com pessoal”, somando-se aos gastos com ativos, inativos e pensionistas.

Os limites, de acordo com o art. 20 da LC n. 101/00 (dispositivo questionado em diversas ADIns, que apontam violação do princípio federativo – já que Estados, DF e municípios ficam sujeitos a metas estabelecidas pela União – e do princípio da separação dos poderes) são os seguintes:

- Na esfera federal:

- 2,5% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

- 6,0% para o Poder Judiciário;

- 40,9% para o Poder Executivo;

- 0,6% para o Ministério Público da União.

- Na esfera estadual:

- 3,0% para o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

- 6,0% para o Poder Judiciário;

- 49% para o Poder Executivo;

- 2,0% para o Ministério Público dos Estados.

Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos municípios o percentual do Poder Legislativo será acrescido de 0,4% e o Poder Executivo reduzido no mesmo percentual (§ 4.º do art. 20 da LC n. 101/00).

- Na esfera municipal:

- a) 6,0% para o Poder Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do município, quando houver);

- b) 54% para o Poder Executivo.

Observe-se, ainda, o art. 29-A da CF.

Por seis votos contra cinco, o STF não concedeu a liminar que visava à suspensão do art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal (ADIn n. 2.238/00).

Ao final de cada quadrimestre, se verificado que a despesa com pessoal excedeu a 95% (limite prudencial), serão vedados reajustes, contratações, etc (at. 22 da LRF). E se ultrapassado o percentual do art. 20, o excedente deve ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, inclusive com a adoção das medidas previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da CF.

Correta a conclusão do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, no parecer coletivo 2/2002, pela qual, diante da repartição de receitas tributárias prevista no arts. 157, I e 158, I, ambos da CF, “ ***Descabe computar como parte integrante das ‘despesas com pessoal’ dos Estados e Municípios o montante correspondente ao Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer natureza, retido na fonte, devido por seus servidores, valor este que pertence aos mesmos Estados e Município, por força de regra constitucional expressa***”.

O descumprimento das metas pode acarretar a suspensão dos repasses e a punição dos responsáveis com base no CP, na Lei n. 8.249/92, na Lei n. 1.079/50 e no Dec.-lei n. 201/67, normas acrescidas de novas tipificações pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000.

Em relação aos crimes previstos no art. 10 da Lei n. 1.079/50 (crimes contra a Lei Orçamentária e contra a atual Lei de Responsabilidade Fiscal), também os presidentes de Tribunais, os juízes diretores de Fórum, o advogado-geral da União e os Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado estão sujeitos a julgamento por crime de responsabilidade.

Os recursos decorrentes de transferências voluntárias ou empréstimos (inclusive via ARO) não podem ser utilizados para o pagamento de pessoal (art. 167, X, da CF)

São vedados empréstimos ou operações de crédito para suprir gastos com pessoal, conforme estabelece o artigo 167, X, da CF, c.c. os artigos 35 a 37 da LRF.

Por fim há que se observar que é nulo ato que resulte aumento de despesas com pessoal expedido nos 180 dias anteriores ao término do mandato do titular do respectivo Poder ou Órgão referido no art. 20 da LRF (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público ou Tribunal de Contas).

5.4 As fases da realização das despesas

A realização das despesas públicas passa por diversas fases. A primeira é de natureza legislativa. A despesa deve estar autorizada por lei ou, extraordinariamente, por medida provisória.

Na fase administrativa há que se observar, em primeiro lugar, a necessidade ou não de licitação, procedimento em regra exigido quando se trata de

obras públicas, serviços e compras (art. 37, XXI, da CF, c.c. a Lei 8.666/93) da administração pública direta ou indireta. Compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF).

5.4.1 O empenho, a liquidação e a ordem de pagamento

Superada a questão pertinente à licitação, a realização da despesas se desenvolve por meio do empenho, liquidação e ordem de pagamento.

Empenho é o ato administrativo emanado da autoridade competente que antecede a despesa e confirma as obrigações da administração em relação ao contratado. Com o empenho se faz a reserva no orçamento do montante necessário ao pagamento. Para cada empenho, em regra, é extraída a “nota de empenho”, que será entregue ao contratante e consignará os principais elementos da contratação (art. 61 da Lei 4.320/64).

É vedado aos municípios, no último mês do mandato do Prefeito, empenhar mais do que o duodécimo (1/12) da despesa prevista no orçamento vigente.

No último ano do mandato do chefe do executivo também é vedada a realização de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária (art. 38, IV, b da LRF).

Quanto aos restos a pagar (despesas já empenhadas mas que não foram pagas o último dia do exercício), a LRF também veda ao titular de Poder ou órgão referido no seu art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (art. 42 da LC 101/00).

Excepcionalmente o empenho pode ser cancelado ou anulado unilateralmente.

Liquidação é o procedimento pelo qual se verifica o direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do implemento de sua obrigação.

Efetivada a liquidação segue a ordem de pagamento do ordenador da despesa e, por fim, é efetivado o pagamento, normalmente mediante cheque nominal ou ordem de pagamento (art. 74 do Decreto-lei 200/67).

Excepcionalmente, nos casos previstos em lei, admite-se o adiantamento, pelo qual é entregue numerário ao servidor para a realização de despesas que não se subordinam ao processo normal de aplicação. Servidor em alcance (que não prestou contas de despesas diversas no prazo estabelecido ou não as teve aprovadas) não pode receber adiantamento.

5.5 Os precatórios

Os precatórios, inseridos pelo art. 13 da Lei 4.320/64 entre as despesas públicas, são requisições de pagamento decorrentes de dívidas do Poder Público reconhecidas por decisão judicial transitada em julgado (art. 100 da CF e arts. 33 e 78 do ADCT). De acordo com § 7º do art. 30 a LC 101/00, os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites da LRF.

O art. 2º, III, da Resolução 43/01 do Senado Federal esclarece que a previsão da LRF vale para precatórios judiciais emitidos a partir de 05 de maio de 2000 (dia seguinte ao da vigência da LC 101/00).

Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal (e suas autarquias e fundações públicas – pessoas jurídicas de direito público), em virtude de sentença judicial transitada em julgado (excluindo-se os casos de acordos, que poderão não se sujeitar a precatórios desde que presente o interesse público e observada a moralidade administrativa), far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos.

O precatório, conforme explicita a CF, é decorrente de sentença judicial, executada na forma do art. 730 do CPC; ao ser executada a pessoa jurídica

de direito público (entes políticos, autarquias e fundações públicas) é citada para opor embargos no prazo de 30 dias e não para pagar.

Decorrido o prazo sem a apresentação dos embargos, ou no caso de os embargos opostos serem julgados improcedentes, o juiz da causa expede o chamado ofício requisitório ao presidente do seu respectivo Tribunal, órgão competente para a expedição do precatório.

A execução contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista (pessoas jurídicas de direito privado), em regra, faz-se na forma processual comum, inclusive com a penhora de bens, quando necessária a medida.

Observe, porém, que o C. STF, ao julgar o RE n. 220.906-DF (Informativo STF 213, de 8.12.2000), estabeleceu distinções entre as paraestatais que exercem ou não atividades típicas do Estado (primeira parte do art. 173 da CF). Com isso, reconheceu a impenhorabilidade dos bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, determinando que a execução seguisse mediante precatório (art. 100 da CF).

Exceção expressa à ordem dos precatórios são os créditos de natureza alimentícia (os desta natureza compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado), que têm preferência sobre os demais e entram em lista cronológica própria (não dispensam os precatórios, mas estes terão uma ordem própria e mais célere elaborada em separado, nos termos do par. ún. do art. 4.º da Lei n. 8.197/91 e da Lei n. 9.467/97).

Até a EC n. 30/2000, promulgada em 13.9.2000, não estava explicitada a necessidade do trânsito em julgado da sentença para a formalização do precatório. Hoje a exigência está expressa.

É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. Antes da EC n. 30/00 a atualização era feita em 1.º de julho do exercício anterior ao do efetivo pagamento.

O juiz ou Tribunal que proferir a decisão exeqüenda encaminhará os cálculos ao presidente do Tribunal competente (na Justiça Estadual de São Paulo é

o Tribunal de Justiça), o qual providenciará a requisição (instrumentalizada pelo precatório devidamente numerado) do pagamento ao ente devedor.

Exemplo: os precatórios apresentados até 1.º.7.2004 devem ser pagos até o final de 2005, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente.

Os pagamentos serão determinados pelo Presidente do Tribunal responsável pelo precatório, segundo as possibilidades do depósito. O presidente de Tribunal que por ato omissivo ou comissivo retardar ou tentar frustrar a liquidação regular do precatório responderá por crime de responsabilidade.

As obrigações definidas em lei como de *pequeno valor* e que devem ser cumpridas pelas pessoas jurídicas de direito público em decorrência de sentença transitada em julgado não estão sujeitas aos precatórios.

No âmbito federal considera-se débito de pequeno valor aquele de até 60 salários mínimos, nos termos do § 1º do art. 17 da Lei n. 10.259/01. Estados e municípios têm poderes para editar leis fixando os valores que dispensam precatórios (§ 4º do art. 100 da CF). Até que as leis sejam editadas o valor é de até 30 salários mínimos para os municípios e 40 para Estados e DF (EC n. 37/02).

Na hipótese de litisconsórcio, cada autor terá seu crédito considerado individualmente, de forma que alguns poderão ser dispensados do precatório e, outros, não (Resolução 258/02 do Conselho da Justiça Federal).

O cumprimento do acordo ou sentença dos Juizados Federais (valores de até 60 salários mínimos, nos termos da Lei n. 10.259/01, em vigor a partir de janeiro de 2002), após o trânsito em julgado da decisão (que não está sujeita ao reexame obrigatório), será efetuado em 60 dias, contados da requisição, por ordem do juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil. Caso a autoridade não cumpra a requisição do juiz e não efetive a disponibilização do numerário, o próprio juiz da causa determinará o seqüestro do valor suficiente ao cumprimento da obrigação.

Se o valor da execução superar 60 salários mínimos, o credor pode renunciar à diferença a fim de que seja dispensado o precatório. Veda-se o

fracionamento (recebimento de até 60 salários mínimos pela forma da Lei n. 10.259/01 e do restante mediante precatório).

A Lei dos Juizados Federais, ao dispensar os precatórios, basicamente repete a redação do art. 128 (com as alterações da Lei n. 10.099/00) da Lei n. 8.213/91, que estabelece a dispensa do precatório em casos de débitos previdenciários de pequeno valor (exigidos fora dos Juizados Federais).

A Resolução nº 263, de 21 de maio de 2002, do Conselho da Justiça Federal, regulamenta os procedimentos atinentes ao cumprimento de sentenças proferidas pelos Juizados Especiais Federais.

A referida Resolução determina a expedição da requisição de pagamento em duas vias, uma para a autoridade citada para a causa e outra para o Presidente do Tribunal Regional Federal respectivo, quando o devedor da quantia certa for a União, suas autarquias e fundações públicas federais (arts. 1º, 2º, 3º e 4º). Apenas quando o devedor for empresa pública federal é que será expedida a requisição para pagamento apenas para a autoridade administrativa citada para a causa (art. 4º). Note-se que a empresa pública federal tem personalidade jurídica de direito privado, razão pela qual o controle de suas contas não é o mesmo dos entes públicos.

Recebida a requisição de pagamento, que a Resolução nº 263 do Conselho da Justiça Federal denomina de Requisição de Pequeno Valor – RPV, a autoridade administrativa deve cumprir a obrigação, efetuando o depósito na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, em sessenta dias.

Ao contrário do que ocorre em relação ao descumprimento de obrigação de fazer, a Lei nº 10.259/01 não foi omissa em relação à obrigação de pagar: não cumprida a obrigação no prazo estipulado, ou se cumprida de forma incompleta, o Juiz determinará o seqüestro da quantia suficiente ao atendimento da RPV (art. 17, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.259/01, e art. 6º, § único, da Resolução nº 263/2002).

5.5.1 O pagamento parcelado do precatório

De acordo com o art. 78 do ADCT, os precatórios pendentes de pagamento na data da promulgação da EC n. 30/2000 (13.9.2000) e os que

decorram de ações ajuizadas até 31.12.1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de 10 anos. O credor pode ceder seu crédito.

O prazo de parcelamento fica reduzido de 10 para dois anos nos casos de precatórios originários de desapropriação de imóvel residencial do credor, desde que comprovadamente único à época da imissão na posse.

Não estão sujeitos ao parcelamento os créditos de natureza alimentícia, os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os créditos que já tiveram seus recursos liberados (fase que antecede ao depósito judicial), os créditos já depositados em juízo, os créditos que já foram submetidos a parcelamento anteriormente (art. 33 do ADCT) e os créditos decorrentes de ações ajuizadas a partir de 1.º.1.2000.

As prestações anuais a que se refere o caput do art. 78 do ADCT, na redação da EC n. 37/00 (decorrentes de parcelamento) que não forem liquidadas até o final do exercício a que se referem, terão poder liberatório dos tributos da entidade devedora.

Nos termos da EC n. 37/02, os precatórios de até 30 salários mínimos (no caso de débito de Município) e de até 40 salários mínimos (no caso de débito de Estado e do DF), já pendentes à época da sua promulgação, devem ser pagos de uma só vez.

5.5.2 Do seqüestro de rendas

Caso algum credor seja preterido em seu direito de precedência (por isso a ordem cronológica e a numeração dos requisitórios), poderá requerer ao presidente do Tribunal o seqüestro de quantia necessária ao pagamento do débito. Antes de ordenar ou não o seqüestro, o Presidente do Tribunal colhe a manifestação do chefe do Ministério Público.

De acordo com o § 4.º do art. 78 do ADCT, a requerimento do credor, o presidente do tribunal competente requisitará ou determinará o seqüestro dos recursos financeiros da entidade executada, suficientes ao pagamento da prestação não satisfeita (e não do total devido), nas seguintes hipóteses:

- se houver omissão da parcela no orçamento. Conforme anotamos anteriormente, é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito

público, de verba necessária aos pagamentos de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1.º de julho;

- se vencido o prazo anual, a parcela não for integralmente paga;
- se verificada a preterição do direito de precedência do credor, de acordo com a ordem cronológica do precatório. Essa hipótese de seqüestro, conforme antes anotado, também se aplica em favor de credores que não estão sujeitos ao parcelamento e que forem preteridos no direito de precedência cronológica de seus créditos.

5.5.3 Intervenção federal pelo não cumprimento dos precatórios

Inicialmente relembro que a intervenção federal é uma das limitações circunstanciais ao poder de emenda, nos termos do § 1.º do art. 60 da CF.

O seqüestro em geral, conforme vimos, em regra tem lugar quando há quebra da ordem cronológica no pagamento de um precatório.

No caso de atraso ou suspensão no pagamento de precatório (observando-se a possibilidade de parcelamento criada pela EC n. 30/2000), estaremos diante do descumprimento de uma ordem judicial e a solução constitucional para o caso é a intervenção da União no DF e no Estado-membro, ou deste no Município (arts. 34, VI, e 35, IV, ambos da CF). Conforme vimos, o atraso no pagamento de dívida decorrente de parcelamento (EC n. 30/2000) para a satisfação de precatório passou a autorizar o seqüestro, segundo entendo, sem a exclusão da possibilidade do pedido de intervenção federal.

Nos casos de desobediência de ordem ou decisão judicial, a intervenção federal no Estado-membro ou no DF dependerá de requisição (não se trata de simples solicitação e por isso o Presidente da República estará vinculado à determinação) do STF, do STJ ou do TSE (art. 36, II, da CF).

No julgamento dos pedidos de intervenção federal 2.915 e 2.953, ambos pertinentes ao Estado de São Paulo, por maioria de votos os Ministros do C. STF indeferiram os pedidos, sob o argumento de que não houve descumprimento voluntário das decisões judiciais mas sim impossibilidade decorrente da inexistência de recursos. A decisão, noticiada no Informativo 296 do STF, dá respaldo à polêmica tese da impossibilidade material.

5.6 Regime de competência e Regime de Caixa

Adota-se no Brasil o regime misto orçamentário. Assim, quanto às despesas, deve ser observado o regime competência ou exercício, computando-se todas aquelas já empenhadas. Já em relação às receitas, adota-se o regime de caixa, só devendo ser computado o ingresso efetivo.

6. Dívida pública (art. 29 e seguintes da LRF) e Crédito Público.

A dívida pública é formada por empréstimos captados pelo Poder Público, tendo a natureza de um contrato de empréstimo cuja celebração é condicionada a prévia autorização legislativa.

Conforme leciona Kiyoshi Harada¹³, “ A maioria dos autores costuma utilizar as expressões empréstimo público, crédito público e dívida pública como sinônimas...”

O potencial de um Estado para captar recursos identifica o seu *crédito público*, que é medido pela confiança dos cedentes do capital na sua capacidade de reembolsar e remunerar o montante do empréstimo.

A confiança dos investidores normalmente está vinculada às garantias oferecidas pelo destinatário dos recursos. De acordo com o inciso IV do art. 29 da LC 101/00, considera-se concessão de **garantia** o compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada.

Uma das formas mais comuns de captação de crédito é a emissão de títulos da dívida pública pela União, pelos Estados, pelo DF e pelos municípios, observado o artigo 163, IV, da CF, cabendo ao Senado Federal estabelecer os limites globais (art. 52, VII e IX, da CF).

¹³ op. cit. p. 112

Estão vedadas operações de crédito entre o banco público e seu ente controlador (art. 36 da LRF).

As vantagens oferecidas aos credores, conforme bem leciona Luiz Emygdio F. da Rosa Jr¹⁴, podem ser assim resumidas:

“a) colocação de títulos ‘abaixo do par’, como quando seu valor nominal é 100, mas o Estado o lança por 80, obrigando-se, no entanto, a remunerar o mutante pelo seu valor nominal;

b) lançamento do título ‘ao par’, ou seja, por seu valor nominal, obrigando-se o Estado a pagar ao mutante quantia maior que ele emprestou;

c) obrigação do Estado, através da realização de sorteios periódicos, reembolsar imediatamente os subscritores que forem premiados, sem esperar o decurso do prazo fixado, correspondendo aos denominados empréstimos de loterias;

d) concessão de direito aos subscritores de pagarem tributos ou outras dívidas com os títulos representativos do empréstimo, tomando por base seus valores nominais, que, se forem inferiores ao estabelecido na bolsa, beneficiarão os mutuantes;

e) concessão de privilégios fiscais aos mutuantes, como isenção fiscal dos rendimentos produzidos pelo título quanto ao juro ou quanto à sua renegociação;

f) atribuição de determinadas vantagens jurídicas aos títulos, como, por exemplo, sua impenhorabilidade”.

6.1 As garantias

As garantias, que podem ser cumulativas, são classificadas em:

I- Reais, quando o tomador do empréstimo vincula um bem do seu patrimônio ao cumprimento do compromisso;

II- De terceiros (pessoa jurídica de direito público ou de direito privado) comprovadamente adimplentes;

III- De vinculação da receita futura, quando o empréstimo é dado como forma de antecipação de parte da arrecadação prevista

¹⁴ op. Cit. P. 125

IV- De vinculação à cláusula ouro, moeda estrangeira ou ao preço de ouro bem, de forma a garantir que ao ser ressarcido o valor não terá perdido seu poder de compra.

6.2 As Antecipações de Receita Orçamentária

Antecipação de Receita Orçamentária (ARO) é a operação pela qual uma instituição financeira antecipa ao ente público solicitante um valor que tem por lastro a receita prevista para ser arrecadada no futuro, a fim de cobrir insuficiência de caixa durante o exercício financeiro. Caracteriza-se como um empréstimo de curto prazo, sendo que a vinculação da receita está autorizada pelo § 8º do artigo 165 da CF.

A operação de crédito por antecipação de receita (conhecida por operação ARO) depende de prévia autorização legislativa (lei específica ou previsão na própria LOA) e serve para suprir eventuais déficits de caixa, podendo ser realizada em qualquer mês do exercício financeiro (art. 7º, I, da Lei 4.320/64), exceto no último ano do mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal (art. 38, IV, b, da LC 101/00).

A LOA de 1997 (Lei 9.438/97), por exemplo, autorizou o Poder Executivo a realizar operações de crédito por antecipação de receita até o limite de 10% (dez por cento) das receitas correntes estimadas para aquele exercício.

A operação ARO deve ser liquidada, com juros e demais encargos, até o dia dez de dezembro de cada ano, e estará proibida enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada (art. 38, II e IV, a, da LRF).

De acordo com o art. 163 da CF, Lei Complementar disporá sobre dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; concessão de garantias pelas entidades públicas e; emissão e resgate de títulos da dívida pública.

A Resolução 96/89 do Senado Federal dispõe sobre “Limites Globais para as Operações de Crédito Externo e Interno da União, de suas Autarquias e

demais Entidades Controladas pelo Poder Público Federal e Estabelece Limites e Condições para a Concessão da Garantia da União em Operações de Crédito Externo e Interno” E a Resolução 43/01 do Senado Federal dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do DF e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização.

6.3 A dívida interna e a dívida externa

Quanto à sua origem a dívida pública pode ser interna ou externa.

Quanto à sua forma o empréstimo interno pode ser voluntário (a exemplo da contratação de operação de crédito ou da colocação no mercado de títulos de responsabilidade do banco central do Brasil) ou forçado (empréstimos compulsórios).

Há, ainda, o denominado empréstimo patriótico, quando mediante apelos emocionais e propagandas sociais são obtidos recursos. Cite-se para exemplo as obrigações de guerra criadas pelo Decreto-lei 4.789/42, que possibilitaram a emissão de títulos no montante de três bilhões de cruzeiros, com remuneração de 6% ao ano, para resgate depois da celebração da paz.

Conforme leciona Alberto Deodato¹⁵, “ O empréstimo interno é o que é feito dentro do território nacional ou, para melhor caracterizá-lo, o que é tomado em moeda nacional e com ela pago”. O empréstimo integra a dívida pública externa quando captado junto a credores estrangeiros, com promessa de devolução em moeda forte.

A interpretação não é unânime, pois enquanto alguns autores classificam a dívida em interna ou externa de acordo com moeda utilizada para honrar a obrigação, outros apontam o local da celebração do contrato ou mesmo a qualidade do fornecedor do crédito para a classificação.

Crédito internacional é aquele obtido junto a instituições multilaterais de crédito, a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e do Banco

¹⁵ Manual de Ciência das Finanças, 8ª edição, 1968, Saraiva, p. 292

Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Cabe ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, V, da CF, autorizar operações financeiras externas de interesse da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Tradicionalmente, por força de norma estatutária as agências multilaterais de crédito exigem aval da União em operações com Estados e Municípios, inclusive naquelas destinadas a financiamento de projetos sociais e de infra-estrutura.

6.4 A dívida pública quanto ao seu prazo – Dívida flutuante e dívida fundada ou consolidada

Quanto ao prazo o empréstimo pode ser a dívida pode ser flutuante (empréstimo de curto prazo), fundada (de exigibilidade superior a doze meses, nos termos do art. 98 da Lei n. 4.320/64) ou perpétua (quando são pagos apenas os juros, sem previsão de amortização ou restituição integral do principal, formando-se uma espécie de renda perpétua em favor do credor).

A renda perpétua pode ser *stricto sensu* (não denunciável) ou denunciável (não há obrigação de resgate, mas o devedor pode realizá-lo).

A LC 101/00, que trata da dívida pública em seus artigos 29 a 42, traz os seguintes conceitos: I- dívida pública consolidada ou fundada: montante total, apurado sem duplicidade, das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de leis, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses”; II- dívida pública mobiliária: dívida pública representada por títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, Estados e Municípios e ; III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

Acrescenta, por fim, que também integram a dívida pública consolidada as operações de crédito de prazo inferior a doze meses cujas receitas tenham constado do orçamento.

6.5 A doutrina neoliberal, as privatizações e a dívida pública

Doutrina neoliberal é aquela que visa reduzir a participação do Estado nas atividades sociais, encontrando ressonância, por exemplo, na política de privatizações recentemente observada. Sua adoção é delineada basicamente pelas leis orçamentárias.

Grande parte dos valores obtidos com as desestatizações são destinados à redução da dívida pública.

Conforme consta do art. 1º da Lei 9.491 /97 “O Programa Nacional de Desestatização - PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos na empresa e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;

V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa.

6.6 A extinção da dívida pública

A extinção da dívida pública pode ser efetivada pelo resgate (mediante o pagamento de uma só parcela ou amortizações periódicas), pela conversão (espécie de novação em que são alteradas as condições originárias, normalmente por meio do alongamento do prazo de resgate), pela compensação com encargos tributários do credor (há necessidade de lei específica, nos termos do art. 170 do CTN), pela bancarrota (absoluta impossibilidade material do devedor), pelo perdão oferecido pelo credor ou, por fim, pelo repúdio (quando devedor deixa de reconhecer a dívida ou parte dela).

Pela doutrina Drago (Luis Maria Drago era Ministro das Relações Exteriores da Argentina em 1902) não cabe a cobrança armada (invasões militares) de países inadimplentes, tese que à época visou impedir a invasão da Venezuela (que havia repudiado a dívida externa) pelos credores Alemanha, Itália e Inglaterra.

6.7 A intervenção decorrente da dívida fundada

O DF ou o Estado que, sem motivo de força maior, suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, fica sujeito à intervenção federal (art. 34, V, “a”, da CF). O Município que deixar de pagar a dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, sem motivo de força maior, fica sujeito à intervenção estadual (ou federal se for município de território), nos termos do art. 35, I, da CF.

AGÊNCIAS REGULADORAS

Marcos Juruena Villela Souto¹⁶

1. Introdução

A evolução da tecnologia, facilitando o contato entre os homens, ampliou o volume de negócios, forçando a redução de barreiras comerciais e a adoção de novos padrões de eficiência, calcados na competição e não mais na exploração direta da atividade econômica pelo Estado, especialmente com revisão dos monopólios. A promoção e a defesa da competição representam a essência da atividade regulatória, com vistas ao funcionamento eficiente dos mercados.

A regulação é relacionada à execução de uma política pública, que tem na lei a manifestação da vontade da sociedade e a fixação das diretrizes para o desenvolvimento de um determinado segmento. Esses anseios da sociedade, que obrigam o Estado à busca constante do desenvolvimento, conceituado por Dudley Seers, como sendo “a criação de condições para a realização da personalidade humana”¹⁷, considerando a pobreza, o desemprego, as desigualdades, e a mudança de estágio da economia para superar tais anomalias.

¹⁶ Doutor em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho (RJ); Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁷ SEERS, Dudley. “What are we trying to measure?”, *Journal of Development Studies*, Apr. 1972, v. 8, p. 21-36.

Assim, por crescimento econômico entende-se o aumento contínuo do produto nacional em termos globais ou *per capita* ao longo do tempo. Este critério implica também uma melhor eficiência do sistema produtivo. Já, por desenvolvimento econômico “entendem-se, além das mudanças de caráter quantitativo dos níveis do produto nacional, as modificações que alteram a composição do produto e a alocação dos recursos pelos diferentes setores da economia”.

O aspecto fundamental é que o desenvolvimento econômico não pode ser analisado, somente, por meio de indicadores que medem o crescimento do produto ou do produto *per capita*, devendo ser complementado por índices que representam, ainda que de forma incompleta, a qualidade de vida dos indivíduos - um conjunto de medidas que reflitam alterações econômicas, sociais, políticas e institucionais, tais como: renda *per capita*, expectativa de vida, mortalidade infantil, fertilidade, educação, analfabetismo, distribuição de renda entre diferentes classes e setores, centralização da atividade econômica, poder político, etc.¹⁸

As decisões políticas devem ser voltadas para esses fatores e sua implementação cabe à Administração Pública. Dada a insuficiência de recursos públicos, a implementação de políticas, em substituição à execução direta de funções de interesse público pelo Estado, deve ser conduzida pela via da regulação.

A regulação é, em suma, uma das funções administrativas e deve, pois, ser estudada no âmbito do Direito Administrativo, do qual o Direito Administrativo Econômico é uma nuance¹⁹.

Essa função regulatória vai se dar no exercício da *polícia administrativa*, no *atendimento das necessidades coletivas ou da prestação dos*

¹⁸MILONE, Paulo César. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. Em *Manual de Economia: equipe de professores da USP*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 514. *apud*.

¹⁹ De minha parte, fragmento, ainda, o estudo do Direito Administrativo Econômico em um subcapítulo, destinado ao estudo do Direito Administrativo Regulatório, tratando, especificamente, da função, estrutura, princípios, instrumentos e controle da função regulatória. Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo regulatório. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

serviços de interesse geral, na intervenção do domínio econômico ou no ordenamento social.

Cada uma dessas categorias de atividades administrativas vai comportar, respectivamente, um nível distinto de regulação. A noção de *eficiência* vai abranger, respectivamente, um objeto *seguro*, um serviço *adequado*, um mercado *livre*, e uma oferta de bens e serviços *indispensáveis*.

2. A reforma do Estado e do aparelho estatal

O importante é entender que, para todas essas atividades, costuma existir uma estrutura administrativa, que pode ser centralizada, a Administração Direta, ou descentralizada.

A descentralização é um princípio da Administração Pública e pode se dar por lei, criando ou autorizando a criação de entidades na Administração Indireta, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, ou por ato administrativo, criando um vínculo de colaboração entre o Poder Público e o setor privado.

O momento histórico que levou ao surgimento do Estado Regulador decorreu da constatação de uma enorme evolução estrutural da Administração Pública. A sociedade não tinha mais meios de, sem sacrifício do próprio sustento e de seus investimentos, continuar a custear o funcionamento de tantas estruturas administrativas que se criavam para o atendimento dos interesses gerais. Então a opção passou a ser pelo investimento no atendimento do interesse público com recursos oriundos do setor privado. A idéia é que, com o mesmo volume de recursos públicos (sem, portanto que a sociedade seja obrigada a financiar o *deficit* público, ou a suportar emissões de moeda, ou a pagar cargas tributárias maiores) se atenda a um conjunto igual ou maior de interesses das coletividades envolvidas. Portanto, a opção passou a ser buscar a participação privada no atendimento de interesses coletivos relevantes.

Conforme os ensinamentos de Fábio Giambiagi e Ana Cláudia Além²⁰, “a participação do Estado nas atividades econômicas no Brasil não decorreu de uma atitude deliberada do Estado com vistas a ocupar o espaço do setor privado. Em nenhum momento a maior intervenção do Estado teve a intenção de instalar o socialismo no Brasil. Pelo contrário, o objetivo foi consolidar o sistema capitalista no Brasil.”

Para que isso ocorra nos dias atuais é necessário criar um cenário favorável para o investimento. Logo, a idéia de reforma do Estado não é relacionada apenas à mudança da máquina administrativa e o seu conseqüente custeio. É necessário percorrer uma etapa anterior, de repensar o que deve caber ao Estado e o que deve caber à sociedade. Isso se faz à luz do Princípio da Subsidiariedade, por força do qual só se passa ao Estado aquilo que a sociedade, pelas suas próprias forças, não consegue solucionar.

No Brasil, o elemento jurídico definidor dessa noção de subsidiariedade deveria ser um plano de desenvolvimento econômico (CF, art. 174), por meio do qual se identifica, num *diagnóstico*, onde estão as carências e expectativas da coletividade, para, então, se propor um *prognóstico* definindo ações para o seu tratamento.

Presente o interesse público, não se deve criar, imediatamente, uma estrutura administrativa para qualquer tipo de atividade, mas somente para aquela cuja relevância no atendimento de interesse geral tenha sido detectada pelo processo democrático, fruto de um planejamento responsável com vistas ao atendimento dos interesses gerais.

Repensadas as funções do Estado, à luz do Princípio da Subsidiariedade e com base na idéia de desenvolvimento, com vistas à concretização dos interesses relevantes, passa-se a pensar na estrutura necessária

²⁰ GIAMBIAGI, Fábio. ALÉM, Ana Cláudia. Finanças Públicas – Teoria e prática no Brasil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Camus, 2000. p. 86.

à sua execução. Quanto a este aspecto, num cenário em que há uma insuportabilidade no custeio de toda máquina administrativa existente, o que se busca é a redução do tamanho da máquina pela via da Desestatização.

A desestatização é o gênero, da qual são espécies a privatização, as concessões, as permissões e a terceirização.

A privatização é, tão-somente, uma venda de patrimônio público para o setor privado. Esse patrimônio, ainda que passe à titularidade do setor privado, não perde sua função social, cabendo ao Estado, no exercício do domínio eminente, zelar e orientar a concretização de tal princípio.

Pela via das concessões e permissões de serviços públicos se transfere, apenas, a execução de um serviço a um particular, que passa a prestá-lo sob normas e sob controle estatal. Pela via da terceirização nem mesmo se transfere a gestão pública ao particular, mas, somente, se admite que o Estado busque insumos privados para que ele próprio atenda a interesses públicos.

Há, contudo, um limite para essa transferência de competências públicas para o setor privado, o que exige uma análise das funções estatais. Estas podem ser divididas em quatro grupos, a saber, formulação de políticas públicas, implementação de políticas públicas *com* exclusividade do Estado, implementação de políticas públicas *sem* exclusividade do Estado e produção de bens e serviços para o mercado.

3. A formulação das políticas públicas e a estrutura estatal

O primeiro grupo de atividades é o da formulação das políticas públicas, que vem a ser, exatamente, a idéia do planejamento, com identificação das carências e das expectativas que a sociedade espera ver atendidas pelo Estado. Isso deveria começar no momento em que um partido político se submete a um processo eleitoral e faz a identificação de quais ações são propostas para

atendimento dos problemas.

Teoricamente, o diagnóstico das carências e expectativas da sociedade em relação ao Estado vai ser o mesmo qualquer que seja o partido que esteja se submetendo à eleição; o que vai variar é o conjunto de ações propostas para o seu tratamento. A Constituição brasileira de 1988 comporta tanto propostas de um Estado maior quanto de um Estado menor; o que varia, portanto, é a ideologia da proposta eleitoral no processo democrático e os recursos disponíveis para sua implementação. O plano é, assim, instrumento do governo, que permite a interação entre os sistemas político, econômico, orçamentário e tributário, previstos na Constituição.

A formulação de políticas públicas cabe àqueles que recebem diretamente da sociedade o poder de traduzir essas propostas de ação em um programa de ação estatal. Daí porque, por força do princípio democrático, esse tipo de atividade é inalienável, intransferível do setor público para o setor privado, sob pena de se violar a própria democracia.

Para se implementar essas políticas públicas, pode ou não ser indispensável a presença do Estado. O elemento divisor de águas é a necessidade do uso da autoridade, ou seja, a necessidade do uso da imposição, da subordinação de um interesse individual a um interesse geral. Toda vez que a vontade privada tiver que ceder ou se condicionar à vontade geral ou de uma coletividade só poderá ser imposta tal obrigação pela via de uma estrutura de Direito Público. Fala-se, portanto, num órgão da Administração Direta ou, se descentralizada a função, só se admite a opção para uma estrutura autárquica. Não deveria caber tal “poder de império” ser exercido por uma empresa pública ou por uma sociedade de economia mista, posto que, no direito brasileiro (CF, art. 173, § 1º, II), ainda que integrantes da Administração, têm personalidade jurídica de direito privado (que lida com relações de *coordenação* entre interesses no mesmo plano). As relações regidas pelo Direito Público envolvem *subordinação* do interesse individual ao interesse geral. Daí porque o “poder de império” não pode ser alienado ou transferido.

A *contrario sensu*, poderá ser gerido por um particular o interesse que não exija o uso de autoridade. Portanto, na implementação das políticas públicas, *sem* exclusividade do Estado, pode-se fazer a parceria com o setor privado pela via das concessões, das terceirizações²¹, das permissões, dos contratos de gestão com organizações sociais, de termos de parcerias com organizações da sociedade civil de interesse público.

4. A implementação de políticas públicas

No que concerne à implementação das políticas públicas *com* exclusividade do Estado, a diretriz no programa de reforma é a criação de agências autônomas, que são de dois tipos: as agências reguladoras e as agências executivas. Estas, como o próprio nome já diz, implementam, diretamente, a política pública (sendo título que resgata um conceito tradicional do que seja uma autarquia).

A agência executiva, que tem previsão na Lei 9.649/1998 e Decreto 2.488/1998, tem sua autonomia negociada num contrato de gestão, que é instrumento no qual vão ser estabelecidas as metas a serem objeto do controle finalístico da Administração.

O que ainda é tratado como novidade é a figura da agência reguladora, porque, ao contrário da agência executiva, tem um papel de orientar a

²¹ O Programa de Desestatização do Estado do Rio de Janeiro previu terceirizações de hospitais públicos, que passaram à administração de uma empresa do setor privado (que colocava médicos, equipamentos, toda estrutura, enfim, tudo contratado sobre regime de direito privado, sem concurso e sem licitação). Isso chegou a ser considerado uma fuga ao regime publicístico de contratação e uma alienação de um dever essencial do Estado de prestar os serviços de saúde. Ocorre que as ações de saúde pública representam o atendimento de uma política pública e devem ter a participação estatal, por envolver o atendimento de expectativas e carências da coletividade. Não necessariamente os serviços de saúde precisam ser executados por médicos concursados pelo Poder Público, com uso de equipamentos, remédios, empresas de limpeza e vigilância contratadas pelo Poder Público. O que cabe ao Poder Público é colocar o hospital público à disposição da sociedade. A saúde é dever do Estado, de acordo com o artigo 196 da Constituição. Ao mesmo tempo o Estado pode terceirizar (CF, art. 197). Simplesmente o que se fez foi a obtenção de insumos privados para a gestão de uma política pública que não exige exclusividade do Estado. Afinal, não há, para tanto, necessidade do uso do “Poder de Império” do Estado sobre o particular.

execução privada do atendimento do interesse geral; portanto, não se transfere, sem uma disciplina estatal, o atendimento de um interesse geral a um agente privado.

Logo, a distinção entre agências executivas e agências reguladoras não está no fato de que naquelas a autonomia decorre do contrato de gestão e nestas da própria lei criadora. Afinal, a agência reguladora, por integrar a Administração Pública, também está sujeita à supervisão ministerial e ao controle finalístico, podendo negociar, no contrato de gestão, a técnica de sua implementação.

O ponto decisivo está no fato de que a agência reguladora define os parâmetros dentro dos quais o agente privado pode desenvolver uma atividade de interesse geral.

Por outro lado, por força do princípio da livre iniciativa, não se deve invadir, ilimitadamente, segmentos do setor privado, sem um método para conceituá-lo como relevante. Essa identificação de relevância, por força do Princípio da Subsidiariedade, deve se fazer na formulação das políticas públicas.

Assim, para que o setor privado execute ações tidas como relevantes é que se desenvolve a orientação estatal, impositiva, pela via da regulação.

Daí ser recomendável que a agência reguladora tenha a forma autárquica, porque ela vai interferir em liberdades privadas de execução de atividades econômicas ou sociais que são de interesse da coletividade. Vale frisar, no entanto, que a função pode ser desempenhada pela Administração direta. O formato de agência, como se verá adiante, é apenas uma estrutura voltada para viabilizar o exercício independente da função.

A regulação do atendimento privado de interesses públicos é uma técnica mais branda que o Estado tem como alternativa à criação de empresas estatais, cuja existência excepciona o princípio da abstenção do exercício de atividades econômicas. Assim, ao invés de criar uma entidade concorrente com o

setor privado, ele informa, impositivamente, como devem operar as entidades da sociedade e do setor empresarial privado de modo que se atenda o interesse da coletividade.

5. A retirada do Estado de setores não prioritários

Não sendo suficientes, surge a excepcional legitimidade para as atividades do quarto grupo, de produção de bens e serviços para o mercado, no qual o Estado, notoriamente, compete com o setor privado. Estando este aparelhado e sendo eficiente, o Princípio da Subsidiariedade não autoriza o Estado a exercer a atividade econômica. A diretriz para esse tipo de atividade é a privatização, que não exonera o Estado do dever de acompanhar e orientar a gestão da atividade e a utilização do patrimônio privado, se assim o interesse público exigir. No âmbito federal, tal processo se desenvolve na forma da Lei nº 9.491/1997.

6. A criação de um cenário viabilizador de investimentos em áreas prioritárias

O Estado, ao deixar de ser executor de atividades, passa a ocupar um segmento que até então não priorizava, o de orientação das empresas no setor privado. Passa-se a exigir um maior grau de distanciamento entre o Estado e o segmento regulado, de modo a se criar um cenário favorável ao investimento, que viabilize segurança jurídica ao investidor.

O conhecimento das “regras do jogo” reduz o risco e, conseqüentemente, os custos repassados para os preços dos produtos e serviços, tornando-os mais acessíveis a um número maior de pessoas.

A possibilidade de constante mudança de orientação política a cada processo eleitoral, por exemplo, causa incertezas que afugentam o investidor,

especialmente em casos que exigem grandes investimentos, de retorno em longos prazos. Já as regras técnicas de desempenho de atividades privadas são universais, conhecidas e previsíveis pelos especialistas de cada segmento. A possibilidade de emprego do elemento “surpresa” é sempre um inibidor de investimentos.

É o caso, por exemplo, dos serviços públicos delegados a particulares mediante contratos de concessão. Como contrato administrativo que é, a concessão admite a sua denúncia unilateral pelo Poder Público invocando o “interesse público”. Como a interpretação do conceito jurídico indeterminado “interesse público” pode variar em função de cada orientação política sufragada em processo eleitoral, o risco aumenta e o investimento não vem (ou vem com o custo muito mais elevado em função do impacto do elemento “risco” na sua composição). Isso obriga o Estado a criar uma máquina administrativa, porque o interesse é da coletividade, estando sob sua responsabilidade o atendimento.

7. A política regulatória

A idéia é que a política pública deve ser formulada pelo núcleo estratégico do Estado, pelas autoridades políticas; uma vez formulada e conhecida de todos, fruto de um processo democrático, que verifica os desejos da coletividade e materializada nas leis, ela vai ser implementada. Portanto, a implementação da política pública deve ser um processo de tradução da vontade da coletividade, positivada na lei, com vistas ao atendimento do Princípio da Eficiência.

A sociedade não espera mais que todos os interesses gerais sejam atendidos pelo Estado, mas que aqueles por ela considerados relevantes sejam atendidos com *eficiência*.

A tradução do que seja *eficiência* em cada um dos segmentos de atividades administrativas estatais vai variar na interpretação do conceito, devidamente motivada na ponderação entre custos e benefícios envolvidos na

imposição de algum tipo de restrição da liberdade privada.

Esta a essência da atividade regulatória, que tem a ver com a eficiência, sendo resultado da competição das forças no mercado entre os agentes econômicos para que permaneçam no mercado aqueles que estão aptos ao atendimento do interesse da coletividade.

Para tanto, a atividade regulatória busca promover a competição ou, onde esta seja impossível, pela existência de monopólios naturais, a regulação vai ser substitutiva do mercado, procurando, pela via da escolha pública, estabelecer os critérios de eficiência, que reduzam ou previnam os malefícios da ausência de disputa.

A escolha pública, no entanto, é um processo excepcional, eis que nem sempre se consegue, com perfeição, substituir o normal funcionamento das forças no mercado por orientações traçadas no interior dos gabinetes. O ideal é a regulação promotora do mercado.

8. Instrumentos de política regulatória

Para promover a eficiência no mercado pela via da competição, os instrumentos de política regulatória são centrados na segmentação das atividades econômicas, identificando qual e cada tipo de atividade econômica em que é possível haver competição. Depois, na medida do possível, busca-se evitar a concentração num determinado segmento, o que é chamado de **desverticalização** (*unbundling*), que, na verdade, é a idéia de desconcentração com vistas à promoção da competição. Afinal, toda concentração é, em tese, uma restrição da competição.

A mais leve imposição regulatória é a **desconcentração contábil**, por força da qual cada etapa da atividade econômica deve ter uma contabilidade distinta para que um segmento que esteja submetido à competição não seja subsidiado por um outro que esteja num regime de monopólio. Isso acontece muito nas atividades que fazem uso de redes, como é o caso do petróleo, telecomunicações, eletricidade, em que existe um monopólio natural nos dutos e redes físicas de

transportes²².

A **desconcentração jurídica** obriga que uma determinada pessoa jurídica fragmente as suas atividades, criando pessoas jurídicas distintas para cada etapa da cadeia produtiva. Por exemplo, nas atividades de petróleo existem empresas que o produzem ou importam, outras o refinam, além das transportadoras, das distribuidoras e das operadoras de postos. Podem até ser todas do mesmo grupo econômico. Entretanto, se isso puder interferir na competição no mercado, passa-se a uma intervenção mais grave, a **desconcentração societária**, que obriga que determinado tipo atividade seja transferido, impedindo-se que seja mantida integrada num mesmo grupo econômico.

Outro tipo de instrumento de política regulatória é o **livre acesso** a uma estrutura essencial para a prestação de serviço de interesse geral (*essential facility*), como é, mais uma vez, o caso das redes físicas de dutos utilizados para a prestação dos serviços de transporte de gás, de telecomunicação, de eletricidade.

Para não se limitar o conceito de *essential facility* ao uso de redes, cite-se o exemplo dos portos e, até mesmo, um caso de saúde. Pode se mencionar o exemplo de um hospital, único da cidade, que tinha excluído do seu quadro um determinado médico. Este médico, por sua vez, após a exclusão, pretendeu levar um paciente seu para ser operado naquele hospital, valendo-se, para tanto de um direito previsto em normas do Conselho Federal de Medicina (art. 25 do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução nº 1246/88 e Resolução nº 1231/86, que diz ser direito do médico operar os seus pacientes em qualquer hospital, desde que ele atenda às regras técnicas para tanto). O hospital foi ao Judiciário, com base no art. 524 do Código Civil de 1916, para dizer que aquilo era uma violação ao seu direito de propriedade, tanto mais que era uma instituição sem fins lucrativos, de caráter

²² Isso não ocorre tanto no segmento da saúde suplementar, que já nasce praticamente segmentado. Existe uma nítida diferença de tratamento entre as operadoras de plano de saúde e as unidades hospitalares que são pessoas jurídicas muitas vezes distintas das operadoras de saúde. O que pode acontecer é que, eventualmente, se um determinado conjunto de unidades hospitalares só atende a uma determinada operadora de plano de saúde, interfere no atendimento da coletividade, passando a ser objeto da preocupação adicional da Agência Nacional de Saúde Suplementar, com vistas a resgatar a competição daquele segmento que é tido como relevante.

assistencial e aquilo era uma propriedade privada. A decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (RE n. 27.039-3/São Paulo), no qual foi relator o Min. Nilson Naves foi no sentido de que aquele bem privado deveria se submeter ao princípio constitucional da função social da propriedade e que, portanto, era perfeitamente possível a sua utilização pelo médico. Isto representa a noção de *essential facility* - que é a da vinculação da propriedade a uma função social voltada para o atendimento de um interesse relevante da coletividade. A norma regulatória emanada do Conselho Federal de Medicina tinha perfeita validade porque ela representava a tradução técnica de um princípio contido na Constituição e que só podia ser concretizado se fosse explicitada essa obrigação.

Isso serve para reafirmar que a atividade regulatória não é nova. Os conselhos de fiscalização profissional sempre tiveram uma competência regulatória sobre os respectivos profissionais.

O Poder Público, por sua vez, sempre exerceu uma atividade regulatória pela via do sistema tributário, usando os impostos sobre o comércio exterior para estimular ou desestimular importações ou exportações. O objetivo não é de arrecadação fiscal, mas regulatório, de fazer com que se substitua a importação pelo produto nacional, que se estimule a exportação do produto nacional ou, em situação de escassez, para evitar o risco de desabastecimento.

A regulação também já estava presente no setor agrícola, com o uso dos estoques reguladores do Governo, seja para garantir o abastecimento, seja para incentivar a produção agrícola. Afinal, o agricultor se vê, muitas vezes, desestimulado a produzir porque, em período de safra, a lei da oferta e da procura faz com que o preço dos produtos baixe e, na entressafra, os produtos têm seu preço elevado porque a oferta é menor, e aí há um risco de desabastecimento da população, especialmente a mais carente. Então, o Poder Público fixa um preço médio, para comprar na safra e vender na entressafra, mantendo um equilíbrio durante todo o período.

A regulação não é, pois, uma importação irresponsável de um modismo e que não se presta ao Brasil por não se ter um mesmo grau de

desenvolvimento dos países que dela se utilizam. Chegou-se a dizer que mesmo nos países que a acolhem, a regulação estaria em decadência, sendo cada vez mais freqüente a desregulação.

Ora, a **desregulação** é outro instrumento de regulação, ao lado da desverticalização, da desconcentração e do livre acesso, que o Brasil ainda não vive, por não ter alcançado tal estágio de desenvolvimento dos seus mercados.

A primeira preocupação é criar um mercado e fazer com que ele se desenvolva. Isso se dá pela orientação regulatória. A partir do momento em que esteja maduro, vai-se reduzindo o conjunto de normas até que o mercado opere por suas forças. Essa a idéia de desregulação, que é uma maneira de fazer regulação, restringindo ou eliminando a norma onde ela não se faz mais necessária. Antes de representar o fracasso da atividade regulatória, a desregulação é o marco do seu êxito, propiciando o desenvolvimento do mercado, atenuando suas falhas, e, ao final, reduzindo o grau de intervenção estatal.

9. A função regulatória

É preciso que se faça uma identificação de que a **função regulatória** não se limita à produção de normas, bem como que “regulação” e “regulamentação” não são a mesma coisa.

É regra elementar de hermenêutica que o legislador não usa termos distintos para significar a mesma coisa. No caso, o constituinte brasileiro usou duas palavras distintas, “regulamentação” e “regulação”, embora ambas sejam técnicas de atribuição de poder normativo a pessoas externas ao Poder Legislativo.

A regulação vai ter um conjunto de elementos que representam uma **função normativa**, ou seja, faz normas, mas não é o Poder Legislativo; uma função de execução da vontade da lei e da norma regulatória, sem ser o Poder Executivo; e de solução dos conflitos de interesse, sem ser o Poder Judiciário; portanto, já se vê que regulação e regulamentação não são a mesma coisa.

A regulamentação se limita à edição de um Decreto, que é, no Direito brasileiro, privativo do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, IV). Outras autoridades não podem fazer regulamentações (no sentido constitucional da expressão). Baixam instruções, portarias e resoluções. Todos esses atos (em especial, os de regulamentação) são editados por autoridades *políticas*, informados por critérios *políticos* da maioria que as conduziu ao poder no processo eleitoral majoritário de tradução da vontade da lei. Como não são, necessariamente, técnicos, não ponderam custos e benefícios²³.

Esse é o papel da regulação, isto é, testar, tecnicamente, a ponderação entre os custos e benefícios na intervenção de um determinado segmento, de modo que a norma só vai ser eficiente se os benefícios forem iguais ou maiores que os custos envolvidos na sua implementação, que envolve uma restrição de liberdade. Somente com o cumprimento desse dever jurídico é que se afasta a responsabilização da agência. O dever jurídico é de atribuir pesos aos interesses envolvidos e assegurando a participação dos interessados no devido processo legal. Do contrário, a eventual redução da lucratividade enseja o dever de reparação do prejuízo causado.

A liberdade é um valor supremo acolhido pelo ordenamento jurídico e só pode ser reduzido se houver um outro valor, no caso concreto, equivalente ou que prepondere sobre ele.

²³ Um exemplo pode se dar na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, no que concerne à apresentação do preço do produto. Ocorria um problema quando o consumidor levava um produto com o preço exposto na gôndola e com código de barra na embalagem. Ao chegar no caixa, o valor era, muitas vezes maior, gerando um constrangimento para o consumidor. A título de regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, que diz que o preço do produto deve ser apresentado de forma ostensiva, por um critério meramente político, resolveu-se voltar à etiqueta afixada no produto sobre o código de barra. Ora o termo “ostensivo” é “conceito jurídico indeterminado”, que depende de uma interpretação, que pode ser política ou técnica. Ao optar-se pela interpretação política, pela afixação da etiqueta surgiram novos custos: de compra da etiqueta; numa economia inflacionária, a constante colocação de novas etiquetas no produto; perda de agilidade no caixa, gerando fila, que muitas vezes afugenta a clientela, obrigando à contratação de mais empregados nos supermercados. Num regime de livre iniciativa, esses custos podem, perfeitamente, ser repassados para os preços dos produtos. Assim, a título de se defender o consumidor, elevou-se o preço dos produtos. Tivesse a decisão passado pelo critério técnico de ponderação entre os custos e benefícios dessa orientação, essa norma não atenderia o conceito de eficiência e não teria sido adotada porque não teria motivação suficiente para tanto; poderia ser empregada uma outra solução. Por exemplo, uma pesada multa para os casos em que o preço da gôndola fosse diferente do preço constante do código de barras.

Há quem use a mesma terminologia para afirmar que as agências reguladoras não têm poder regulamentar ou normativo algum, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo, exceção aberta, apenas, às agências reguladoras do petróleo (CF, art. 177, § 2º, III) e das telecomunicações (CF, art. 21, XI), porque foram constitucionalmente previstas. Como dito, a previsão foi de regulação, que não se confunde nem substitui o poder regulamentar. Nos casos em que houve previsão constitucional dessas agências, não se deu discricionariedade ao legislador ordinário para criá-las ou não. Isso não significa que a lei não possa escolher outros segmentos a serem objeto de regulação e de criação de agência reguladora, nem, muito menos, que a lei não pode transferir ao regulador a competência para baixar as normas que explicitem os princípios e comandos gerais.

A regulamentação disciplina o atendimento de interesses *gerais*; a regulação, de interesses *coletivos* numa sociedade plural, na qual a cada grupo social corresponde um ordenamento jurídico, estatal ou privado (auto regulação).

Ademais, a regulação que não se limita à edição de normas, que passam a fixar um critério de como a agência interpreta um determinado dispositivo legal ou um princípio constitucional. Ressalte-se que existem as normas gerais, baixadas pelo colegiado e as de implementação da vontade do colegiado, por normas de dirigentes isolados de cada unidade da agência reguladora. Estas devem obediência à norma geral, à lei e à Constituição, que representam a moldura regulatória original do ordenamento regulatório, com motivação técnica, calcada na ponderação entre custos e benefícios.

10. A regulação normativa

Examinando cada uma das etapas da regulação, a primeira delas, a **função normativa** tem sido muito criticada porque se entende que a norma reguladora cria obrigação sem ser lei, o que violaria o Princípio da Legalidade.

Existem três teorias que justificam a plena validade desse tipo de

norma: a *Teoria da Transmissão Democrática*, pela qual a lei, fruto do processo democrático, reconhecendo o distanciamento do legislador em relação ao mercado que está sendo regulado, atribui a agentes envolvidos com a realidade regulada o poder de editar normas e comandos necessários para o desenvolvimento eficiente do setor.

Há quem diga que tal “transmissão” é uma “delegação de poderes”, o que implicaria em reconhecer que ao Legislativo poderia caber a função de concretizar a vontade da norma; na verdade é dessa função, tipicamente administrativa, de concretizar a vontade da norma, sem liberdade política de fazê-lo ou não, que se está a tratar. Para tanto, podem ser necessários comandos normativos técnicos, interpretativos da vontade da lei (norma de segundo grau, que existe em decorrência de uma anterior), com vistas ao seu cumprimento eficiente. É uma decisão técnica, normatizar para uma generalidade de casos (quando estão em jogo interesses homogêneos de grupos – como na defesa do consumidor) ou orientar por ato específico.

Pela *Teoria da Especialização*, o legislador reconhece que tal agente deve ser um especialista na matéria, com notório conhecimento sobre o segmento regulado. O legislador, como generalista, não entende de cada segmento regulado, mas sabe que, dada a sua relevância para o desenvolvimento, justificando a regulação, deve ter funcionamento eficiente, de modo a atender os interesses da coletividade regulada. Portanto, nada mais voltado para o Princípio da Eficiência que ele atribua - poder de explicitar as obrigações genéricas contidas na lei a quem tem esse conhecimento. O dever de atender eficientemente os consumidores e operadores é um dever legal; o que a norma reguladora faz é explicitar tecnicamente o modo pelo qual se opera o atendimento desse dever. A fonte da regulação não é a norma reguladora, mas a lei.

A terceira teoria exige a *Legitimação pela Participação*, ou seja, todas as normas regulatórias, antes de editadas, devem ser submetidas a um processo de consulta pública, seja por *internet*, pedidos de informação e/ou subsídios, coletas de opinião e audiências públicas, para que essa norma receba da coletividade, dela destinatária, contribuições para o seu aprimoramento. Isto porque a regulação é um

processo que busca identificar e otimizar interesses em tensão (de consumidores, que querem o menor preço possível, e de fornecedores, que querem o maior lucro possível). É preciso se buscar um ponto ótimo de equilíbrio, preservando tanto a estabilidade financeira do fornecedor como o poder aquisitivo do consumidor. Essa participação é um instrumento legitimador da norma que explicita obrigações, buscando conciliar os interesses identificados.

Vale explicitar que não deve ser considerada válida a regulação que não se submete aos processos de democracia participativa. O conceito de democracia procedimental se relaciona diretamente com o princípio do devido processo legal, que representa garantia para a imposição de obrigações e a retirada de direitos. Ora, se a regulação representa um processo de ponderação de interesses em conflito, é no direito de participação que esses interesses se apresentam e se tornam conhecidos, de modo a serem valorados; como daí vai resultar a diminuição de algum direito em proveito de outro, mais relevante no caso concreto, esse resultado só pode decorrer do devido processo legal.

Tal processo pressupõe a convocação dos interessados, o exame tecnicamente motivado dos argumentos apresentados – de modo a demonstrar que foram considerados – e decisão proporcional. Frise-se que é exatamente a questão técnica que justifica a atribuição de competência aos agentes reguladores para explicitarem os comandos legais, que, na sociedade desenvolvida, se limitam a traçar diretrizes e metas a serem atendidas pelos executores da lei.

11. A regulação executiva

Como a regulação é mais ampla que o aspecto normativo, cumpre abordar a **regulação executiva**, que passa a ser o tratamento, no caso concreto, dos interesses de um determinado setor relevante. Esses atos vão ser de atribuição do direito de ingresso no mercado (a licença, a autorização, a concessão, o registro de um determinado operador, enfim, atos que legitimam, após um processo de controle exercido pelo regulador, o direito de exercer uma atividade econômica).

Esse ingresso é seguido de um constante acompanhamento da atuação do agente econômico no mercado, sendo orientado, usualmente, por normas gerais.

Não significa dizer que onde não exista a norma reguladora não possa haver o ato executivo da agência reguladora. A regulação pode se desenvolver tanto pela normatização geral (*rulemaking*), como pela definição, de ofício, no caso concreto, de uma determinada situação (*adjudication*). Edita-se um ato ordinatório aplicável ao caso concreto porque, nem sempre, o regulador tem condição de conhecer previamente o problema surgido no mercado. Como dito, a velocidade dos fatos no mercado nem sempre é compatível com a capacidade de previsão da sua ocorrência pela Administração.

Outros atos de regulação executiva são os relacionados à fixação, reajuste e revisão de tarifas, atos de fiscalização e a imposição de ordens sobre a aquisição, manutenção e substituição de bens e pessoas vinculadas à atividade regulada. Até mesmo a criação de empresas estatais é um ato regulatório executivo, já que a presença do Estado em um determinado segmento econômico pela criação de uma estatal passa a impactar a concorrência, influenciando o comportamento dos competidores em relação à sua existência.

Importante instrumento de regulação executiva é a **interpretação regulatória**.

Nem sempre a generalidade da lei ou da norma regulatória vai se adequar às peculiaridades do caso concreto, o que impõe um juízo técnico semelhante ao que o magistrado adota para decidir com equidade, de modo a atender à finalidade da norma e, no caso da regulação, ponderar adequadamente entre custos e benefícios, de modo a que estes preponderem sobre aqueles.

Um dos casos mais freqüentes de interpretação regulatória ocorre quando uma norma regulatória define padrões mais brandos para situações outrora mais gravemente reprimidos. Nesse caso, não cabe, em relação às penalidades anteriormente impostas a automática retroatividade, tal como aplicada no direito penal em benefício do acusado. Isto porque a regulação se adequa a uma

determinada situação de mercado em que o dano causado por uma conduta pode ser grave a ponto de ensejar uma punição proporcional, de modo a restabelecer o equilíbrio do sistema. A regulação, por essência, tende a ser temporária, até corrigir as falhas de mercado, hipótese em que ensejará a desregulação, mas sem desfazer os atos do passado.

12. A regulação judicante

A mesma autoridade que atribui um direito de ingresso pode, também, determinar o afastamento de um determinado operador no mercado²⁴. Tal decisão deve ser, como as demais, antecedida de ponderação técnica entre os custos e benefícios. Trata-se da **regulação judicante**, que envolve a solução de conflitos entre os operadores num determinado segmento econômico.

A regulação judicante vai diferir do processo administrativo normal que existe na Administração Pública por conta do Princípio da Subsidiariedade, por força do qual o Estado só adquire competência quando ultrapassadas as forças da sociedade para atender seus interesses.

No processo regulatório de solução de conflitos se tem, obrigatoriamente, uma etapa em que se deve procurar compor amigavelmente o litígio. Pela via da **conciliação**, classificando os interesses em tensão, aproximam-se as partes, para que elas, uma vez alertadas para os interesses que estão em jogo, procurem compor o conflito, chegando a um resultado de consenso. O agente regulador não chega a assumir a direção dessa solução, fazendo, simplesmente, o papel de apresentador de uma parte a outra, de um interesse ao outro, para que os envolvidos, então, examinando o ponto em conflito, cheguem, por suas próprias forças, a uma decisão.

Não chegando a conciliação a bom termo, a administração regulatória

²⁴ No caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar, existe o instrumento da liquidação extrajudicial das operadoras de saúde, pela qual se afasta definitivamente uma determinada operadora do mercado, por incompatibilidade em face dos comandos regulatórios, no caso de agências reguladoras de Serviço público tal instrumento é a declaração de caducidade ou de encampação do contrato.

assume uma posição mais ativa, de propor soluções para a controvérsia, apresentando laudos, dados, registros e propostas objetivas em torno dos quais os agentes regulados devem sopesar os riscos, interesses e benefícios que podem resultar da manutenção ou não do conflito.

Só a partir da frustração dessa **mediação** é que a agência reguladora assume o poder de impor às partes a solução que ela entenda como, tecnicamente, a mais adequada a manter o equilíbrio do setor regulado, sendo as partes obrigadas a aceitar tal decisão.

Há quem não reconheça a competência para a **arbitragem regulatória**. Isto porque, no Direito brasileiro (Lei nº 9.307, de 23/09/96), a arbitragem *comercial* exige um prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Entretanto, a arbitragem comercial, que trata de interesses disponíveis, não se confunde com a arbitragem regulatória (que lida com os interesses de uma coletividade afetada pelo conflito) em razão de os comandos da Lei de Arbitragem não se aplicarem aos segmentos regulados, salvo, por analogia, na parte procedimental.

Não há qualquer violação ao Princípio da Autonomia da Vontade. Quem adere a um segmento regulado se compromete a cumprir e a se submeter a todo o ordenamento jurídico setorial que orienta o seu funcionamento, que tem implícito o poder da agência reguladora baixar normas estabelecendo limitações à liberdade do contratado, interferindo nas relações entre fornecedores e entre fornecedor e consumidor. Este contrato relacional vai ser constantemente fiscalizado e atualizado por normas emanadas da agência reguladora e os conflitos vão ser, possivelmente, solucionados pela via arbitral regulatória também.

Todo esse contexto integra o marco regulatório, ao qual o regulado voluntariamente adere ao pleitear um consentimento de polícia ou ao firmar um contrato com a Administração. A tanto não é obrigado, mas integrando o segmento, por decisão própria, deve se submeter a todas as regras que orientam o seu funcionamento.

Outra distinção importante de chamar a atenção entre um processo regulatório e o processo administrativo ou judicial, é que o processo regulatório é fruto da competência regulatória, que deve constantemente ponderar tecnicamente entre custos e benefícios. O processo administrativo e o judicial tradicional são voltados para solucionar um conflito que ocorre apenas entre as partes, fazendo coisa julgada apenas para elas e voltado para o passado (o fato que originou o conflito). No processo regulatório, esse tipo de preocupação não esgota a responsabilidade regulatória. A partir de uma decisão regulatória, a agência reguladora, sopesando custos e benefícios, fixa um entendimento acerca do que deve ser a correta conduta ou o resultado eficiente, não apenas das partes conflitantes, mas de todo o segmento regulado. Portanto a decisão regulatória judicante é voltada para o futuro e não para o passado; ela é voltada para todo o segmento regulado e não apenas para aquelas partes em conflito e, assim, deve ponderar sobre o impacto que aquela decisão vai gerar não só sobre as partes, mas sobre todo o segmento regulado.

Em função dessa ponderação é que a decisão regulatória pode optar por substituir uma eventual penalização de uma das partes, pela utilização de mecanismos que atendam ao Princípio da Proporcionalidade, buscando outras técnicas que, não necessariamente, a mais grave, de sanção (de multa, intervenção ou liquidação judicial ou extrajudicial), mas pela via de **acordos substitutivos** (Termos de Compromisso e Termos de Ajuste de Conduta, por exemplo). Sempre existe a possibilidade da sanção, fruto da regulação, ser substituída por uma medida que, na ponderação de custos e benefícios, na visão prospectiva que deve ter o regulador (voltado para o futuro impacto da decisão no mercado e não para o passado, da origem do conflito) vai representar a tradução técnica da melhor solução para o mercado e não apenas para o conflito.

13. A estrutura da regulação

Para que esta função regulatória não seja corroída por critérios políticos, para que os agentes reguladores não sofram a interferência das autoridades políticas é que se concebe que a função regulatória receba uma estrutura diferenciada das demais entidades da Administração Pública, e aí se

retoma a idéia de agências autônomas.

A *autonomia* não representa maior novidade no Direito Administrativo brasileiro; as entidades da Administração Indireta, criadas por lei ou com autorização em lei, sempre foram dotadas de autonomia, que as excluía da subordinação hierárquica do Poder Executivo, sendo dotadas de personalidade jurídica própria. Ficavam – e ainda ficam – sujeitas a um controle finalístico e estão submetidas à direção superior da Administração Pública, que cabe ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II).

13.1. Comparação das agências reguladoras com entidades com funções e autonomia assemelhadas.

A criação de órgãos e entidades dotados de maior autonomia também é prática de longa data conhecida no Brasil; o Banco Central, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a Comissão de Valores Mobiliários, no âmbito do ordenamento econômico, as Universidades, no âmbito do ordenamento social, bem como o Ministério Público, as Procuradorias dos Estados e os Tribunais de Contas, no âmbito do controle sempre foram dotados de uma maior autonomia. Em razão disso, os primeiros receberam a titulação de autarquias especiais, enquanto que os últimos permaneceram despersonalizados.

O CADE, antes da Lei nº 8.884/94, que o transformou em autarquia especial, inclusive já ostentou a condição de “órgão autônomo” (Lei nº 6.137/62), o que sempre criou embaraços doutrinários para justificar uma inexistência de subordinação, que acabaria por comprometer a tecnicidade de seus julgamentos, emanados de um colegiado composto de profissionais com notória especialização no campo do Direito e da Economia. A anomalia acabou corrigida pelo atual formato de autarquia especial, mas seus dirigentes não se submetem ao mesmo processo de nomeação dos dirigentes das agências.

O Banco Central tem sua estrutura e características previstas na no

artigo 192 da Constituição e na Lei nº 4.595/64, recepcionada com força de Lei Complementar.

O BACEN, ainda que exerça uma regulação sobre a moeda e sobre as instituições financeiras, ainda não é dotado de independência, caracterizada pelo mandato fixo dos seus dirigentes.

Há quem sustente que o conceito de independência de um banco central estaria ligado diretamente à sua competência para formular políticas públicas. Isto, contudo, além de não ocorrer, violaria o princípio democrático. Afinal, só quem deve ser encarregado da formulação de políticas públicas – isto é, a transformação em programas de ação governamental das expectativas e carências da coletividade – é quem recebeu a legitimidade para tanto, decorrente do voto da sociedade num determinado projeto ou proposta.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM foi criada pela Lei nº 6.385/76, com o objetivo de definir políticas de organização e funcionamento do mercado de valores mobiliários, bem como regular a utilização de crédito nesse mercado, tendo como órgão dirigente uma presidência, vinculada ao Ministério da Fazenda, composta de um presidente e quatro diretores, nomeados pelo Presidente da República.

A característica dos mandatos fixos veio a ser recentemente incorporada à Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 10.411/2002), que sempre regulou o mercado de títulos; a alteração do critério de composição do colegiado, contudo, não alterou a sua denominação para agência reguladora.

O que macula o conceito de autonomia da CVM é a previsão de um recurso hierárquico impróprio em matéria disciplinar, por meio do qual estabelece que compete ao Ministro de Estado da Fazenda instaurar tal processo, e cabendo ao Presidente da República julgar o mérito (art. 6, §4º. Lei 6.385/76)

As Universidades têm sua autonomia contemplada no art. 207 da Constituição Federal, abrangendo os aspectos administrativo, financeiro, patrimonial

e didático-científico.

A Lei nº 9.394/96 estabelece um critério diferenciado de nomeação de seus dirigentes.

No entanto, não têm as universidades um papel regulador, nem mesmo sobre as instituições privadas de ensino.

Já o Ministério Público, cuja disciplina jurídica é tratada no art. 129 da Constituição. Sua direção cabe ao Procurador-Geral nomeado pelo chefe do Poder Executivo; nos Estados há um processo de eleição de uma lista tríplice, cabendo ao Governador a Escolha do Procurador-Geral dentre os três mais votados.

Sua função, no entanto, é de fiscal da lei, sem regular comportamentos privados, ainda que tenha o poder de celebrar, como as agências, acordos substitutivos para composição de interesses de coletividades.

Igual função de controle da legalidade exercem as Procuradorias dos Estados, previstas no art. 132 da Constituição Federal, sendo a carreira estruturada num órgão dotado de autonomia administrativa, mas sem função de regulação do mercado ou mesmo dos serviços públicos.

Enfim, o que se denomina “agencificação” é pura técnica de *marketing*. Afinal, agência é o nome dado às estruturas norte-americanas de regulação, com o objetivo de atrair o investimento privado para substituir o investimento estatal. Para o investidor, é mais fácil identificar a estrutura com que vai se relacionar em um outro país conhecendo o nome que já se habituou. No Brasil já houve, sem maiores críticas, a era das *superintendências, institutos, serviços autônomos, departamentos* (todos, aliás, deveriam ser sinônimos de desconcentração, sem atribuição de personalidade jurídica, mas que, no Brasil, viraram Autarquias).

13.2. Peculiaridades das agências reguladoras brasileiras

Visto que a função regulatória não é novidade e que, sendo função relacionada à intervenção estatal numa liberdade privada, que exige formato de direito público (lidando com relações de subordinação, ao contrário do direito privado, que lida com relações de coordenação), a descentralização de tal cometimento só poderia se dar sob a forma autárquica, que, como também visto, é dotada de **autonomia** decorrente de sua personalidade jurídica própria.

A **especialidade** da entidade se dá na sua lei criadora e atribuidora de um regime jurídico próprio, o que, como também visto, não é privativo das agências reguladoras.

Também se justifica a autonomia administrativa, além da **independência técnica**, porque é preciso que a agência reguladora seja dotada de capacidade para acompanhar o mercado, cuja velocidade de funcionamento exige que a estrutura administrativa dedicada a fiscalizá-lo e a orientá-lo deva ser a mais ágil possível, sob pena de ser ineficiente e não se justificar a sua existência.

A peculiaridade está, portanto, na independência.

A idéia de “**independência**” não quer dizer que a agência é hermética ao controle do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, mas, sim, que ela tem imunidade em relação à interferência de critérios políticos na produção das suas manifestações de vontade. A independência é técnica, no sentido de que as autoridades políticas não devem interferir no normal funcionamento da agência.

Para preservar essa independência é que se previu uma **direção colegiada** e não uma autoridade singular.

Com isso, reduz-se o impacto das pressões sobre a autoridade com poder decisório em segmentos que envolvem grandes quantidades de pessoas, empresas e recursos.

A segunda peculiaridade é relacionada ao critério de composição do

colegiado.

A agência é composta por autoridades escolhidas dentre pessoas com **notório saber** no segmento regulado, exatamente para se buscar o insumo técnico de orientação de suas atividades. Isso, no entanto, já se via no regime jurídico do CADE, do BACEN e do Tribunal de Contas. Tal opção representa uma alternativa ao modelo de composição tripartite, com representantes indicados pelo Poder Público, pelos fornecedores de bens e serviços e pelos consumidores (e/ou usuários) de bens e serviços; a regulação seria desenvolvida pelos interessados e não por técnicos eqüidistantes dos interesses.

Uma vez indicadas pelo Poder Executivo, são submetidas ao controle parlamentar, num processo de **legitimação política**, para, então, serem nomeadas. Isso também ocorre no BACEN e no caso de outras autoridades contempladas no art. 52, VII, CF, cuja nomeação é precedida da necessidade de sabatina e aprovação pelo Senado Federal (ou das Casas Legislativas dos Estados e Municípios).

O ponto particular e polêmico está no período de vinculação às funções. A nomeação do colegiado se dá para o cumprimento de **mandatos fixos** e não coincidentes com o mandato político de quem nomeia, de modo a não se encerrarem todas ao mesmo tempo e serem nomeadas pela mesma autoridade política.

O mandato fixo foi questionado no Poder Judiciário.

O questionamento decorreu do fato de a Constituição Federal prever como formas de provimento de cargos públicos apenas o concurso público, para os cargos efetivos, e a livre nomeação, com livre exoneração, para os cargos de confiança e funções gratificadas; ambas não se ajustam ao modelo previsto para os dirigentes das agências reguladoras.

Para estes, o mandato fixo resultaria numa “estabilidade temporária” durante a vigência de seu mandato.

Esse processo especial de investidura e responsabilização não é típico dos agentes administrativos, não podendo os agentes reguladores ser enquadrados nessa categoria.

No entanto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal²⁵ entendeu que a inconstitucionalidade estava na previsão da submissão da exoneração do dirigente na vigência do seu mandato à aprovação do Poder Legislativo, por ferir a autonomia entre os Poderes. Assim, não se impede a exoneração na vigência do mandato, mas deve haver justo motivo. Ora, tal justo motivo, no direito brasileiro, é apurado no devido processo legal.

A idéia é preservar a independência técnica pela via da não vinculação ao mandato político.

Daí também se estabelecer **mandatos não coincidentes** entre si e com o Chefe do Poder Executivo, o que amplia a transparência, a legitimidade e o direito das minorias, preservando a pluralidade e as várias correntes políticas na decisão que representa o resultado da ponderação de interesses.

Havendo mandato fixo, se não houver o cometimento de falta grave, a autoridade não o perde por mais que discorde do Presidente da República, do Governador ou do Prefeito que nomeou o dirigente.

Outra peculiaridade é a previsão legal de uma “quarentena”; após o afastamento das funções, os agentes não poderão exercer atribuições no segmento regulado (previsão semelhante existe no Código de Ética da Alta Administração, que, no entanto, não veio positivada em lei).

A representação judicial da Agência, com prerrogativas processuais de Fazenda Pública, deveria ser exercida por sua própria **Procuradoria**.

²⁵ Adin 1.949-0

No entanto, numa equivocada interpretação da Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, tal papel tem sido atribuído à Procuradoria Federal, que integra o sistema jurídico da AGU.

Nega-se a autonomia da autarquia, sequer se exigindo um concurso que exija conhecimentos específicos sobre o segmento regulado podendo haver alteração da lotação de Procuradores à revelia da direção da Agência.

Não deve ser confundida a fiscalização técnica, que cabe à Advocacia Geral da União, com uma ingerência na atuação da agência, sob pena de violação da autonomia legalmente estabelecida.

O **Ouvidor** é nomeado pela autoridade máxima da agência para mandato fixo, competindo-lhe receber pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações, respondendo diretamente aos interessados, bem como representar a Agência junto aos órgãos de defesa do consumidor.

A **Corregedoria** fiscaliza a legalidade e a efetividade das atividades funcionais dos servidores e das unidades da Agência, sugerindo as medidas corretivas necessárias, conforme disposto em norma interna.

Para o **quadro de apoio** da agência havia sido previsto o regime celetista, o que mereceu óbice do Eg. Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.310-1 – DF; Relator Min. MARCO AURÉLIO), sob o argumento de que “o exercício de função de fiscalização, inerente à atividade precípua do Estado, pressupõe prerrogativas não agasalhadas pelo contrato de trabalho, tal como previsto na Consolidação das Leis do Trabalho”. (...) A óptica externada é no sentido de que as atividades exclusivas de Estado não podem ser atribuídas a prestadores de serviços submetidos à Consolidação das Leis do Trabalho, devendo haver a subordinação a estatuto próprio.

Ainda no âmbito das peculiaridades, as agências reguladoras se submetem a modalidades distintas de licitação, a saber, a “consulta” e o “pregão”, para situações que não envolvam obras e serviços de engenharia. O objetivo é

dotá-las de maior autonomia, como recomenda o art. 37, § 8º, CF, de modo a acompanhar o mercado regulado com mais agilidade. O Eg. Supremo Tribunal Federal, por maioria, não repudiou a novidade.²⁶

Para evitar conflitos entre os agentes reguladores e o CADE, a tendência que se vê das leis da ANATEL, da ANP, da ANTT e da ANTAQ é no sentido de que a entidade de defesa da concorrência deve atuar nos casos em que o regulador detectar condutas lesivas à livre competição; evita-se, assim, a duplicidade de regulações, o que também pode ser alcançado por meio de acordos e convênios; do contrário, a duplicidade pode resultar em violação dos princípios da economicidade (dois custos para a mesma ação) e da eficiência (pela inexistência de especialização de um dos agentes).

13.3. As principais agências reguladoras no Brasil

A primeira agência reguladora brasileira foi a Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Sua missão é proporcionar condições favoráveis ao desenvolvimento do mercado de energia elétrica com equilíbrio entre os agentes econômicos, tendo como atribuições regular e fiscalizar a geração, a transmissão, a distribuição e a comercialização da energia elétrica, atendendo reclamações de consumidores e mediando conflitos entre as partes, sempre em benefício da sociedade; mediar os conflitos de interesses entre os agentes do setor elétrico e entre estes e os consumidores; conceder, permitir e autorizar instalações e serviços de energia; garantir tarifas justas; zelar pela qualidade do serviço; exigir investimentos; estimular a competição entre os operadores e assegurar a universalização dos serviços.

Também vinculada ao Ministério de Minas e Energia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP foi criada pela Lei nº 9.478 de 06 de agosto de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, tendo por função

Ver D. O. 31.08.98. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (Med. Liminar) 1668 – DISTRITO FEDERAL – Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO; Requerentes: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – PC do B, PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT, PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB – Resultado da Liminar: Indeferida.

regular, fiscalizar, monitorar e contratar todas as atividades econômicas que integram a indústria do petróleo, buscando atender as demandas da sociedade. Trata de regular um monopólio a cargo da União.

No campo dos serviços públicos que comportam exploração econômica, cite-se a ANATEL, a ANTAQ e a ANTT.

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, tem, como principais atribuições: implementar a política nacional de telecomunicações; propor a instituição ou eliminação da prestação de modalidade de serviço no regime público; propor o Plano Geral de Outorgas e o plano geral de metas para universalização dos serviços de telecomunicações; administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas; compor administrativamente os conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações; defender os direitos dos usuários; atuar no controle, prevenção e repressão das infrações de ordem econômica, no âmbito da atividade de telecomunicações; estabelecer restrições, limites ou condições para transferências de concessões, permissões e autorizações; e estabelecer a estrutura tarifária de cada modalidade de serviços prestados em regime público.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que visa regular as atividades portuárias e de transporte aquaviário, tem por finalidades implementar as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes, ao qual é vinculada, bem como também pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte; e regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário.

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001 tem, como competências: a concessão à exploração dos sistemas ferroviário e rodoviário; permissão do transporte de passageiros, não associados à exploração de infra-estrutura; e a autorização de transporte de passageiros, por empresa de turismo e sob regime de fretamento,

transporte internacional de cargas, transporte multimodal e terminais. Deve fiscalizar, coordenar, regular e supervisionar essas atividades.

No âmbito do ordenamento social, cite-se a ANA, a ANS, a ANVISA e a ANCINE.

A Agência Nacional das Águas, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, foi instituída pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Além de responsável pela execução da Política Nacional de Recursos Hídricos, a ANA deve implantar a “Lei das Águas”, de 1997, que disciplina o uso dos recursos hídricos no Brasil, contribuindo, dessa forma, para a solução de dois graves problemas do Brasil: secas prolongadas, onde tem que haver um aumento da oferta de água juntamente com um gerenciamento de sua demanda, como, por exemplo, a adoção de regras de racionamento; e a poluição dos rios.

Criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tem por finalidade promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - e suas relações com prestadores e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, estando vinculada ao Ministério da Saúde.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, tem por finalidade promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados. Além disso, a Agência exerce o controle de portos, aeroportos e fronteiras e a interlocução junto ao Ministério das Relações Exteriores e instituições estrangeiras para tratar de assuntos internacionais na área de vigilância sanitária.

A Agência Nacional do Cinema (ANCINE) foi criada pela Medida Provisória nº 2228-1, de 06 de setembro de 2001. É entidade de fomento, regulação

e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica. Entre outros, seus objetivos são estimular o desenvolvimento desta indústria; promover a integração das atividades governamentais a ela relacionadas; aumentar competitividade, promover a auto sustentabilidade e articulação dos vários elos de sua cadeia produtiva, estimular a universalização do acesso às obras cinematográficas e videofonográficas, especialmente as nacionais e garantir a participação diversificada das obras estrangeiras no mercado brasileiro.

14. As críticas e as propostas de redução do “poder” das agências reguladoras

Vistas as características, é preciso relatar que a novidade nem sempre foi bem recebida.

As agências causaram vários tipos de insatisfação; aos liberais, por representarem instrumento da intervenção do Estado na economia; aos estatizantes, por viabilizarem os processos de desestatização; ao legislador, por exercerem funções que lhe eram típicas, o mesmo ocorrendo no âmbito do Executivo e do Judiciário.

O fato é que a classe política jamais se conformou com o fato de que nem toda atividade administrativa envolve conceitos e decisões políticas; por exemplo, nada existe de político ao definir o horário de um ônibus passar numa determinada rua, ou o limite de coliformes fecais aceitos na água, ou o limite de produtos químicos nos alimentos enlatados, sem causarem danos à saúde, ou o máximo de mistura de álcool na gasolina, sem destruir os motores.

Entendeu-se que, não raras vezes, as agências tomavam decisões políticas.

Isso seria simples de se controlar, sem necessidade de mudança do modelo; basta declarar a nulidade do ato, por violação aos princípios da legalidade

– porque a lei não lhes deu tal competência – e da legitimidade, pois só os eleitos podem formular políticas.

No entanto, a chegada de um novo Governo, de oposição ao Governo que instituiu as agências, forçou um reexame do quadro.

A primeira formalização das críticas veio com o Projeto de lei nº 413/2003, de autoria da Deputada Telma de Souza.

Tal projeto pretende alterar a redação do inciso VI do art. 3º, da Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, do §2º do art. 8º, inclui inciso ao art. 18º e altera a redação do art. 24º da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, do art. 9º e seu parágrafo único, da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000.

A proposta é que a agência reguladora tenha competência para fixar os critérios para cálculo do preço de transporte de que trata o § 6º do art. 15 da Lei 9.074, de 07 de julho de 1995, mediante aprovação prévia do Ministério de Estado de Minas e Energia, além de arbitrar seus valores nos casos de negociação entre os agentes envolvidos.

A natureza de autarquia especial conferida à Agência continuaria a ser caracterizada por independência administrativa, mandato fixo e autonomia financeira, mas suprimida a expressão *ausência de subordinação hierárquica*.

Pela proposta, o mandato dos membros do Conselho Diretor será de quatro anos, mas, com a alteração proposta ao art. 9º, da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, a exoneração dos Conselheiros e dos Diretores poderá ser promovida pelo Chefe do Poder Executivo em qualquer época, em função da prática de ato de improbidade administrativa, de condenação penal transitada em julgado, do descumprimento injustificado do contrato de gestão e da não observância das políticas determinadas pelo Ministério ou Órgão Superior, podendo ainda a lei de criação de a Agência prever outras condições para a perda do mandato.

Segundo consta da Justificativa, a proposta, encaminhada nos termos

do art. 61 da Constituição Federal, contou “com a nobre e valorosa contribuição do Prof. Dr. Eros Roberto Grau”.

Embora flagrantemente inconstitucional, por vício de iniciativa, verifica-se que continua na linha preconceituosa de trata as agências como “um dos modismos introduzidos no direito brasileiro por conta da ideologia neoliberal”, cuja idéia central, colhida no exterior, é a de que elas seriam dotadas de elevado grau de independência em relação ao Poder Executivo.

A partir daí, desenvolve-se a construção de teoria que não encontra apoio nenhum em nosso direito constitucional, propondo a separação entre políticas de Estado e políticas de governo, que pretende sonegar aos governantes eleitos pelo sufrágio universal qualquer interferência nas primeiras.

Critica os mandatos com prazo certo de duração e a estabilidade, bem como a própria "independência", que só deveria significar que as agências não sejam "capturadas" pelos agentes econômicos afetados pela regulação.

Como dito, a crítica não procede, já que é claro que continuam sujeitas às políticas públicas governamentais que se destinam a implementar.

O mandato fixo e a estabilidade de seus dirigentes foram reputados pelo Poder Legislativo como inconstitucionais, por não poderem os dirigentes ser livremente nomeados e exonerados pelo Chefe do Poder Executivo, o que seria incompatível com o regime presidencialista, em especial, com o artigo 84, II, CF, que não foi objeto da ADIN 1.949-0.

Ora, como dito, o mandato fixo e a independência não retiram a agência da estrutura da Administração, não a tornam imune a controles nem inviabilizam a sua função de implementação de políticas públicas, que é, justamente, sua razão de existir.

Na Casa Civil do Governo Lula, no entanto, se discute mais tecnicamente o problema do “poder das agências reguladoras”, pretendendo-se

oferecer projeto modificando algumas de suas competências.

Segundo se tem notícia²⁷, o objetivo é submeter a preservação dos mandatos fixos a um contrato de gestão e ao controle social, de modo que os dirigentes deixariam de ser “intocáveis”, como revela a matéria. As licitações dos contratos de concessão retornariam para os ministérios, tal como ocorre nas agências estaduais, cabendo às agências apenas a fiscalização das políticas decididas nos ministérios. Propõe-se a extinção da ANA e da ANCINE e manutenção da ANS e da ANVISA. O Congresso poderá convocar os dirigentes (o que já pode fazer, sem necessidade de qualquer alteração) e a admissão de técnicos deverá ser objeto de concurso (o que já é previsto na Constituição, que, no entanto, não veda a contratação de empresas e profissionais de notória especialização).

Todas são matérias de controle político, não havendo injuridicidade, mas, sem dúvida, o inconveniente de causar insegurança jurídica aos investidores, que confiaram num determinado cenário.

Grave é a proposta de intervenção nos contratos, com modificação de índices contratuais de reajustes por ato de autoridades políticas não signatárias do contrato e com atuação nele não prevista. Tratar-se-á de nítida alteração unilateral de cláusula econômica do contrato, por fato do príncipe ou por violação específica do direito ao equilíbrio. Tal mudança só pode ser aceita a título de imposição à agência de promover a *revisão* (e não de *reajuste*) do contrato se da aplicação do índice contratado resultar em desequilíbrio contra o usuário dos serviços ou contra a Administração contratante.

15. Controle das Agências Reguladoras

Na verdade, todas essas preocupações com o tal “excesso de poder”

²⁷ Jornal O GLOBO de 21.05.2003, p. 19.

das agências se resolveria, simplesmente, com um controle eficiente.

O objetivo do controle é zelar pela concretização do interesse público (legitimidade), com atendimento dos princípios da legalidade e da eficiência, cabendo ao controlador buscar uma interpretação adequada aos tempos em que a norma é editada e aplicada, devendo estar atento para as transformações sociais ocorridas, para que se possa dar o seu verdadeiro significado, sendo certo que o agente regulador *independente* não deixa de a ele se submeter, ainda que protegido contra a indevida interferência *política* sobre o juízo *técnico* que deve orientar sua conduta.

É claro que a existência de um controle político é inegável, a começar pela própria inspiração do projeto de lei que dá origem à agência, definindo-lhe as competências.

Nessa etapa se define, politicamente, as funções da agência e a estipulação de metas a serem implementadas.

O primeiro passo envolve a decisão política sobre a atribuição ou não do poder concedente à agência ou se tal função ficará com o poder central, cabendo à agência a fiscalização de sua correta execução. A decisão pode envolver, ainda, a atribuição de competência para zelar pela atualização dos contratos, bem como se cabe à agência participar, como colaboradora, do processo de formulação de políticas públicas.

Passa-se à decisão sobre a vinculação da agência a um ministério ou secretaria.

Ponto relevante é a definição da fonte de custeio da agência e sua autonomia orçamentária. É cediço que o valor cobrado a título de taxa de regulação

tem sido cobijado pelo Poder central, para reduzir o déficit orçamentário de outras unidades. Parece claro que a retirada de valores superavitários de agências reguladoras para atendimento de outros órgãos ou entidades representa não só uma indevida interferência na sua autonomia como também é prova inequívoca do valor excessivo cobrado a tal título.

Outro ponto polêmico é o critério de nomeação de dirigentes. O comum tem sido a livre escolha, dentre profissionais de notória especialização no segmento; é possível, no entanto, ser prevista uma representação institucional, por meio da composição tripartite do colegiado precedida de indicação de consumidores, fornecedores e poder público; pode, inclusive, ser prevista a indicação ou aprovação do colegiado por parlamentares.

Ainda nesse tema, cuida-se da questão da renovação de mandatos, da definição acerca de serem ou não os mandatos coincidentes entre si e com o do Chefe do Poder Executivo.

Embora o sistema seja de colegiado, há previsão de um representante legal da entidade, cabendo, por consequência, se definir a quem cabe a sua escolha, a saber, se pelo próprio colegiado ou pelo Chefe do Poder Executivo. O mesmo se diga quanto à figura do Ouvidor, do Procurador-Geral e da estrutura de cargos e empregos do pessoal de apoio.

Vale notar que a inexistência de hierarquia não impede a previsão de recurso impróprio das decisões da agência. No entanto, sob o aspecto conceitual, tal possibilidade deveria ser reservada, apenas, à anulação – e nunca revogação – de atos ilegais, como, por exemplo, a provocação da declaração de nulidade do ato ilegal por invasão de uma competência política que cabe ao poder central. Vale notar que, quanto ao controle de legalidade, sequer seria necessária lei; afinal, o ato ilegal não nasce válido e nenhuma autonomia pode preservá-lo; a provocação da declaração é mero exercício do direito de petição aos Poderes Públicos, com

fundamento nos arts. 5º, XXXIV, a, e 84, II, CF.

O Legislativo pode prever, ainda, um controle prévio das normas, para evitar regulações dúplices ou ineficientes, exercendo um poder político de veto ou de referendo, para o que também pode ser prevista uma estrutura no âmbito da própria Administração (o regulador do regulador). Outra possibilidade de controle pode se dar pelo exame de decisões regulatórias pela entidade de defesa da concorrência (aqui não proposto), como técnica de manutenção de um sistema integrado na interpretação do direito antitruste (ainda que os objetivos de cada entidade sejam bastante distintos). Cite-se, também, a figura do Ouvidor.

Fundamental é a previsão do controle social das agências pela sociedade, pela participação prévia no ato de formulação das regulações, na fiscalização do seu cumprimento e no referendo como instrumento para a sua vigência. Com isso, reforça-se o papel das associações, sindicatos, câmaras de comércio e demais grupos intermédios, dando legitimidade à atividade regulatória.

Ainda no plano do controle parlamentar, cabe mencionar os tradicionais pedidos de informação, as comissões parlamentares de inquérito, o controle das contas, a sustação de atos normativos que exorbitem dos limites da lei.

No Judiciário, o controle da atividade regulatória teve início com o exame da razoabilidade das tarifas para o serviço ferroviário, que representava uma situação de monopólio. A Corte Americana pretendeu, assim, limitar o poder das legislaturas em ponderação com os direitos das companhias ferroviárias, estabelecendo a doutrina do valor justo. As cortes passaram a resolver litígios e prevenir excessos das autoridades regulatórias.

Uma das maneiras para forçar os administradores a executarem as leis de boa-fé foi a atribuição de legitimidade a grupos de interesse para acioná-los quando não atendidos, introduzindo o direito de participação tanto nas deliberações

como na atribuição de legitimidade para questionamento judicial. As agências deveriam demonstrar não só o critério adotado como a escolha entre diversas opções, o que exige que tenham ouvido muitos grupos. Esse “controle social” decorreu de uma grande desconfiança na capacidade dos administradores produzirem políticas bem balanceadas. O objetivo deixou de ser a prevenção de intromissões não autorizadas na autonomia privada para se destinar a assegurar justa representatividade para todos os interesses envolvidos no exercício do poder normativo atribuído às agências. Com isso, o regulador deve considerar os elementos de fato e de direito constantes do processo normativo aberto, sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais. Deve ser elaborado um registro completo da participação para que seja controlada a sua efetividade. Afinal, o ordenamento passou a ser produzido por coletividades, que devem ser ouvidas na hora de terem suas vidas alteradas pela regulação.

A dificuldade do controle judicial sobre as regulações é que os juízes são generalistas e os reguladores especialistas; distantes da realidade das operações cotidianas, os juízes podem falhar em apreciar a complexidade dos pontos, o que pode representar em ordens inapropriadas e com a arrogância decorrente da independência (impondo suas preferências políticas aos administradores que, ao contrário dos juízes, estão sujeitos a controles); ademais, os juízes só podem agir quando os litigantes levam o caso ao Judiciário e a decisão enfoca o que ocorreu no passado e não as conseqüências do futuro; por fim, a descentralização e a hierarquia na organização do Judiciário permitem que os conflitos entre as cortes persistam por anos.

O importante, especialmente em sede de controle da previsão de agentes reguladores e da própria atividade regulatória, é entender que a evolução do sistema jurídico deve contemplar um modelo aberto, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais. Não se pode fazer interpretação com os olhos voltados para o passado, sem considerar as

mudanças que refletem a própria evolução do pensamento e das expectativas da sociedade em relação ao Estado.

Listados os instrumentos de controle, pode-se afirmar que todos são potencialmente adequados ao controle da atividade regulatória da Administração, ainda que exercida por entidade dotada de “autonomia” e “independência” as quais, como visto, são exercidas dentro dos limites da Constituição e da Separação Funcional de Poderes.

A própria agência reguladora pode controlar os seus atos sob os aspectos da legalidade e da conveniência, daí resultando a possibilidade de anulação daqueles que contrariam a lei e, no que concerne ao aspecto da conveniência, o ato, embora válido, pode ser desfeito por revogação (não atingindo os efeitos pretéritos); não há necessidade da interferência de outro Poder – verbete n.º 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Quanto aos atos manifestamente ilegais, que representem mau uso da autonomia ou da independência, como não nascem válidos, podem ter sua declaração de nulidade produzida pelo Chefe do Poder Executivo, na forma do art. 84, II, CF, independentemente de previsão em lei; esta só é indispensável para o chamado “recurso hierárquico impróprio”, posto que não há tutela sem lei, que, de resto, violaria a autonomia da entidade.

O Legislativo, com relação aos atos normativos, não pode nem anular e nem revogar os atos considerados exorbitantes dos limites da lei, mas, tão-somente sustar os seus efeitos na parcela que exorbite da legalidade, conforme previsto no art. 49, V da CF (sem retirá-lo do mundo jurídico).

Integrando a Administração Pública, a agência reguladora fica sujeita ao controle financeiro nos termos do art. 70 da Constituição Federal, que submete às pessoas físicas e jurídicas gestoras de bens e recursos públicos ao exame do

Tribunal de Contas na apreciação dos valores apresentados.

Isso, contudo, não inclui no controle financeiro o exame de ações ou omissões que não impliquem em gestão de recursos, sob pena de substituir-se ao administrador competente, violando o princípio fundamental da Tripartição das Funções do Estado.

Já no que concerne ao controle jurisdicional, por força do princípio unidade da jurisdição, as decisões dos órgãos reguladores podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, o que não ocorreria no sistema do contencioso administrativo, que prevê uma instância própria para o controle dos feitos da Fazenda Pública.

Vale, no entanto, invocar o princípio da Separação de Poderes para evitar a interferência jurisdicional sobre a valoração técnica e ponderação inerentes à regulação de setores da economia.

Assim, pode-se afirmar que a “independência” não afasta a incidência dos controles administrativo, legislativo e judicial mas, apenas, a pressão política sobre os juízos técnicos de ponderação emitidos pelo regulador, equidistante dos interesses envolvidos.

16. Conclusões

O direito administrativo regulatório envolve o estudo da função da Administração Pública de busca da eficiência de segmentos relevantes conduzidos diretamente pelo setor privado; trata-se de função técnica, de implementação de uma política regulatória que busque o equilíbrio entre os interesses envolvidos (Poder Público, Fornecedor e Consumidor), sempre com fundamento em lei.

Isso representa aplicação do princípio democrático, com a definição da

moldura regulatória pelos representantes eleitos e pela participação da sociedade nas decisões regulatórias; também atende o princípio da legalidade, já que é a lei que define quais os conceitos a serem preenchidos pelo regulador, de acordo com cada realidade histórica, geográfica e econômica, sem inovar ou contrariar o seu espírito, padrões e limites.

A “independência” não é indispensável para a existência de regulação; o relevante é a valoração técnica na intervenção sobre as decisões privadas em setores relevantes, ponderando-se os interesses envolvidos, com vistas ao atingimento do ponto ótimo. Os agentes reguladores são apenas estruturas para proteger a função contra a indevida interferência política na prática de atos administrativos, submetidos ao dever de motivação técnica resultante de ponderação entre custos e benefícios. Como tais, se submetem ao controle posterior da Administração Pública.

Os atos decisórios, especialmente os que retiram ou reduzem direitos, devem ser submetidos ao devido processo legal, com previsão de participação dos interessados e, ao final, motivados, demonstrando-se a adequação da ponderação.

O controle dos atos regulatórios deve viabilizar o funcionamento independente do agente regulador, cujo critério de atuação é informado por outras ciências e não apenas pelo Direito; essa tecnicidade nas ponderações e decisões regulatórias, atendendo a padrões universais já experimentados pelas ciências e pela prática comercial e tecnológica confere segurança jurídica aos investimentos, com vistas à eficiência no atendimento do interesse público.

Essa, enfim, a idéia de regulação, de técnica de intervenção ponderada na liberdade privada, com vistas ao eficiente funcionamento dos mercados, que justifica a criação de uma estrutura autônoma e independente para a sua implementação, livre de pressões políticas, dando, assim, previsibilidade às regras do jogo, reduzindo a insegurança jurídica do investidor com a estabilidade normativa.

Impostos, Taxas e Contribuições como Fontes de Receitas da Administração Pública

José Marcelo Martins Proença²⁸

1. Introdução

O presente trabalho destina-se à apresentação das competências tributárias no sistema constitucional brasileiro como fontes de receitas públicas, bem como a respectiva fiscalização do cumprimento da ordem.

²⁸ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1989), Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Atualmente é Professor doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor titular da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, Professor do Curso de Direito Societário da GVLAW. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Societário, Lei de Recuperação de Empresas, Sociedades Anônimas, Mercado de Capitais e Sociedades Limitadas.

Assim, após uma sintética introdução, que visa única e exclusivamente a ordenar a matéria em um sistema maior – o das receitas públicas –, e a conceituação das diversas espécies tributárias tratadas, o presente trabalho encontra-se subdividido de acordo com as pessoas jurídicas de direito público dotadas de competência tributária.

As receitas públicas podem ser entendidas, de forma simplificada, como o ingresso de dinheiro aos cofres públicos para atendimento das suas finalidades, uma vez que – conforme preleciona Aliomar Baleeiro – “para auferir o dinheiro necessário à despesa pública, os Governos, pelo tempo afora, socorrem-se de uns poucos meios universais: a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; c) exigem coativamente tributos ou penalidades; d) tomam ou forçam empréstimos; e) fabricam dinheiro metálico ou de papel”.

As receitas públicas podem ser classificadas sob diversos aspectos. Mas, para o presente trabalho, o que verdadeiramente interessa é a tradicional classificação entre receitas públicas originárias e derivadas. As receitas originárias são aquelas que resultam da atuação do Estado na exploração de atividade econômica, atuando sob o regime de direito privado, enquanto as receitas derivadas decorrem do *jus imperii* do Estado – atributo, esse, que lhe permite retirar do seu povo parcelas de suas riquezas para a consecução dos fins do Estado. Configuram exemplos das receitas públicas originárias o preço público, os dividendos de ações de propriedade do Estado. Como receitas públicas derivadas podem ser citados os tributos e as multas.

Dessa colocação é fácil perceber que a exigência, pelo Estado, das suas receitas derivadas pode trazer conseqüências negativas à popularidade do governante – o que, em princípio e na maioria dos casos, não se verifica quando da exigência das receitas originárias.

A este trabalho foi destinado o estudo de um dos exemplos de receitas derivadas – os tributos –, como forma de recebimento, pelo Estado, de receitas para a consecução dos seus fins. Entretanto, não é demais ressaltar que não é somente por meio das receitas tributárias que o Estado deve cumprir todas as “missões” que lhe são destinadas pelo Direito. Ao contrário, é importante não olvidar todas as outras fontes de receitas públicas, principalmente as originárias, lembre-se, aquelas que em regra não impõem uma impopularidade, e que sempre vêm ligadas

a uma boa administração pública, a um “Estado eficiente”.

O *tributo*, fonte de receitas derivadas, encontra-se conceituado no art. 3º do CTN. Não obstante as imensas discussões doutrinárias existentes, o conceito legal é que será utilizado para os fins deste trabalho.

Assim, segundo o legislador, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Prestação pecuniária compulsória significa dizer prestação em dinheiro não-voluntária, impositiva, prestação em dinheiro que independe da manifestação da vontade do devedor. *Em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir* implica dizer que o tributo deva ser pago em moeda corrente, não significando, entretanto, que o tributo não possa ser pago por algo equivalente à moeda, como faculta o Código Tributário Nacional. *Que não constitua sanção de ato ilícito* importa a clara distinção do tributo da multa, que configura a sanção pela prática de ato ilícito. *Instituído em lei* implica a recepção, pelo direito tributário, do princípio da legalidade, especificando-o, contudo, para definir que somente a lei é que pode instituir ou majorar tributos, definindo-os como obrigações *ex lege*. *Cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada* significa que a cobrança de um tributo deve-se dar por ato administrativo vinculado, ou seja, não-discrecionário, devendo, assim, o administrador público portar-se fielmente como descrito no mandamento legal para a edição do ato do lançamento tributário.

Tributo é gênero do qual se extraem diversas espécies. Nesse sentido, o art. 5º do CTN é claro ao dispor que os tributos são os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Entretanto, em nível constitucional, é necessário verificar que, ao lado dessas três espécies, previstas no citado art. 5º do CTN e também no art. 145 da CF, ainda dentro do Sistema Tributário Nacional da Carta Magna encontram-se outras duas “prestações pecuniárias compulsórias, em moeda, instituídas por lei, que não constituem sanções de ato ilícito e que devem ser cobradas mediante ato administrativo plenamente vinculada” – ou seja, tributos –, quais sejam: os empréstimos compulsórios (art. 148) e as contribuições especiais (art. 149), que podem ser subclassificadas em contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições no interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho é falar dos impostos, das taxas e das contribuições como fonte de receitas da Administração Pública, não restam dúvidas, agora, de que estaremos tratando de fontes de receitas tributárias.

Os impostos são tributos não-vinculados – ou seja, sua cobrança independe de qualquer atividade específica, relativa ao contribuinte –, estando previstos no art. 145, I, da CF e, em nível infraconstitucional, no art. 16 do CTN.

As taxas são tributos vinculados, porque sua cobrança depende da prestação, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, ou do exercício do poder de polícia, encontrando-se previstas no art. 145, II, da CF e, em nível infraconstitucional, no art. 77 do CTN, que, nos seus arts. 78 e 79, respectivamente, conceitua *poder de polícia* e *serviço público específico e divisível*.

O poder de polícia, nas palavras do legislador, pode ser entendido como a “atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos” (art. 78 do CTN).

De outro lado, como outra hipótese de incidência das taxas, consideram-se serviços públicos específicos “quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas”; e divisíveis “quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários” (art. 79, II e III, do CTN). Os serviços são específicos quando podem ser previamente determinados, destacados em unidades autônomas de intervenção, em áreas delimitadas de atuação – ou, para ser mais explícito, conforme ensina o professor Roque Antonio Carrazza:

“A doutrina de há muito vem distinguindo os serviços públicos gerais e indivisíveis daqueles que satisfazem interesses de pessoas individualmente consideradas: os serviços públicos específicos e divisíveis.

“(…)”.

“Portanto, os serviços públicos dividem-se em *gerais* e *específicos*. Os serviços públicos gerais, ditos também *universais*, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo

considerada, beneficiando número indeterminado (ou, pelos menos, indeterminável) de pessoas.”

No tocante às taxas, por fim, importante salientar que, nos termos do § 2º do art. 145 da CF, não poderão elas “ter base de cálculo própria de impostos”. A previsão constitucional, a nosso ver, é de importância capital para evidenciar a diferença entre elas e os impostos – que, respectivamente, são exemplos de tributos vinculados e não-vinculados. Sendo a taxa um tributo vinculado, deve seu montante ser quantificado de acordo com as despesas incorridas para a prestação daquele determinado serviço público específico e divisível, ou para o exercício regular do poder de polícia – atividades, essas, indispensáveis para a respectiva cobrança. Os impostos, ao contrário, por configurarem exemplo de tributos não-vinculados, têm regra outra para a quantificação – deverão eles ser quantificados, “graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, nos exatos termos do § 1º do referido art. 145 da CF.

As contribuições de melhoria são tributos vinculados cuja cobrança encontra-se vinculada à valorização imobiliária decorrente de obra pública, encontrando-se previstas no art. 145, III, da CF e, em nível infraconstitucional, no art. 81 do CTN, onde se verifica que referido tributo “é instituído para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”. Acerca dos limites, individual e total, para a cobrança das contribuições de melhoria, com o advento da Constituição Federal de 1988, que sobre o assunto não se manifesta, muita discussão se travou, encontrando-se os defensores da tese de que a limitação prevista no Código Tributário se encontrava tacitamente revogada e os que defendem que a regra foi recepcionada. Temos para nós que a regra se encontra recepcionada e não necessitava de expressa previsão constitucional, dada a natureza vinculada das contribuições de melhoria.

Os empréstimos compulsórios somente podem ser instituídos por lei complementar para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, nesse caso devendo respeitar o princípio da anterioridade tributária, encontrando-se previstos no art. 148 da CF e, em nível infraconstitucional, no art. 15 do CTN, que foi parcialmente recepcionado

pela Constituição Federal de 1988.

As contribuições especiais encontram-se previstas no art. 149 da CF, e, como já afluído, subdividem-se em contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

Assim sendo, a questão que se impõe é a verificação da competência para a instituição e cobrança de cada uma dessas fontes de receitas.

Tendo em vista encontrarmos-nos organizados sob a forma federativa, coexistem diversas entidades federativas autônomas e independentes (a União Federal, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal), todas elas situadas no mesmo plano de igualdade, motivo pelo qual não existe hierarquia entre elas.

Assim sendo, a Constituição Federal incumbiu-se de traçar a competência legislativa de cada um desses entes, delimitando o campo de atuação de cada pessoa jurídica de direito público interno, especialmente em matéria tributária.

Com relação às taxas e às contribuições de melhoria a Constituição Federal traçou competência comum a todos os entes tributantes, justamente em razão da natureza vinculada desses tributos – ou seja, sua cobrança depende de uma atuação específica e direta do Fisco em relação ao contribuinte. Assim, o Poder Público que promoveu a atuação estatal é que poderá cobrar esses tributos.

Com relação aos empréstimos compulsórios a Constituição Federal é explícita no sentido de que somente a União Federal, mediante lei complementar, é que poderá instituí-los. Trata-se de competência exclusiva, portanto.

Da mesma forma ocorre com as contribuições especiais estabelecidas no art. 149 da CF, traçando a competência exclusiva da União Federal, mas com a exceção estabelecida no seu § 1º, que autoriza aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir e cobrar, dos seus servidores, contribuições para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social.

No tocante aos impostos, dada sua natureza não-vinculada, maior cuidado tomou o legislador constitucional, e agiu muito bem nesse sentido, porque aqui é que, tradicionalmente, reside a maior voracidade fiscal. Isso se dá, repita-se, em razão da natureza não-vinculada dos impostos, onde, como se percebe com facilidade, maior interesse haverá dos credores fiscais. Todos eles – pode-se afirmar, sem receio de errar – se interessam por créditos não-vinculados, o que não

corresponderá a uma verdade intransigente se se tratar de créditos vinculados. Prova incontestável dessa afirmação é a verificação de que em todas as propostas e discussões de reforma tributária muitas são as divergências sobre as competências relativas aos impostos, mas, por outro lado, quase nenhuma intransigência aparece na discussão das competências para a instituição e cobrança das taxas e das contribuições de melhoria.

Assim é que a CF, em seus arts. 153 a 156, traça as competências tributárias relativas aos impostos, fazendo-as privativas – ou seja, discrimina quais impostos podem ser instituídos e cobrados por cada ente tributante, não permitindo que qualquer deles invada competência alheia, excepcionando referida regra única e tão-somente em caso de guerra externa ou sua iminência, quando, então, a União Federal poderá instituir impostos extraordinários, “compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua instituição”, nos exatos termos do inciso II do art. 154 da CF.

O art. 153 traça a competência privativa da União Federal para os impostos ordinários; o art. 155 traça a competência dos Estados, que têm competência para instituir somente impostos ordinários; o art. 156 traça a competência dos Municípios, que também têm somente a competência ordinária; e ao Distrito Federal foi dada competência para instituição e cobrança dos impostos estaduais e municipais, nos termos do *caput* do art. 155 c/c a segunda parte do art. 147, ambos da CF.

Aos Territórios – mesmo sabendo que atualmente nossa organização político-geográfica não os prevê – não foi dada competência tributária, o que se observa da primeira parte do art. 147 da CF, uma vez que “competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais”.

Por fim, antes mesmo do estudo específico das competências ordinárias relativas aos impostos dos entes que gozam de competência tributária, mister ressaltar que à União Federal foi reservada ainda a competência residual, prescrita no inciso I do art. 154 da CF. Referida competência residual implica que “a União poderá instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”.

Efetivamente, para encerrar esta parte introdutória, indispensável

ressaltar que as competências tributárias traçadas na Constituição Federal nos artigos já aflorados não acarretam, em hipótese alguma, a titularidade de todas as receitas das referidas competências tributárias ao respectivo ente público, uma vez que os arts. 157 a 162 da CF e 83 a 94 do CTN cuidam da chamada *repartição de receita*, ou seja, prevêm a obrigação traçada em nível constitucional de entrega de parcela da receita auferida de alguns impostos para outros entes públicos.

2. Impostos ordinários da União Federal

2.1. Imposto de importação (II)

O imposto de importação (II), também chamado de *tarifa aduaneira*, está disciplinado no art. 153, I, e seu § 1º, da CF, como também nos arts. 19 a 22 do CTN e no Decreto-lei 37, de 18.11.1966.

Trata-se de imposto de competência da União Federal, estando diretamente ligado às relações do Brasil com outros países, razão pela qual é desejável a uniformidade do tratamento tributário, projetando-se no cenário internacional a personalidade jurídica e política da Federação como um todo, e não de cada Estado-membro.

O contribuinte do imposto de importação é o importador ou quem a ele a lei equiparar, nos termos do art. 22, I, do CTN. É considerada *importador* qualquer pessoa, jurídica ou natural, regularmente estabelecida ou não, sendo suficiente a introdução da mercadoria no território nacional com intenção de que aqui permaneça de forma definitiva. Também será considerado contribuinte desse imposto o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados em leilão realizado pela alfândega, que poderá lançá-lo por homologação.

O imposto de importação é instrumento relevante da política econômica, atuando na proteção à indústria brasileira, pois permite a essa competir no mercado interno em condições de igualdade ou de vantagem com produtos do exterior – aspecto que sobrepõe sua relevância como fonte de arrecadação para o Tesouro Nacional. Predomina, portanto, sua função extrafiscal.

De acordo com o art. 19 do CTN, o fato gerador do imposto de importação é a entrada de produto estrangeiro no território nacional. A mercadoria nacional ou nacionalizada exportada que retorna ao país será considerada, para fins

de incidência do imposto, como estrangeira, estando, portanto, sujeita a tributação, exceto quando ocorrer uma das hipóteses do art. 1º, § 1º, do Decreto-lei 37/1966, alterado pelo Decreto-lei 2.472/1988 – ou seja, quando: enviada em consignação e não vendida no prazo autorizado; devolvida por motivo de reparo técnico, para conserto ou substituição; devolvida por motivo de modificação na sistemática de importação por parte do país importador; devolvida por motivo de guerra, calamidade pública ou outros fatores alheios à vontade do exportador.

O fato gerador ocorre na data da entrada dos produtos estrangeiros no território nacional.

No tocante à base de cálculo, estabelece o art. 20 do CTN que a base de cálculo do imposto de importação será: expressa na unidade de medida adotada pela lei tributária, quando se tratar de alíquota específica; o preço normal de venda que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo de importação, em condições de livre concorrência, para entrega no lugar de entrada no país; o preço de arrematação, no caso de produto levado a leilão, por motivo de apreensão ou abandono, quando a alíquota seja *ad valorem*.

O referido imposto não está sujeito ao princípio da anterioridade da lei, porque nele há a predominância de sua função extrafiscal, podendo sofrer aumento durante o mesmo exercício financeiro, tudo nos termos do § 1º do art. 150 da CF. Além disso, o mencionado tributo também é considerado como uma exceção ao princípio da legalidade, pois a CF, em seu art. 153, § 1º, autoriza a alteração de suas alíquotas (mas não a base de cálculo), dentro dos parâmetros legais, por intermédio de um decreto do Poder Executivo.

2.2. Imposto de exportação (IE)

O imposto de exportação (IE) está disciplinado no art. 153, II, e seu § 1º, da CF e nos arts. 23 a 28 do CTN.

De acordo com o art. 153, II, da CF, compete à União instituir e cobrar impostos sobre “exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados”.

O imposto de exportação tem função predominantemente extrafiscal; portanto, a ele também não se aplica o princípio da anterioridade (art. 150, § 1º, da

CF), e o princípio da legalidade também se mostra atingido pelo art. 153, § 1º, da CF. Tal fato se dá por ser o imposto de exportação instrumento da política econômica. Estabelece o art. 28 do CTN que “a receita líquida do imposto destina-se à formação de reservas monetárias, na forma da lei”, em face de o imposto de exportação ter função ligada à política econômica relacionada com o comércio internacional.

O fato gerador do imposto de exportação é a saída, do território nacional, de produto nacional ou nacionalizado, indicado em lista aprovada pelo Poder Executivo, nos termos dos arts. 23 do CTN e 1º, § 3º, do Decreto-lei 1.578/1977. Considera-se ocorrido o fato gerador no momento da expedição da guia de exportação ou documento equivalente.

Existem, aqui também, duas espécies de alíquotas no imposto de exportação: *alíquota específica*, expressa por uma quantia determinada, em função da unidade de quantificação dos bens exportados; e *alíquota “ad valorem”*, indicada em porcentagem a ser calculada sobre o valor do bem.

No tocante à base de cálculo, conforme estabelece o art. 24 do CTN, será ela: (a) a unidade de medida adotada pela lei, quando se trata de produto sujeito a alíquota específica; (b) o preço normal que o produto alcançaria, ao tempo da exportação, quando se tratar de produto sujeito a alíquota *ad valorem*.

Ao Conselho Monetário Nacional competem a expedição de normas sobre a determinação da base de cálculo do imposto e a fixação dos critérios específicos. Compete-lhe também estabelecer pauta de valor mínimo para os casos nos quais o preço do produto for de difícil apuração, ou suscetível de oscilações bruscas no mercado internacional.

Segundo o art. 27 do CTN, contribuinte desse imposto é o exportador ou quem a lei a ele equiparar. *Exportador*, por sua vez, é aquele que remete a mercadoria, a qualquer título, para o exterior, ou a leva consigo, não sendo necessário que seja empresário, já que a exportação, como fato gerador do imposto em causa, pode ser eventual e sem intuito de lucro. Porém, de um modo geral, *exportador* é um empresário que habitualmente realiza as operações de exportação profissional.

O lançamento do imposto de exportação (como também do imposto de importação) é feito, geralmente, mediante declaração prestada pelo exportador. A

autoridade da Administração Tributária, contudo, poderá recusar qualquer dos elementos dessa declaração.

A utilização – ou seja, a efetiva instituição e cobrança – do imposto de exportação é eventual, ficando sua incidência sob dependência de certas situações ocasionais, ligadas à conjuntura econômica.

2.3. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR)

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) está disposto no art. 153, III, da CF e nos arts. 43 a 45 do CTN.

A competência para criar o imposto é da União; e, de acordo com o § 2º do art. 153 da CF, esse tributo será exigido conforme os critérios de generalidade, universalidade e progressividade. Em outras palavras, a legislação e os atos do Executivo referentes ao tema devem cuidar para que o tributo seja cobrado sem distinções subjetivas. Cumprindo também o princípio constitucional da igualdade, o mencionado imposto deverá ter alíquotas progressivas.

O CTN estatui, em seu art. 43, que o fato gerador do imposto de renda vem a ser a disponibilidade econômica (recebimento efetivo de acréscimo pecuniário) ou jurídica (registro contábil de crédito de valor a favor do contribuinte) de: (a) renda – fruto do trabalho, do capital, ou da combinação de ambos; (b) proventos de qualquer natureza (acréscimos patrimoniais não abrangidos no conceito acima). Dispondo, no § 2º: “Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo”.

Dessa forma, o Código Tributário Nacional acabou por incluir quaisquer tipos de aumento do patrimônio da pessoa física ou jurídica como fato gerador do imposto de renda. É justamente esse incremento que constituirá a base de cálculo do imposto.

A base de cálculo é o montante real, arbitrado ou presumido da renda ou dos proventos tributáveis, conforme o art. 44 do CTN:

(a) *Montante real* – para pessoas físicas, determinando-se pelo

somatório de todos os rendimentos anuais (salários, aplicações financeiras, ganhos na alienação de bens etc.); para pessoas jurídicas, o regime de apuração pode ser traduzido como o lucro contábil (receitas – descontadas as despesas do exercício), ajustado por adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

(b) *Montante arbitrado* – se não houver meios de apuração do lucro real, por ausência de escritura comercial e fiscal, ou por recusa na apresentação de livros e documentos, a autoridade fazendária poderá estipular (de acordo com critérios razoáveis – por exemplo, a média histórica do lucro da empresa) o lucro a ser tributado. Trata-se, pois, de medida que visa a proteger o Fisco e evitar fraudes.

(c) *Montante presumido* – utilizado pelas firmas individuais e pessoas jurídicas cuja renda anual não ultrapasse determinados limites. Distingue-se do lucro real por não haver a tributação sobre o efetivo acréscimo patrimonial, mas sim sobre um lucro presumido.

O lançamento do imposto sobre a renda decorre da declaração que o contribuinte fornece ao Fisco sobre o fato gerador do tributo. Em face dessa determinação, a matéria encontra-se controversa na doutrina e na jurisprudência, porquanto influi no termo inicial da contagem do prazo decadencial. Pode-se afirmar, no entanto, que a corrente mais forte manifesta-se a favor do art. 150 do CTN, que estabelece tratar-se de lançamento por homologação.

2.4. Imposto sobre produtos industrializados (IPI)

O imposto sobre produtos industrializados (IPI) está previsto no art. 153, IV, da CF, e nos arts. 46 a 51 do CTN.

Trata-se, portanto, de imposto de competência privativa da União.

Considera-se *produto industrializado* o produto que tenha sido modificado para o consumo (art. 46, parágrafo único, do CTN). *Industrialização* consiste em transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou renovação. *Transformação* é a operação, exercida sobre a matéria-prima ou produto intermediário, que importe obtenção de um novo produto. *Beneficiamento* é a operação de modificação, aperfeiçoamento, alteração de funcionamento ou aparência do produto. *Montagem* é a operação que reúne produtos, peças ou partes

que resultam em um novo produto. *Acondicionamento* ou *reacondicionamento* é a operação que altera a apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando essa embalagem se destine ao transporte da mercadoria. *Renovação* ou *recondicionamento* é a operação exercida sobre o produto usado, deteriorado ou inutilizado e que o renova ou o restaura para utilização.

O fato gerador do imposto sobre produtos industrializados, nos termos do art. 46 do CTN, caracteriza-se: (a) pelo desembaraço aduaneiro do produto estrangeiro; (b) pela saída do produto industrializado do estabelecimento do importador, do industrial, do comerciante ou do arrematante; (c) pela arrematação dos produtos importados apreendidos, abandonados e levados a leilão.

O imposto sobre produtos industrializados deve ter alíquota maior ou menor, conforme a essencialidade do produto. O produto de primeira necessidade deve ter baixa tributação, e o produto menos essencial deve receber tributação mais elevada – tudo nos termos do § 3º, I, do art. 153 da CF.

Além disso, deve ainda ser não-cumulativo, ou seja, o imposto sobre produtos industrializados pago numa operação deve ser deduzido do imposto sobre produtos industrializados a ser pago na operação seguinte – tudo nos termos do § 3º, II, do art. 153 da CF. Assim, na escrituração contábil, o imposto sobre produtos industrializados que foi pago anteriormente, pelos fornecedores, deve figurar como crédito, e o imposto sobre produtos industrializado que deve ser pago em razão da saída do produto final deve figurar como débito. Haverá imposto a ser recolhido no período quando o somatório dos débitos for maior que o dos créditos.

Essas características (da essencialidade e da não-cumulatividade) do imposto sobre produtos industrializados, que também podem ser verificadas nos arts. 48 e 49 do CTN, derivam da necessidade de se minimizar a eventual injustiça fiscal tributária inerente aos impostos indiretos, ou seja, aqueles que admitem repercussão tributária (como ocorre com esse imposto e também com o ICMS, a ser definido posteriormente).

O imposto sobre produtos industrializados também configura exceção ao princípio da anterioridade, nos termos do art. 150, § 1º, da CF; ou seja, a lei que institui ou aumenta o referido imposto pode ser exigida imediatamente após sua publicação. Além disso, também configura exceção ao princípio da legalidade, pois é permitido à União aumentar ou reduzir sua alíquota por meio de decreto do

Executivo, nos limites fixados em lei, de acordo com o art. 153, § 1º, da CF. Tais características decorrem do fato de o imposto sobre produtos industrializados ter função predominante extrafiscal, como ocorre com os impostos de importação e exportação, já verificados.

O imposto sobre produtos industrializados não incide para produtos destinados ao exterior, nos termos do art. 153, § 3º, III, da CF. Trata-se de verdadeira imunidade, uma vez que tal dispensa é concedida por texto constitucional.

A base de cálculo do imposto sobre produtos industrializados pode ser: (a) o valor do produto importado mais o imposto de importação e os encargos aduaneiros e cambiais; (b) o valor da saída do estabelecimento importador; (c) o valor do produto industrializado; (d) o valor da mercadoria ou de mercadoria similar, quando se tratar de produto nacional; (e) o valor da arrematação em leilão.

A alíquota consta em tabela própria e pode ser estabelecida por decreto do Poder Executivo, conforme acima explicitado.

2.5. Imposto sobre movimentações financeiras (IOF)

Nos termos da Constituição Federal (art. 153, V), do Código Tributário Nacional (arts. 63-67) e da Lei 5.143/1966 (com as alterações dos Decretos-leis 914/1969 e 1.783/1980), o imposto é de competência da União, e seus recursos destinam-se à formação de reservas monetárias, aplicáveis em conformidade com a legislação específica.

Atualmente, conforme disposto no art. 3º do Decreto-lei 2.471, de 1.9.1988, ratificado pelo art. 48 do Decreto-lei 2.219/1997, é da Secretaria da Receita Federal a competência para administrar o tributo – incluindo as atividades de arrecadação, tributação, fiscalização e de orientação às instituições responsáveis por sua cobrança e recolhimento – e para aplicar as penalidades cabíveis.

São várias as espécies do imposto sobre movimentações financeiras:

2.5.1. Imposto sobre operações de crédito

2.5.1.1. Imposto sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras

Entende-se por *operação de crédito* o empréstimo de recursos financeiros, assim considerado o fato econômico da cessão de dinheiro, geralmente a título oneroso, restituível a prazo certo.

São modalidades do imposto sobre operações de crédito, realizados por instituições financeiras, os empréstimos financeiros e títulos descontados.

O fato gerador é a entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado.

A base de cálculo é o montante da obrigação, compreendendo o crédito principal e os juros.

Os contribuintes são as pessoas, físicas ou jurídicas, tomadoras de crédito.

As instituições financeiras são responsáveis pela cobrança e pelo seu recolhimento ao Tesouro Nacional.

2.5.1.2. Imposto sobre operações de crédito realizadas por empresas de *factoring*

A atividade dessas empresas consiste, basicamente, na prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios, resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços nos termos do art. 15, § 1º, III, da Lei 9.249/1995.

O fato gerador é a entrega – ou colocação à disposição do alienante – do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação.

Os contribuintes são as pessoas jurídicas ou físicas que alienarem, à empresa de *factoring*, os direitos creditórios resultantes de vendas a prazo.

Os responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional são as empresas de *factoring* adquirentes dos direitos creditórios.

2.5.2. Imposto sobre operações de câmbio

Entende-se por *operação de câmbio* a troca da moeda de um país pela moeda de outro (compra, venda e arbitragens de valor).

O fato gerador é a entrega – ou colocação à disposição do interessado – de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente.

A base de cálculo é o respectivo montante em moeda nacional recebido e entregue, ou posto à disposição.

Os contribuintes são os compradores e os vendedores.

Os responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional são as empresas autorizadas a operar em câmbio.

2.5.3. Imposto sobre operações de seguro

Entende-se por *operação de seguro* o contrato (apólice) entre uma empresa (seguradora) e uma pessoa física ou jurídica (segurado) pelo qual a primeira se obriga, mediante a cobrança de uma certa quantia (prêmio), a pagar à segunda determinada importância (indenização) para compensar perdas e danos decorrentes de eventualidades tais como acidentes, incêndios, inundações, roubos (sinistros).

O fato gerador é o recebimento do prêmio. A base de cálculo é o montante do prêmio. Os contribuintes são as pessoas físicas e jurídicas seguradas.

Os responsáveis pela cobrança e recolhimento ao Tesouro Nacional são as companhias seguradoras ou as instituições financeiras encarregadas da cobrança dos prêmios.

2.5.4. Imposto sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários

2.5.4.1. Imposto sobre operações financeiras sobre títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras de renda fixa ou variável

Genericamente, define-se *título* como sendo o documento que certifica a propriedade de um bem ou que comprova o direito de seu detentor de receber determinado valor em data preestabelecida. Quando os títulos se referem a bens ou direitos móveis, são denominados *valores mobiliários*, ou simplesmente *títulos*, ou, ainda, *títulos de crédito*.

O fato gerador é a emissão, transmissão, pagamento ou resgate, repactuação ou pagamento para liquidação de títulos e valores mobiliários.

A base de cálculo será: (a) na emissão, o valor nominal mais o ágio, se houver; (b) na transmissão, o preço ou valor nominal, ou o valor da cotação em Bolsa, como determinar a lei; (c) no pagamento ou resgate, o preço.

Os contribuintes são os adquirentes de títulos ou valores mobiliários e os titulares de aplicações financeiras.

Os responsáveis pela cobrança e pelo recolhimento ao Tesouro Nacional são as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central: Bolsa de Valores, de Mercadorias, de Futuros e assemelhados e, ainda, a instituição que liquidar a operação perante o beneficiário final.

2.5.4.2. Imposto sobre operação financeira sobre operações de pagamento para a liquidação do resgate ou da cessão de títulos, valores mobiliários e aplicações financeiras de renda fixa

Genericamente, define-se *título* como o documento que certifica a propriedade de um bem ou que comprova o direito de seu detentor de receber determinado valor em data preestabelecida. Quando os títulos se referem a bens ou direitos móveis, são denominados *valores mobiliários*, ou simplesmente *títulos*, ou, ainda, *títulos de crédito*.

O fato gerador é o pagamento para a liquidação do resgate, cessão, repactuação de títulos e valores mobiliários.

Os contribuintes são as instituições financeiras e demais instituições autorizadas pelo Banco Central que liquidarem mencionadas operações. Responsáveis pela cobrança e seu recolhimento ao Tesouro Nacional são os próprios contribuintes.

2.5.5. Imposto sobre operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial

O ouro será considerado ativo financeiro ou instrumento cambial – desde sua extração e em qualquer estado de pureza, bruto ou refinado – quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do país, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central (art. 1º

da Lei 7.766, de 11.5.1989).

O fato gerador do imposto sobre operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial, é: (a) se o ouro for oriundo de Município Brasileiro – a primeira aquisição do ouro, efetuada por instituição autorizada pelo Banco Central; (b) se o ouro for oriundo do exterior – o desembaraço aduaneiro.

A base de cálculo é o preço de aquisição do ouro. O contribuinte é a instituição financeira, autorizada pelo Banco Central, que efetuar a primeira aquisição. Os responsáveis pelo recolhimento são os próprios contribuintes.

2.6. Imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR)

É competente a União Federal para a instituição deste tributo, nos termos do art. 153, VI, da CF e dos arts. 29 a 31 do CTN, encontrando-se disciplinado pela Lei 9.393/1996.

Compete à Secretaria da Receita Federal a administração do imposto territorial rural, incluídas as atividades de arrecadação, tributação e fiscalização.

O fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do Município, em 1º de janeiro de cada ano.

A base de cálculo é o valor da terra nua tributável (VTNt), correspondente ao imóvel. Para o cálculo do valor da terra nua tributável utiliza-se a seguinte fórmula:

$$\text{VTNt} = \frac{\text{VTN} \times \text{Área Tributável}}{\text{Área Total}}$$

O valor da terra nua é o valor do imóvel, excluídos os valores relativos a construções, instalações, benfeitorias, culturas permanentes ou temporárias, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas. O valor da terra nua é, portanto, composto do valor do solo acrescentado do valor de matas nativas, florestas naturais e pastagens naturais.

O valor da terra nua refletirá o preço de mercado de terras apurado em 1º de janeiro do ano a que se referir a declaração do imposto territorial rural.

A área tributável é igual à área total acrescida da área de interesse ambiental de preservação permanente ou de utilização limitada.

O valor do imposto será apurado aplicando-se sobre o valor da terra

nua tributável (VTNt) à alíquota correspondente, considerados a área total do imóvel e o grau de utilização (GU). O grau de utilização é a relação percentual entre a área utilizada pela atividade rural e a área aproveitável do imóvel. A área aproveitável é aquela área passível de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola e florestal; é a área total do imóvel, excluídas as de interesse ambiental de preservação permanente, de interesse ambiental de utilização limitada e as ocupadas com benfeitorias destinadas à atividade rural. A área utilizada pela atividade rural é a porção da área aproveitável do imóvel que, no ano anterior ao da entrega da Declaração do Imposto Territorial Rural: (a) tenha sido plantada com produtos vegetais; (b) tenha servido de pastagem, nativa ou plantada; (c) tenha sido objeto de exploração extrativa, observados os índices de rendimento por produto e a legislação ambiental; (d) tenha sido objeto de exploração granjeira ou aquícola; (e) tenha sido objeto de implantação de projeto técnico; (f) tenha sido afetada por ocorrência de calamidade pública de que resultou frustração de safras ou destruição de pastagens; ou, ainda, (g) tenha sido destinada à execução de atividades de pesquisa e experimentação que objetivem o avanço tecnológico da agricultura.

A atual tabela de alíquotas utilizada para o cálculo do imposto territorial rural, nos termos do art. 11 da Lei 9.393/1996, é a seguinte:

do imóvel (em hectares)	Área total (em hectares)	Grau de Utilização (GU em %)				
		maior que 80	Maior que 65 até 80	Maior que 50 até 65	Maior que 30 até 50	Maior que 30
Até 50	,03		0,20	0,40	0,70	,00
Maior que 50 até 200	,07		0,40	0,80	1,40	,00
Maior que 200 até 500	,10		0,60	1,30	2,30	,30
Maior que 500 até 1.000	,15		0,85	1,90	3,30	,70
Maior que			1,60	3,40	6,00	

1.000 até 5.000	,30				,60
Acima de 5.000	,45	3,00	6,40	12,00	0,00

O lançamento é anual e por homologação, pois a apuração e o pagamento do imposto territorial rural serão efetuados pelo contribuinte, independentemente de prévio procedimento da Administração Tributária, nos prazos e nas condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, sujeitando-se a homologação posterior.

A Declaração do Imposto Territorial Rural é composta por dois documentos: (a) Documento de Informação e Atualização Cadastral – DIAC, destinado à coleta de informações cadastrais do imóvel e de seu titular; (b) Documento de Informação e Apuração do Imposto Territorial Rural – DIAT, destinado à apuração do imposto.

A data e as condições de entrega da Declaração do Imposto Territorial Rural são fixadas anualmente pela Secretaria da Receita Federal.

2.7. Imposto sobre grandes fortunas (IGF)

Referido imposto, previsto no inciso VII do art. 153 da CF, ainda não foi instituído, em razão de não haver lei complementar aprovada que defina, dentre outras questões, o que vem a ser *grande fortuna*.

3. Impostos ordinários dos Estados

3.1. Imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD)

O imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos está previsto no art. 155, I, da CF e nos arts. 35 a 42 do CTN, e é de competência dos Estados e do Distrito Federal.

A função do imposto sobre heranças e doações é fiscal, ou seja, tem como finalidade gerar recursos financeiros para os Estados e para o Distrito Federal.

O imposto incidirá sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido: por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória; e por doação.

Ocorrerão tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.

Também sujeita-se ao imposto a transmissão de: (a) qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, bem como direito societário, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza; (b) dinheiro, haver monetário em moeda nacional ou estrangeira e título que o represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, depósito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quotas ou participações em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo e qualquer outra aplicação financeira e de risco, sejam quais forem o prazo e a forma de garantia; (c) bem incorpóreo em geral, inclusive título e crédito que o represente, qualquer direito ou ação que tenha de ser exercido e direitos autorais.

A base de cálculo é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda corrente nacional. Considera-se valor venal o valor de mercado, do bem ou direito, na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação.

A alíquota é fixada por cada Estado, observada a alíquota máxima fixada pelo Senado Federal, atualmente estipulada em 8%.

O lançamento é feito, em princípio, por declaração, pois o contribuinte oferece ao Fisco os elementos necessários ao respectivo cálculo para, posteriormente à sua homologação, efetuar o pagamento do respectivo tributo.

3.2. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias

e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal

e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (ICMS)

O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de

comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, está disciplinado na CF, principalmente em seu art. 155, II, e §§ 2º (com seus 12 incisos) e 3º.

É inegável a relevância do entendimento das normas constitucionais referentes ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, porquanto todas as normas infraconstitucionais tributárias devem ser interpretadas coerentemente com a Constituição.

Em nível infraconstitucional o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços encontra-se regulado pela Lei Complementar 87/1996, alterada por diversas vezes.

O ICMs representa o imposto economicamente mais importante, pois envolve maiores quantias. Nesse sentido, tem função eminentemente fiscal, isto é, seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros.

Apresenta, outrossim, função extrafiscal (quando seu objetivo é a interferência no domínio econômico, estimulando ou não certa atividade econômica), na medida em que poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, nos termos do art. 155, § 2º, III, da CF.

A competência para instituir o ICMs é privativa dos Estados e do Distrito Federal.

No tocante aos seus fatos geradores, algumas observações merecem ser tecidas.

A operação a que se refere a lei é mercantil, isto é, deve ser regida pelo direito empresarial, tendo por finalidade o lucro e por objeto uma mercadoria.

A circulação deve ser jurídica, ou seja, pressupõe a transferência de titularidade da mercadoria, por força de um negócio jurídico.

Entende-se por *mercadoria* o bem móvel destinado a venda ou a revenda, de modo que os bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo não são considerados mercadorias, com exceção da hipótese prevista no art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF.

A obrigação surge pela saída da mercadoria do estabelecimento comercial, tendo como sujeito passivo qualquer pessoa (física, jurídica ou, até, sem personificação de direito) envolvida, em caráter de habitualidade, com a prática de operações mercantis (que, de modo geral, são o produtor, o industrial e o empresário).

No tocante aos serviços de transporte o fato gerador desse imposto é a prestação, a terceiro, de um serviço de transporte intermunicipal ou interestadual, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado. Ressalte-se que o serviço de transporte realizado totalmente dentro do território de um Município apenas pode ser tributado por via de imposto sobre serviços (ISS), de competência privativa municipal. O contribuinte é o prestador do serviço.

Com relação à prestação dos serviços de comunicação, mister frisar que se entende por *serviço de comunicação* a atividade de, em caráter negocial, alguém fornecer a terceiros condições materiais para que a comunicação ocorra.

Por outro lado, incide ainda o ICMS sobre a produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica, nos termos do art. 155, §§ 2º, X, “b”, e 3º, da CF. Destaque-se que os Estados e o Distrito Federal podem gravar com o ICMS uma, algumas ou todas as operações acima arroladas, desde que obedecido o princípio da não-cumulatividade. Da mesma forma ocorre com o ICMS sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais, nos termos do art. 155, § 3º, da CF.

A obrigatória não-cumulatividade do ICMS está prevista no art. 155, § 2º, I e II, da CF, de modo que em cada operação ou prestação é assegurada ao contribuinte, de modo definitivo, uma dedução correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

O lançamento do imposto se dá por homologação.

A Constituição Federal, em seu art. 155, § 2º, X, “a”, “b” e “c”, exclui a incidência de ICMS em certos casos, como o de operações que destinem ao exterior produtos industrializados e sobre o ouro. As situações nela descritas, portanto, ficam fora do alcance da regra jurídica da tributação. Trata-se de imunidades tributárias.

3.3. Imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA)

Trata-se do imposto disciplinado pelo art. 155, III, da CF.

A hipótese de incidência é a propriedade de veículo automotor. O sujeito ativo é o Estado onde o veículo estiver licenciado e registrado. Sujeito

passivo, segundo a Lei 4.955, de 27.12.1985, do Estado de São Paulo, é o proprietário do veículo. Entretanto, o titular do domínio útil e/ou o possuidor do veículo são solidariamente responsáveis pelo imposto, juntamente com o proprietário, sem direito a benefício de ordem.

Trata-se de imposto vinculado ao veículo, de tal sorte que, em caso de alienação, pago o imposto pelo antigo proprietário, ainda que em outra unidade da Federação, não será exigido novo pagamento do adquirente.

A base de cálculo é o valor venal do veículo, fixado de conformidade com seu peso, potência, capacidade máxima de tração, ano de fabricação, cilindrada, número de eixos, tipo de combustível utilizado e dimensões. No Estado de São Paulo os valores venais são anualmente reajustados no mês de dezembro de cada ano, por meio de decreto do Poder Executivo.

Do produto da arrecadação do imposto, 50% pertencem ao Município onde o veículo estiver licenciado, aí incluídos os valores correspondentes à correção monetária e aos acréscimos decorrentes do recolhimento fora dos prazos legais. Os restantes 50% constituem receita do Estado. Trata-se de obrigação da repartição das receitas tributárias, imposta em nível constitucional, como já afluído.

4. Impostos ordinários dos Municípios

4.1. Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)

O art. 156, I, da CF e o art. 32 do CTN estabelecem que compete aos Municípios instituir o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.

Esse mesmo art. 32 do CTN estabelece que o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Estabelece o art. 33 do CTN que a base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é o valor venal do imóvel, ou seja, o valor pelo qual o imóvel pode ser negociado no mercado imobiliário.

O art. 156, § 1º, da CF dispõe: “Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II – ter alíquotas diferentes de

acordo com a localização e o uso do imóvel”. Verifica-se, portanto, que, além da progressividade extrafiscal do IPTU, estabelecida pelo art. 182, referido, poderá ele, ainda, ser instituído pelos Municípios com alíquotas variáveis de acordo com o valor, localização ou uso do imóvel urbano.

A progressividade de caráter extrafiscal destina-se a induzir o proprietário a obedecer ao plano diretor do Município, cumprindo, assim, a função primordial da propriedade, que, consoante a natureza jurídica que lhe empresta a doutrina de vanguarda, é a de direito de destinação e ordenação social.

Nos termos do art. 34 do CTN, é contribuinte do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou seu possuidor a qualquer título.

4.2. Imposto de transmissão “inter vivos” de bens imóveis (ITBI)

O art. 156, II, da CF estabelece que compete aos Municípios instituir imposto sobre “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição”. Referido imposto está disciplinado nos arts. 35 a 42 do CTN.

Assim, o sujeito ativo do imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis é o Município. Os fatos geradores do referido imposto são quaisquer atos ou negócios jurídicos onerosos, independentemente de registro, que transfiram o bem imóvel, a qualquer título (compra e venda, dação em pagamento, promessa de venda inteiramente quitada e transcrita no Registro) ou os direitos reais sobre imóveis (enfiteuse, aforamento, servidões, usufruto, habitação e rendas expressamente constituídas sobre imóveis) e as cessões desses direitos reais.

Ressalte-se que referido imposto não incide sobre direitos reais de garantia – anticrese (o devedor entrega imóvel ao credor, para que este, em compensação da dívida, perceba os frutos e rendimentos do imóvel) e hipoteca (o devedor oferece bem imóvel em garantia ao credor, para assegurar o cumprimento de uma obrigação), bem como sobre a doação de imóveis, que, por ser ato gratuito, sobre ele incide o ITCMD, anteriormente comentado.

Por outro lado, nos termos do art. 156, § 2º, da CF, “o imposto previsto no inciso II [*transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens*

imóveis]: “I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”.

Trata-se de imunidade específica concedida pela Carta Magna, configurando, portanto, uma limitação ao poder de tributar do Município.

Da análise desse dispositivo, do ponto de vista econômico, percebe-se a intenção de facilitar as incorporações e fusões, ou, em termos genéricos, a concentração de empresas, sob o pressuposto de que elas imprimem eficiência às empresas – o que atualmente pode ser questionado, tendo em vista a tutela da concorrência em nosso ordenamento jurídico, por meio, em termos infraconstitucionais, da Lei 8.884/1994.

Caso a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil – negócios de empresas que exploram loteamento de terrenos, incorporação de edifícios de apartamentos, compra desses para venda etc. –, não haverá a imunidade citada. Essa *atividade preponderante* encontra-se definida no art. 37, §§ 1º e 2º, do CTN.

A base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, nos termos do art. 38 do CTN, ou seja, o valor do imóvel para compra e venda à vista, segundo as condições usuais do mercado de imóveis.

Quanto às alíquotas, observado o art. 39 do CTN, deve-se respeitar o limite fixado em resolução do Senado Federal, que distinguirá, para efeito de aplicação de alíquota mais baixa, as transmissões que atendam à política nacional de habitação.

O sujeito passivo, conforme estabelece o art. 42 do CTN, contribuinte do imposto, é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei. Assim, necessário se faz verificar em cada legislação municipal a previsão respectiva do titular da obrigação do pagamento da exação.

4.3. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS)

A competência para instituir o imposto sobre serviços de qualquer natureza é dos Municípios, com base no art. 156, III, da CF, nos seguintes termos: “Compete aos Municípios instituir imposto sobre: (...) III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

O CTN regulamentava referido imposto nos seus arts. 71 a 73, que foram revogados pelo Decreto-Lei 406/1968, que correspondeu à legislação básica do ISS, bem como pela Lei Complementar 56/1987. Ambos os diplomas legais foram revogados pela Lei Complementar 116/2003. Os serviços sujeitos à tributação pelo ISSQN, atualmente, são os constantes da lista anexa à Lei Complementar 116. O fato gerador é a prestação habitual e remunerada, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, mesmo que não constituam atividade preponderante do prestador de serviço incluído entre os listados pela Lei complementar 116/2003. Os serviços dessa lista ficam sujeitos apenas ao imposto sobre serviços de qualquer natureza, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias, nos termos do § 2º do artigo 1º da Lei Complementar 116/2003, que positivou o que antes já havia se tornado jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – Súmulas 135, 156 e 167. Também estão no campo de incidência do imposto os serviços provenientes do exterior do país ou cuja prestação se tenha iniciado fora do país. O imposto também incide sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa à lei complementar 116/2003, os serviços nela mencionados não são sujeitos ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que a prestação envolva fornecimento de mercadorias. O imposto não incide sobre as exportações de serviços para o “exterior do País” (desde que o resultado não se verifique aqui no país), a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos e dos diretores e membros de conselhos de sociedades e fundações, bem como sócios-gerentes e gerentes-delegados. Também não incide sobre o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, depósitos bancários e operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

A base de cálculo, de acordo com o modelo fornecido pela Lei

complementar 116/2003, pode ser organizada da seguinte forma: (a) *serviços em geral* – alíquota sobre o preço dos serviços (art. 7º); (b) *locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza*, quando prestados em mais de um município será proporcional, conforme o caso, à extensão ou número de postes existentes em cada município (Art. 7º § 1º). O valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços não se inclui na base de cálculo, nos casos de *execução por administração, empreitada ou sub-empreitada de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e outras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e instalação de produtos, peças e equipamentos* (item 7.02 da lista anexa à Lei complementar) . Também não se inclui na base de cálculo o *valor dos materiais fornecidos em Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres, exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação de serviços que fica sujeito ao ICMS* (item 7.05 da lista anexa à Lei complementar) . As alíquotas são fixadas pelos Municípios em suas respectivas legislações, mas os incisos I, II e III do § 3º do art. 156 da CF autorizam que lei complementar federal fixe as alíquotas máximas e mínimas do ISS. Não há alíquota mínima e a alíquota máxima, é de 5%, nos termos do art. 8º da Lei Complementar 116/2003.

O contribuinte do imposto sobre serviços de qualquer natureza é o prestador do serviço, nos termos do art. 5 da precitada Lei Complementar. Considerando-se o estabelecimento prestador de serviços o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contrato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Em termos de isenção, prevê o art. 2º, da referida Lei Complementar que o imposto não incide sobre: I – as exportações de serviços para o exterior do País; II – a prestação de serviços em relação de emprego, dos trabalhadores avulsos, dos diretores e membros do conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados; III – o valor intermediado no mercado de títulos e valores mobiliários, o valor dos

depósitos bancários, o principal, juros e acréscimos moratórios relativos a operações de crédito realizadas por instituições financeiras.

O artigo 3º da Lei complementar 116/2003 estabelece que o ISS é devido no local da prestação dos serviços, estabelecendo que o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII do mesmo artigo, quando o imposto será devido no local: I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado no caso de prestação iniciada no exterior do país; II- da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário; III – da execução de obra de construção civil e respectivo acompanhamento e fiscalização; IV – da demolição; V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres (em reparação, conservação e reforma); VI – da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e resíduos em geral; VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores; IX – de controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos; X – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres; XI – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres; XII – da limpeza e dragagem de rios, portos, canais, baías, lagos, lagoas, represas, açudes e congêneres; XIII – onde o bem estiver guardado ou estacionado, nos casos de serviços de guarda e estacionamento de veículos terrestres automotores, aeronaves e embarcações; XIV - dos bens ou do domicílio das pessoas vigiadas, seguradas ou monitoradas, no caso dos serviços de vigilância, segurança e monitoramento; XV – do armazenamento, depósito carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso desses serviços prestados sobre bens de qualquer espécie; XVI - da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso de parques de diversões, centros de lazer e congêneres; XVII – do município onde está sendo executado o transporte municipal; XVIII – do estabelecimento tomador da mão de obra ou onde ele estiver domiciliado, no caso de fornecimento exclusivo de mão de obra; XIX – da feira, exposição, congresso ou congêneres a que se referir o planejamento, organização e administração; XX – do

porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário no caso desse tipo de serviço.

5. Impostos ordinários do Distrito Federal

O Distrito Federal, nos termos dos arts. 155, *caput*, e 147, segunda parte, ambos da CF, tem competência para instituir os impostos ordinários dos Estados e dos Municípios. Assim, conforme afluído anteriormente, o Distrito Federal tem competência para instituir seis impostos ordinários.

6. A fiscalização

Para a eficácia das normas que estabelecem a tributação, ao lado da imposição de penalidades em caso de descumprimento, é evidente a necessidade da fiscalização.

Assim, o CTN, nos seus arts. 194 a 200, prescreve regras para a fiscalização.

Ao iniciar os trabalhos de fiscalização, a autoridade administrativa deve lavrar os termos necessários a fim de que reste documentado o início do procedimento. Frise-se que tal conduta é de relevância inegável, pois influi no cômputo do prazo decadencial, como garantia da defesa do contribuinte.

Os livros fiscais e empresariais obrigatórios devem ser conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários.

Prevê, ainda, o CTN, em seu art. 197, o dever de informar, que, frise-se, não é apenas do sujeito passivo das obrigações tributárias, uma vez que, mediante intimação escrita, terceiros previstos em lei são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades da pessoa investigada. É necessário salientar que às pessoas a que se impõe o segredo profissional não se pode impor o dever de informar.

A título de sigilo fiscal, prevê o Código Tributário Nacional a vedação de divulgar, para qualquer fim, pela Fazenda Pública e seus funcionários, qualquer informação, recebida em razão do ofício, sobre a situação econômica do sujeito passivo ou de terceiros.

Para maximizar a eficácia na fiscalização, estabelece, ainda, o Código Tributário Nacional que os entes tributantes, na forma estabelecida por lei ou convênio, podem, para fins fiscalizatórios, trocar informações e prestar mútua assistência.

Com o mesmo objetivo, as autoridades administrativas e seus agentes, encontrando embaraço para desempenhar suas funções, podem requisitar força policial, que também pode ser requisitada, se necessário, para efetivação de medida prevista na legislação tributária.

Bibliografia

ATALIBA, Geraldo. Apontamentos da Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário. São Paulo, Ed. RT, 1969.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

———. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1989.