



Ministério Público Federal
Procuradoria-Geral da República

19711 - OBF - PGR

Recurso Extraordinário 835.291 – RO

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Recorrente: MPRO

Recorridos: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia e outros

Recurso extraordinário. Representação de inconstitucionalidade, julgada pelo TJRO. Lei estadual que institui pagamento de gratificação a agentes fiscais, com base em multas arrecadadas.

Preliminar de negativa de prestação que tem procedência: o Tribunal não enfrentou a alegada afronta do art. 37, xiii, da CR, de observância obrigatória no plano estadual.

No mérito, o diploma esbarra na vedação do art. 167, iv, da CR: vincula-se receita de imposto a determinada despesa, em contrariedade à sua natureza jurídica, que rejeita predefinições normativas, por se tratar de obrigação pecuniária vinculada à tributação estadual, de caráter não vinculado.

A lei estadual também viola o art. 37, xiii, da CR, porque atrela receita a pagamento do funcionalismo. Por extensão, ofende-se também o caput do art. 37, por dar relevância ao interesse pessoal do componente da fiscalização tributária, animando-o a exercer o poder de império estatal com

inspirações distintas do interesse público. Põe-se sob suspeição todo ato de execução de lei, com ingerência estatal sobre patrimônio jurídico do contribuinte, que se motive em algo além do que o estrito cumprimento dessa.

A diretiva da impessoalidade do art. 37 da CR impede a criação de parcelas de remuneração de servidores vinculadas à arrecadação de multas tributárias: os direitos fundamentais de defesa, como a propriedade, não podem ser expostos a decisão de servidor parcial, assim entendido não apenas aquele que tem diferenças pessoais com os administrados, mas também aqueles que têm algum interesse no substrato material do assunto a cujo respeito são chamados a opinar.

Solução diversa para a hipótese de gratificações de incentivo a servidores no exercício de funções estatais ligadas aos direitos de prestações dos servidores, sempre que aí não haver conflito de interesses e, portanto, a imparcialidade do servidor se mantiver.

Parecer pelo provimento do recurso.

Trata-se de recurso interposto contra decisão do TJRO, que validou gratificação baseada na arrecadação de multas tributárias, aplicadas pela fiscalização fazendária.

Discute-se a constitucionalidade de dispositivo legal que destina parte da arrecadação de multas tributárias a auditores fiscais estaduais, na forma de gratificação de produtividade vinculada. Garante-se o pagamento de adicional, custeado por 40% das multas arrecadadas.

Argui-se violação do art. 167, iv, da CR, que proíbe a discriminação de despesa específica à receita de imposto.

O TJRO, todavia, rejeitou a tese, porque a vedação constitucional restringe-se à receita de impostos, nada mencionando sobre as multas advindas de seu inadimplemento, sonegação ou descumprimento (f. 691).

Daí a interposição de recurso extraordinário, reiterando-se a tese de ofensa do art. 167, iv, da CR. Renova-se também a arguição de inconstitucionalidade com fundamento no art. 37, caput e inc. xiii, da CR, que não foi apreciada pelo TJRO, apesar da oposição de embargos declaratórios.

III

Houve negativa de prestação jurisdicional. A causa não foi examinada por inteiro, consideradas as balizas estabelecidas pelas partes e o objeto do litígio. As teses não estão convenientemente expostas no acórdão: faltou o confronto das disposições legais contestadas com o art. 37, xiii, da CR, conforme deduzido pela requerente, inclusive em embargos declaratórios.

A questão constitucional suscitada no recurso extraordinário não foi objeto de deliberação do TJRO, o que dá ensejo a nulidade, por negativa de prestação jurisdicional.

Considerando-se o caráter exclusivamente de direito dos temas e a função de guarda da Constituição pelo STF, o problema parece superável, pelo conhecimento da íntegra do recurso.

IV

A distinção conceitual entre tributo e multa, tal como empregada pelo TJRO, não garante o acerto da decisão.

A multa, por definição, é o que o tributo não pode ser: constitui sanção por ato ilícito. Todavia, a asserção de que multa não compartilha a natureza jurídica de tributo não implica que esteja, por isso, fora do campo de incidência do art. 167, iv, da CR. Afinal, a proibição de destinar receita de impostos a específicas despesas parece justificar-se na ausência de vínculo: a cobrança dessa espécie tributária – mais precisamente a estrutura do fato gerador – não se relaciona a nenhuma atividade específica do Estado, relativamente ao contribuinte.

Impostos rejeitam a ideia de contraprestação: sua receita financia as atividades gerais do Estado, notadamente os serviços universais. Nesse sentido, o em. Min. Roberto Barroso decidiu: “a receita de impostos compõe a reserva necessária para fazer frente a toda e qualquer despesa uti

universi, não havendo que se presumir que a majoração do IOF tenha ocorrido necessariamente para repor a perda dos valores anteriormente arrecadados por meio da CPMF”¹.

A Constituição proíbe destinações vinculadas, relacionando fonte de receita a específica despesa, salvo aplicações em saúde e em educação, mediante percentual incidente sobre a receita resultante de impostos (arts. 198, § 2º, i, ii e iii; e 212 da CR).

Por sua vez, a gradação das multas é relevante para aferir a totalidade da carga tributária, supondo-se ou refutando-se o efeito confiscatório². Ademais, o enquadramento de prestação pecuniária da multa, junto ao dos juros, garante-lhe a classificação de obrigação principal, ao lado do crédito tributário.

Para o efeito analisado, não parece existir suficiente grau de diferenciação jurídica que distinga tributo da multa decorrente do seu inadimplemento. Até porque as multas têm como função repor o equivalente econômico de todos os tributos não adimplidos no momento oportuno, ao lado de outras virtualidades típicas do direito penal, em sentido amplo.

Disso resultam duas consequências: em primeiro lugar, o campo normativo do art. 167, iv, da CR, aborda a receita derivada de multas tributárias; como também tal espécie de

¹ RE 800.282 (AgR), DJe 6.3.2015.

² ADI 551, Min. Ilmar Galvão, DJ 14.2.2003, p. 58.

vantagem atrela receita a pagamento do funcionalismo, o que redundaria, no plano remuneratório de pessoal do poder público, em vinculação à arrecadação, prática já rechaçada pelo art. 37, xiii, da CR. Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

Recurso extraordinário. Lei Complementar n. 101/93, do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Inconstitucionalidade.

Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos artigos 37, xiii; 96, ii, b, e 167, iv, da Constituição do Brasil.

Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina³.

A conclusão foi a mesma, em caso muito similar, em que o STF apreciou a constitucionalidade de lei estadual concessiva de gratificação de atividade de fiscalização vinculada à arrecadação tributária. A liminar foi deferida, em acórdão redigido do seguinte modo:

³RE 218.874, Min. Eros Grau, DJe 1.2.2008.

Remuneração de servidores mediante participação nos valores relativos a tributos e acessórios - Lei do Estado de Mato Grosso n. 5.496/89.

- Ação Direta de Inconstitucionalidade - Cautelar - A concessão de medida cautelar pressupõe o concurso de dois requisitos: o sinal do bom direito e o risco de manter-se com plena eficácia o ato normativo a que se atribui a pecha de inconstitucional. Isto ocorre quando nele está prevista a remuneração de servidores públicos mediante participação nos valores relativos a tributos e acessórios⁴.

A situação dos autos é ainda mais grave, porque o aumento de arrecadação em que se baseia a vantagem funcional fica a cargo do grupo de servidores responsáveis pela constituição dos créditos tributários. Como essa atividade estatal interfere na esfera jurídica do contribuinte, por meio de obrigação jurídica compulsória, degrada-se o princípio da imparcialidade. Afinal, garante-se a propriedade do particular contra ingerências do Estado. A fortiori, é demasiado submeter o patrimônio do contribuinte à vantagem classista do funcionalismo público, animado, por interesse privado e pessoal, pelo aumento da arrecadação de multas tributárias.

A diretiva da impessoalidade do art. 37 da CR parece desrespeitada no caso, porque aqui se trata de atividade estatal capaz de afetar os direitos fundamentais de defesa dos contribuintes, isto é, as funções exercidas pelos agentes

⁴ ADI 650 (MC), Min. Marco Aurélio, DJ 22.5.1992, p. 7213.

públicos no caso representam restrição de direitos fundamentais, em especial da propriedade, entendida como qualquer direito subjetivo de conteúdo patrimonial, para o fim do art. 5º, x, da CR⁵. Ao menos no domínio dos direitos fundamentais de defesa, que visam proteger o cidadão do ataque do Estado, parece correto afirmar que a impessoalidade é a ausência de interesse próprio do agente público sobreposto ou em conflito com o interesse do

⁵ Orlando Gomes registrou essa tendência: “por democratização da propriedade deve entender-se a tendência para submeter ao regime dominical certos valores econômicos, tecnicamente insuscetíveis de domínio propriamente dito. A extensão analógica implica a popularização do direito de propriedade, porque coloca sob a égide de regulamentação desse direito, inúmeros direitos correspondentes a grande número de pessoas, a que se emprestam as qualidades e virtudes do domínio”(Direitos Reais, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 134). O civilista explica que, “na ideia de propriedade se busca, enfim, o substrato teórico para justificar a concessão de direitos fortes aos novos titulares de prerrogativas exclusivistas” (p. 135). Konrad Hesse , notou que a vida moderna alterou a importância do antigo direito de propriedade. Daí o quadro atual: “esta mudança conduziu a uma compreensão modificada da garantia constitucional da propriedade e da sua extensão. O objeto da garantia da propriedade não é mais idêntico ao da propriedade do direito civil. Decisivo para a qualificação da propriedade constitucionalmente protegida é, ao contrário, a utilidade privada de um direito patrimonial, isto é, sua imputação a um titular de direito, em cujas mãos deve servir de fundamento da iniciativa privada e ser, sob responsabilidade própria, ‘de utilidade’ no interesse privado, e a disponibilidade básica sobre o objeto da propriedade, nem sempre claramente delimitável dessa utilização” (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 15. Aufl., Heidelberg: C F Müller Juristischer Verlag, 1985, p. 171-172: “Dieser Wandel hat zu einem veränderten Verständnis der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums und ihrer Tragweite

cidadão. Numa palavra, aqui, a impessoalidade é sinônima da imparcialidade. E, nesse sentido, nada interessa verificar se o fator de distúrbio da imparcialidade do servidor decorre do diferença pessoal que mantenha com o administrado ou de interesse no substrato material do assunto a cujo respeito é chamado a opinar. Caso se prefira designar as coisas com outra nomenclatura, a impessoalidade diz respeito tanto à pessoa de quem decide, como à pessoa afetada pela decisão. Importante a reter, contudo, é a impossibilidade de os direitos de defesa dos cidadãos serem postos em risco pela atividade parcial de agentes públicos.

geführt. Der Gegenstand der Eigentumsgarantie ist nicht mehr identisch mit dem Eigentum des bürgerlichen Rechts. Maßgebend für die Qualifizierung als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum ist vielmehr die Privatnützigkeit eines vermögenswerten Rechts, d. h. die Zuordnung zu einem Rechtsträger, in dessen Hand es als Grundlage privater Initiative und im eigenverantwortlichen privaten Interesse ‘von Nutzen’ sein soll, und die von dieser Nutzung nicht immer deutlich abgrenzbare grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand”). Celso Bastos, Curso de direito constitucional, São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 360-361, notou: “o conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. [...]. A propriedade tornou-se, portanto, o anteparo constitucional entre o domínio privado e o público. Neste ponto reside a essência da proteção constitucional: é impedir que o Estado, por meio de medida genérica ou abstrata, evite a apropriação particular dos bens econômicos ou, já tendo esta ocorrido, venha sacrificá-la mediante um processo de confisco”. Essa conclusão decorre da tranquila jurisprudência nacional em tema de desapropriação. Há décadas não mais se discute que o Estado deve indenizar não apenas os titulares de domínio, mas também dos demais direitos de conteúdo patrimonial incidentes em coisa a ser expropriada.

Solução inversa talvez devesse ser adotada, se o caso envolvesse os chamados direitos fundamentais a prestações públicas, dada a diferença na estrutura das relações humanas em causa. Nessas hipóteses, haveria a conjugação ou soma dos interesses dos agentes públicos com o dos cidadãos a serem atendidos por meio de suas prestações. Imagine-se, por exemplo, determinada gratificação instituída em prol dos profissionais que trabalham em instituições de saúde pública onde se registram baixos níveis de infecção hospitalar. Quanto mais eficiente a prestação do serviço, em prol dos cidadãos, maior seria a remuneração dos profissionais da saúde. No exemplo hipotético, a imparcialidade e a impessoalidade do serviço público não seria comprometida, dada a aliança entre o interesse do agente público e das pessoas atendidas. Nesse nicho, a objeção da impessoalidade não comprometeria a vantagem dos servidores. Resta ver se normas constitucionais relativas ao orçamento também ali incidiriam de modo absoluto ou se haveria a possibilidade de instituição do benefício sem a vinculação de receitas a fundos.

Atos de aplicação e de execução da lei não devem ser motivados por inspirações desse jaez. A intensidade da fiscalização tributária não deve ser medida na base do maior ou menor interesse pecuniário de seus agentes, porque o exercício do império, de que decorrem as prerrogativas do poder público, é teleologicamente dirigido.

V

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso.

Brasília, 6 de abril de 2016.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República

AMC