

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

PARECER 53/2000

Consulta. Município de Salvador do Sul. Concessão de incentivos a empresa privada, visando a sua instalação no Município. Ordem Econômica e Administração Conformadora. Normas premiais. Função promocional do Direito. Compatibilidade com a ordem econômica constitucional. Cautelas. Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Senhor Prefeito Municipal de Salvador do Sul dirige correspondência a este Tribunal para consultar acerca da “*viabilidade do cumprimento do inciso II da Lei nº 2.164, de 4 de fevereiro de 1999*”, esclarecendo que a mencionada lei trata da concessão de subsídios oferecidos à empresa Via Uno-Bison Indústria de Calçados Ltda., visando a sua instalação no município.

Embora a mencionada lei, em sua integralidade, trate de várias formas de auxílio àquela indústria, a matéria objeto da consulta diz apenas com o subsídio referente à concessão de transporte aos funcionários da empresa. Informa o consulente existir previsão orçamentária, diz que a empresa já está instalada, que o transporte dos funcionários será feito mediante ônibus municipal e que o tempo de concessão do benefício será regulamentado por decreto, aduzindo, posteriormente, estar a lei em vigor, aprovada que foi pela Câmara Municipal. Por isto pede, “*caso não seja possível cumprir o dispositivo legal da forma como se apresenta*”, orientação acerca dos “*cuidados legais a tomar*”.

O tema foi examinado na Consultoria Técnica que, na bem lançada Informação nº 46/2000, aduzindo as preliminares de praxe conclui, *in verbis*, que “*o tratamento a ser dispensado pelo Poder Público, objetivando a atração de investimentos, deve pautar-se dentro da lei, a qual deverá ser editada em total consonância com os princípios constitucionais*”.

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

Com os subsídios de fls. 15 a 48, juntados pela Consultoria Técnica, o expediente vai à apreciação do Senhor Conselheiro Victor Faccioni, que o remete a esta Auditoria para exame e pronunciamento.

É o relatório.

1) O tema primordialmente tratado versa acerca da concessão de subsídio, instituído por lei, consistente no oferecimento de transporte aos trabalhadores da empresa Via Uno-Bison Indústria de Calçados Ltda., no trajeto entre esta e “*as localidades em que residem, nos casos acordados entre Empresa e Município, no período em que a empresa estiver instalada*”, como escrito no inciso II do art. 1º da Lei Municipal nº 2.164/99.

É preciso consignar, desde logo, que a Lei menciona também outras formas de auxílio à empresa, tendo sido objeto da consulta, todavia, tão somente o benefício acima mencionado, o que já demarca os limites da resposta, que não versará, portanto, sobre as demais disposições legais. Também deve ficar de início estabelecido --- como o fez a Consultoria Técnica --- não caber a este Tribunal a apreciação prévia da constitucionalidade de lei, nem o desempenho de trabalho de assessoria jurídica ao Poder Executivo Municipal, nem a antecipação de função fiscalizatória que, na forma constitucional, lhe é cometida *a posteriori*. Por estas razões, o desenvolvimento das reflexões que passo a proceder deve ser tido como exercício de colaboração que examinará, em tese, o tema genérico da concessão de auxílios, incentivos, subsídios, ou o que nome tenham as inúmeras formas utilizadas pelo Poder Público para atrair empreendimentos privados que possam gerar benefícios caracterizados como de interesse social.

2) O tema da concessão de incentivos, pelo Estado a particulares, traduz a passagem da Administração Liberal, correspondente ao modelo de Estado Liberal, à **Administração Conformatora**, passagem que sintetiza, por sua vez, a superação de uma célebre polaridade hegeliana, a que contrapunha Estado e Sociedade Civil separando a esfera dos interesses políticos e a esfera dos interesses econômicos e situando ambas como esfera de interesses **contrapostos**.

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

Hoje em dia ninguém discute que a atividade econômica não está restrita à esfera dos particulares, e a própria Constituição sublinha o papel normativo e regulador do Estado respeitadamente à atividade econômica, cabendo-lhe as funções de fiscalização, **incentivo** e planejamento (art. 174). Atua, assim, incontroversamente, o Estado na ordem econômica, seja por absorção, por direção ou por indução --- para usar a classificação proposta por Eros Roberto GRAU¹ --- usando a forma indutiva quando “*manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados*”².

A esta nova função do Estado corresponde, no Direito, novo modelo normativo. Washington Albino PELUSO DE SOUZA esclarece que, nesta forma de atividade (econômica) estatal, a atividade normativa é exercitada pelo expediente do convite, “*das incitações, dos estímulos, dos incentivos de toda a ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada entidade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado*”³. Quando isto ocorre, ensina GRAU, ao destinatário da norma “*resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada*”. Contudo, se aderir, “*resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial*”⁴.

4) Ninguém melhor do que Norberto BOBBIO tratou, em estudo hoje já considerado um clássico⁵, das mudanças provocadas no modelo normativo pela passagem do Estado Liberal ao Estado Conformador da atividade econômica. Diversamente do que concebera no séc. XVII Christianus THOMASIUS, que via o Direito como um conjunto de normas de **negação**, ou por G. W. LEIBNIZ, que percebeu a norma jurídica como **comando**, no século XIX e em boa parte do século XX a Teoria do Direito elaborou o modelo binário, pelo qual

¹ **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, São Paulo, Editora Malheiros, 2000 (5ª edição), p. 158 e ss.

² Idem, p. 159.

³ **Direito Econômico**, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 122, apud E. R. Grau, op. cit., p. 160.

⁴ **A Ordem Econômica ...**, cit., pp. 160 e 161.

⁵ **Sulla funzione promozionale del Diritto**, in *Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile*, 1969, pp. 1313-1329.

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

tem-se composto o ordenamento jurídico por normas de **conduta** e por normas de **organização**.

Foi justamente a inconsistência deste modelo binário como chave explicativa da realidade normativa do Estado contemporâneo o objeto da reflexão de BOBBIO no estudo citado, cuja pertinência à hipótese versada na consulta é manifesta, como se verá.

BOBBIO demonstra que, no Estado contemporâneo, “*diventa sempre più frequente l'uso delle tecniche d'incoraggiamento*”⁶, as quais conduzem não só a abandonar a imagem tradicional do Direito como ordenamento protetivo-repressivo, mas, por igual, surge uma nova imagem, qual seja, “*a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional*”⁷.

Ao afirmar a emergência deste novo modelo normativo BOBBIO traça a distinção entre a técnica tradicional, que denomina “técnica do desencorajamento”⁸, e as “técnicas de encorajamento”⁹, que visam não apenas a tutelar os atos conformes ao ordenamento mas, por igual, a **provocar o exercício dos atos conforme ao ordenamento ou aos seus fins**.

Bem por isto, diz o jurista italiano:

"a introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira e própria mudança na função do sistema normativo no seu complexo, no modo de atuar o controle social; assinala a passagem de um controle passivo que se preocupa mais em desestimular as ações nocivas que de favorecer as ações vantajosas, a um controle ativo que se preocupa em favorecer as

⁶ Op. cit., p. 1323.

⁷ Idem, ibidem, traduzi, grifos originais.

⁸ "tecnica dello scoraggiamento".

⁹ "tecniche dell' incoraggiamento".

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

ações vantajosas mais do que desestimular as ações nocivas”¹⁰.

A “técnica de encorajamento” engloba as chamadas **normas premiais**, ou **promocionais**, isto é, as que concedem incentivos, vantagens, contrapartidas, isenções fiscais, subsídios, etc., e que, entre nós como alhures --- onde quer que exista a chamada “economia de mercado” --- compactuam com o vigente modelo constitucional da ordem econômica.

5) Como ninguém desconhece, a Constituição de 1988 adotou o modelo que CANOTILHO chamou, referindo-se à Constituição Portuguesa, de “Constituição Dirigente”, também dita “Constituição Diretiva”, assim tidas aquelas que não se bastam como meros instrumentos de governo, mas, além disto, “*enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados*”¹¹. À noção de “Constituição Dirigente” são correspondentes as idéias de **planejamento** e de **cooperação**, a primeira como “planejamento técnico da ação racional do Estado”¹², a segunda como o modo de desenvolvimento das relações entre o Estado e a iniciativa privada para o implemento daquela “ação racional”.

Como já tive a oportunidade de averbar em artigo doutrinário¹³, hoje em dia esfumou-se o desenho dicotômico que, ao opor a Sociedade Civil ao Estado, opunha também o Direito Público ao Direito Privado, uma vez que os conceitos de **interesse social** e **função social** passam a dizer respeito a um e a outro campo. Por isto é que já não se poderá recorrer facilmente ao critério aristotélico para dizer que, enquanto as relações dos privados entre si constituem relações de igualdade, as relações entre estes e a Administração Pública constitui em relações de subordinação: haverá inúmeras hipóteses em que as relações entre os privados e a Administração caracterizam **relações de cooperação**.

¹⁰ Idem, p. 1324, traduzi e grifei.

¹¹ GRAU Eros R., op. cit., p. 60.

¹² Idem, p. 347.

¹³ **Alternativas de Gestão da Administração Pública: o regime das concessões e permissões municipais**, Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, nº 13, 1999, p. 32.

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

Falar em “relações de cooperação” não significa, evidentemente, iludir-se com o cometimento de uma função social às empresas privadas, cujo fim é o lucro. No regime capitalista o que se espera das empresas “*é apenas a eficiência lucrativa, admitindo-se que, na busca do lucro, o sistema empresarial exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial*”, adverte COMPARATO¹⁴, atento à “perigosa ilusão” de imaginar que, “*no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo o controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social*”¹⁵. O estabelecimento de relações de cooperação não implica a demissão do papel que cabe primordialmente ao Estado de planejar, ordenar, realizar e fiscalizar as atividades voltadas à implementação do interesse social, pois assim se fazendo, estar-se-ia recaindo no Estado Liberal clássico, que foge ao desenho constitucional positivamente traçado entre nós. Assim, **aos benefícios ensejados aos privados pelas normas premiais correspondem, polarmente, mecanismos de salvaguarda e garantia do asseguramento concreto do interesse social**, que jamais deve ser visto como mero pretexto ao indevido beneficiamento dos particulares.

6) Estas considerações situam, a meu juízo, o contexto no qual deverão ser analisadas pelo Tribunal de Contas as normas como a da Lei nº 2.164/99 de Salvador do Sul que, repito, estão aqui a merecer tão-somente um exame a partir dos seus pressupostos teóricos e não um estudo punctualizado ou concreto, pena de ser prejudicada a função fiscalizatória deste Tribunal, a ser exercida *a posteriori*.

Na perspectiva traçada pelos pressupostos teóricos acima esquematizados, e que dizem com o exame jurídico do tema, a leitura dos princípios constitucionais, notadamente o da igualdade, expressamente aludido pela Consultoria Técnica à fls. 13, deve ser iluminada pela compreensão da função premial das normas de incentivo (em sentido *lato*) e da sua adequação à modelagem constitucional da ordem econômica, que não prescinde --- antes requer --- a cola-

¹⁴ COMPARATO Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**, RT 732/45.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

oração entre os Estados e as empresas em vista do implemento de tarefas que tenham evidente interesse social.

Contudo --- e tenho esta observação como particularmente relevante ao caso --- as normas de encorajamento, para além de estarem atadas indissolúvelmente a persecução e ao implemento efetivo de tarefa de interesse social, devem conter , na medida em que beneficiam objetivamente empresas privadas, certos mecanismos de **contrapartida** e de **salvaguarda ou garantia**. Não pode a Administração conceder determinado benefício sem que haja razoável certeza de que o interesse social seja (a) efetivamente existente, e (b) realmente beneficiado. Ao conceder isenções fiscais, ou transporte, ou ceder prédios, por exemplo, deve a Administração ter a garantia de que certo e razoável número de vagas de emprego será efetivamente criado pela empresa beneficiada e que o investimento realizado com o dinheiro público terá um equilibrado retorno à comunidade. Não se justificaria, forte no critério da razoabilidade que domina a interpretação do Direito, a concessão de benefícios a empresa privada que superasse as vantagens concretamente oferecidas à comunidade.

Ora, na espécie, a lei municipal não consigna essas contrapartidas, apenas mencionando genericamente a “criação de empregos”. Adota, é certo, a salvaguarda de oferecer os benefícios apenas enquanto estiver a empresa instalada no Município. Seria necessário, portanto, que o Poder Executivo, aproveitando a fórmula do mencionado inciso II do art. 1º (“*nos casos acordados entre Empresa e Município*”) **vinculasse a concessão de transporte ao oferecimento de certo patamar de vagas empregatícias que justificasse, motivadamente, a benesse.**

6) Por fim, não deve ser esquecida a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (“Lei da Responsabilidade Fiscal”) que, no art. 14, estabelece condições restritivas para a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária do qual decorra renúncia de receita, a qual compreende, nos termos do seu parágrafo 1º:

“anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral,

TRIBUNAL DE CONTAS	
Fl.	Rub.

Continuação do Parecer 53/2000

alteração de alíquota ou modificação da base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.

Entre as condições estabelecidas pela Lei estão as que dizem respeito ao rigoroso planejamento (incisos I e II), de observância cogente e a ser fiscalizado, oportunamente, por esta Corte de Contas.

Com estas considerações, opino para que seja a consulta respondida na forma proposta neste pronunciamento, enviando-se também ao digno consulente, os valiosos subsídios juntados pela Consultoria Técnica.

É o parecer.

Auditoria, 10 de agosto de 2000.

JUDITH MARTINS COSTA
Auditora Substituta de Conselheiro

Processo nº 4461-02.00/00-5

DECISÃO: O Tribunal Pleno, **em sessão de 14-09-2000**, ressaltando o contido no artigo 138, parágrafo 2º do Regimento Interno deste Tribunal, no sentido de que a resposta à Consulta não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto, à unanimidade, acolhe o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, e decide Encaminhar ao Senhor Prefeito Municipal de Salvador do Sul, cópia do Parecer nº 53/2000 da lavra da Doutora Judith Hofmeister Martins-Costa e da Informação nº 46/2000, da Consultoria Técnica, acolhidos pelo Plenário nesta data, bem como os valiosos subsídios juntados pela Consultoria Técnica.