

INFORMAÇÃO ADMINISTRATIVA/PGE/MS/CJUR-SEDHAST/N. 003/2021

Assunto: Decreto Federal 10.634, de 22 de fevereiro de 2021. Aplicabilidade ao Procon/MS.

1. Dos Fatos.

Trata-se de questionamento realizado pelo Superintendente de Orientação e Defesa do Consumidor, Sr. Marcelo Monteiro Salomão, quanto à necessidade ou não de observância pelo Procon/MS, do disposto no Decreto Federal n.º 10.634, de 22 de fevereiro de 2021¹, que dentre outros regramentos, obriga os postos revendedores de combustíveis a informarem, em local, visível, o valor do ICMS e dos tributos federais.

Inicialmente cumpre destacar que não se trata de parecer, mas sim de informação administrativa, considerando que o encaminhamento dos autos para manifestação se deu por autoridade de hierarquia inferior a titular da Secretaria de Estado.

É o relato do essencial.

Passa-se à manifestação.

2. Da Fundamentação

A atividade administrativa é subordinada à lei, não tendo a Administração disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente. Ou seja, a Administração está submetida ao princípio da legalidade, princípio esse específico de Estado de Direito, que explicita a subordinação da atividade administrativa à lei (e não Decreto), surgindo como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público.

Merece destaque a lição proferida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (1996:82) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.”²

Nessa mesma esteira, José dos Santos Carvalho Filho leciona:

¹

² *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 68.

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do **Estado de Direito**, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.

O princípio **“implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.** Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público **só pode atuar** onde a lei autoriza.³

Por sua vez o Decreto regulamentar de competência privativa do presidente da República por força do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal⁶, tem por finalidade executar fielmente os dispostos preconizados na referida lei, observando irrestritamente o comando legal.

Nesse sentido, leciona José dos Santos Carvalho Filho⁴ a respeito da observância do decreto regulamentar em não contrariar àquela que justifica sua existência.

[...] o poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser(...)

Ainda em consonância sobre o poder regulador conferido ao presidente da República, o Supremo Tribunal Federal por intermédio do ministro Luiz Fux, em julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.218-AgR⁵, asseverou:

“É cediço na doutrina que 'a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 336).” (ADI 4.218-

³ *Manual de Direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 16.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005, pág. 44

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.218-AgR-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdão, 13 de dez. de 2012. Disponível [clikando aqui](#). Acesso em: 02 de abril. de 2020

AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 13.12.12, Plenário, DJE de 19.02.13.

Logo, não pode o decreto regulamentar sobrepor os ditames de lei ulterior, tendo em vista que sob a ótica do sistema hierárquico de normas do ordenamento jurídico brasileiro, o decreto está abaixo das normas infraconstitucionais e, portanto, deve observar suas limitações sob pena de invalidade.

Para tanto, sobre a hierarquia das normas, vaticina Hans Kelsen⁶

“Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior”.

A Lei 12.741/2012 que “Dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor, de que trata o § 5º do artigo 150 da Constituição Federal; altera o inciso III do art. 6º e o inciso IV do art. 106 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor”, em seu artigo 1º, §2º, expressamente prevê a obrigatoriedade do fornecedor no seguinte sentido:

Art. 1º Emitidos por ocasião da venda ao consumidor de mercadorias e serviços, em todo território nacional, **deverá constar, dos documentos fiscais ou equivalentes, a informação do valor aproximado correspondente à totalidade dos tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda.**

§ 1º A apuração do valor dos tributos incidentes deverá ser feita em relação a cada mercadoria ou serviço, separadamente, inclusive nas hipóteses de regimes jurídicos tributários diferenciados dos respectivos fabricantes, varejistas e prestadores de serviços, quando couber.

§ 2º A informação de que trata este artigo **poderá** constar de painel afixado em local visível do estabelecimento, ou por qualquer outro meio eletrônico ou impresso, de forma a demonstrar o valor ou percentual, ambos aproximados, dos tributos incidentes sobre todas as mercadorias ou serviços postos à venda.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen. Tradução João Baptista Machado. 6ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 833360836-5. pág. 146. Disponível [clikando aqui](#). Acessado em: 02 de abril de 2020

Analisando o significado dos verbos dever⁷ e poder⁸ no dicionário Michaelis, verifica-se claramente que enquanto o primeiro exige uma conduta proativa do agente, como obrigação e no caso, obrigação legal já que prevista na norma, a segunda, revela apenas uma faculdade atribuída ao agente público de propiciar que a transparência dos valores gastos seja prevista também em painel afixado em local visível do estabelecimento.

Por sua vez, o Decreto Federal 10.634, de 22 de fevereiro de 2021, dispõe sobre a divulgação de informações aos consumidores referentes aos preços dos combustíveis automotivos e no seu artigo 2º e 3º, impõe algumas obrigatoriedades aos postos revendedores de combustíveis, vejamos:

Art. 2º Os postos revendedores de combustíveis automotivos deverão informar aos consumidores, na forma estabelecida no parágrafo único do art. 1º, os preços reais e promocionais dos combustíveis, nos termos do disposto no Decreto nº 5.903, de 20 de setembro de 2006.

Art. 3º **Os postos revendedores de combustíveis automotivos ficam obrigados a informar os valores estimados de tributos das mercadorias e dos serviços oferecidos por meio de painel afixado em local visível do estabelecimento.**

Analisando o artigo 3º do referido Decreto, me parece que de fato houve a criação de obrigação aos postos revendedores de combustíveis não prevista na Lei nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012, que inclusive dá suporte de validade ao Decreto publicado por ato do Presidente da República, usurpando a competência do Congresso Nacional e que impede, por sua vez, o reconhecimento da legitimidade do seu comando, por inovar na ordem jurídica sem a necessária competência do Presidente.

Dessa forma, com a inovação realizada no Decreto Presidencial tornando obrigatória uma conduta dos postos revendedores de combustíveis que a lei disciplinou como facultativa, evidencia-se de forma inequívoca a dissonância do artigo 3º do Decreto Federal 10.634/2021 com a previsão contida na Lei 12.741/2012, por violação ao princípio da legalidade e da hierarquia das fontes normativas.

Não é forçoso ressaltar, que a própria Constituição Federal no *caput* do seu artigo 37, assevera a respeito da obediência ao princípio da legalidade que os Entes da Federação devem observar, ou seja, o Estado só poderá agir nos termos que a lei permitir, caso contrário, incorrerá na ilegalidade.

Portanto, o decreto 10.634/21 extrapolou os seus limites de regulamentar e de executar a legislação específica no âmbito federal ao criar obrigação não prevista na legislação.

⁷ Ter obrigação (legal, moral, social etc.) de; precisar. In <https://michaelis.uol.com.br/palavra/45Kp/dever/>

⁸ Ter permissão ou autorização para ; Ter possibilidade de: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/45Kp/dever/>

Sendo assim, ante ao exposto, a vigência do referido decreto não é correlato ao princípio da segurança jurídica, de modo que os seus efeitos deverão ser suspensos imediatamente pelo Congresso Nacional, por força do artigo 49, inciso V, da Carta Magna Brasileira.

Por sua vez, a orientação ao Procon é:

(1) em homenagem ao princípio da legalidade o Administrador não está obrigado dar cumprimento à exigência contida no art.3º do Decreto Federal nº 10.634 de 22 de fevereiro de 2021, porquanto ele usurpou das competências dos limites legais contidos na Lei n. 12.741, de 08 de dezembro de 2012, uma vez que a Administração só atua dentro dos limites legais;

(2) um ato normativo só será corretamente aplicado se estiver em conformidade com a sua finalidade, o que não é caso, já que demonstrado que a normativa supracitada extrapolou o campo da legalidade estrita;

(3) tratando-se de um ato normativo que extrapolou os limites da Lei Federal nº 12.741, de 8 de dezembro de 2012, a recomendação também que se faz é pela possibilidade de comunicação desta exorbitância normativa à Procuradoria-Geral do Estado para fins de estudo do caso, e se for o caso, para interposição de Medida Judicial competente, que terá por objeto evitar ou reparar lesão decorrente deste ato normativo, resultante de ato do Chefe do Poder Executivo Federal.

Eis a orientação.

Campo Grande MS, 05 de abril de 2021.

Wagner Moreira Garcia
Procurador do Estado
Chefe da CJUR/ SEDHAST