PGE/ES 80 ANOS

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EDIÇÃO ESPECIAL

Homenagem ao procurador do Estado do ES
Cezar Pontes Clark

VOLUME 17

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 17, n. 17, 1º/2º sem. 2023

CEI
CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

GOVERNO DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo

Procurador-Geral do Estado
Jasson Hibner Amaral

Conselho Editorial:

Adriano Sant'Ana Pedra
Anderson Sant'Ana Pedra
Alexandre Nogueira Alves
Claudio Penedo Madureira
Clovis Beznos
Edgar Antonio Chiarutto Guimarães
Heitor Sica
Hermes Zaneti Jr.
Horácio Augusto Mendes de Souza
Jasson Hibner Amaral
José dos Santos Carvalho Filho
José Luís Bolzan de Morais
Marco Antonio Rodrigues
Nelson Camatta Moreira
Rafael Induzzi Drews
Rodrigo Francisco de Paula
Walber de Moura Agra

Diretor Responsável:
Rodrigo Francisco de Paula

Equipe Técnica:
Breno Dornelas Damm, Lorena Nascimento Ferreira,
Luíza Will Dalmaso, Renato Heitor Santoro Moreira,
Rubson Goldner da Silva e
Wallace Lucena Ramos

Equipe de Produção:
Obra da capa: Tânia Santos
Editoração: Renato Heitor Santoro Moreira
Impressão: Gráfica Aquarius Ltda.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2023

424p.

Semestral.

ISSN: 1808-897 X

1. Direito – Periódicos. I. Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

CDD: 340

Tiragem: 800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo
Centro de Estudos/Biblioteca
Av. N. S. da Penha, 1590, térreo, Barro Vermelho
Cep.: 29.057-590 Vitória (ES)
Tel.: (27) 3636-5115
Website: www.pge.es.gov.br

Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores, incluindo as revisões de ortografia e gramática. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, às orientações oficiais da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo.

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Renato Casagrande

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Jasson Hibner Amaral

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação 9

Editorial 11

Em memória a Cezar Pontes Clark 14

1 DOUTRINA

1.1 Os débitos e créditos de ICMS nos E-Marketplaces 25
Caio César Valiatti Passamai

1.2 O contraditório e o dever das partes à colaboração processual 49
Cláudio Ianotti e Fábio Siqueira

1.3 Pareceres jurídicos e controle do cumprimento das recomendações feitas pela Advocacia Pública: a lei nº 14.133/2021 muda tudo 69
Claudio Madureira

1.4 Ser ético-técnico ou ser "desobediente": (breve) reflexão sob a perspectiva da equipe de regulação de internação hospitalar do Sistema Único de Saúde diante das liminares judiciais 101
Fabrício Santos Neves e Margareth Vetis Zaganelli

1.5 Do manicômio tributário ao nosocômio pandêmico 119
Gustavo Sipolatti

1.6 As controvérsias sobre os critérios de correção monetária dos débitos fazendários e sua repercussão sobre as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública 133
Henrique Rocha Fraga e Eliézer Lins Sant'Anna

1.7 Novos paradigmas para a atuação da Advocacia Pública Consultiva 161
Horácio Augusto Mendes de Sousa

1.8 Desconsideração da personalidade jurídica 177
Klaus Coutinho Barros

1.9 Sobre a possibilidade de o procurador do Estado exercer a advocacia privada perante o Tribunal de Contas Estadual na defesa de gestor municipal 211
Lívio Oliveira Ramalho

1.10 A evolução do conceito de jurisdição no Estado constitucional 227
Mônica Júdice

1.11 Natureza jurídica do ato administrativo concessivo da aposentadoria a servidor público e os novos rumos da jurisprudência do STF a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.553/RS (TEMA 445) 245
Paulo José Soares Serpa Filho

1.12 A cobrança do ICMS-DIFAL no exercício de 2022 e o princípio da anterioridade 265
Péricles Ferreira Almeida

1.13 Medidas executivas atípicas na execução fiscal: excesso ou efetividade na busca pelo adimplremento da dívida pelo executado? 281
Raquel Fagundes

2 PARECERES E TRABALHOS FORENSES

2.1 Apuração da base de cálculo da contribuição (pelo Estado do Espírito Santo à União) relativa ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) diante do entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) 307
Cezar Pontes Clark

2.2 Contestação à ação anulatória de débito tributário estadual ajuizada por XXX 341
Cezar Pontes Clark

2.3 Redirecionamento-fraude à execução-desconsideração da personalidade jurídica 355
Cezar Pontes Clark

2.4 Da (im)possibilidade de extinção do crédito tributário mediante dação em pagamento de bens móveis e/ou serviços 391
Jasson Hibner Amaral

ANEXO

Normas para publicação 417

APRESENTAÇÃO

Abrir a leitura da Revista da PGE/ES é sempre uma tarefa que traz em si muita alegria, satisfação e responsabilidade. É o momento em que apresentamos e oferecemos uma contribuição científica ao Direito – sobretudo ao Direito Público – com artigos e pareceres de procuradores e procuradoras do Estado, bem como de outros colegas do mundo jurídico, todos detentores de alta qualificação profissional e acadêmica.

Neste ano, entretanto, a Revista da PGE/ES chega revestida de novos significados e sentimentos. Mais do que um amplo e qualificado conteúdo, esta edição tem como destaque uma necessária e singela homenagem ao amigo e colega Cezar Pontes Clark, procurador do Estado que nos deixou ao final de 2021 e que, no exercício de seu trabalho, prestou relevantes serviços aos capixabas, à Ciência do Direito e à Justiça.

O lançamento desta 17ª edição da Revista marca também o ano em que a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo comemora seus 80 anos, desde a criação do órgão que a originou, em 1943, então denominado Serviço Jurídico (SJ). De lá para cá, a instituição se fortaleceu, ampliou seus quadros e, com muito trabalho e estudo, se consolidou como um órgão indispensável e estratégico ao desenvolvimento do Estado e à criação e aplicação de suas políticas públicas.

Hoje, temos uma PGE reconhecida nacionalmente por sua atuação seja em causas locais, seja em ações de abrangência nacional. Destaque-se ainda, que a PGE/ES foi uma das pioneiras a institucionalizar uma política de equidade de gênero em seus cargos de chefia, assim como a criar um programa de Residência Jurídica e uma pós-graduação em Direito do Estado e Advocacia Pública, para residentes jurídicos e servidores do nosso Estado.

Então, sim, vamos celebrar esta edição, que, talvez, salvo melhor juízo, seja a mais especial de que nós, atuais procuradores e procuradoras que compomos os quadros da instituição, temos notícia até o momento! E é com esse sentimento e com essa emoção que desejamos a todos uma ótima leitura!

Jasson Hibner Amaral
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

Esta 17ª edição da Revista da PGE-ES vem a público com algumas marcas dignas de nota: é a primeira edição após a pandemia decorrente da COVID-19; homenageia, muito justamente, nosso querido e sempre lembrado procurador do Estado Cezar Pontes Clark, que nos deixou no final do ano de 2021, com uma passagem marcante pela PGE-ES, cujo auditório agora leva o seu nome; registra os 80 anos da PGE-ES, comemorados neste ano de 2023.

São marcas muito importantes que revelam, cada qual a sua maneira, algumas das dimensões do que representa, para a PGE-ES, a sua Revista. Não se trata apenas de mais um espaço para divulgação de produção científica e profissional de alto nível na área do Direito. Para além dessa importante missão, a Revista da PGE-ES constitui, também, um "lugar de memória" – para falar com Pierre Nora –, em que se respeita o passado e se constrói identidade.

Nesse contexto, esta edição traz trabalhos doutrinários atentos às preocupações atuais do dia-a-dia da prática jurídica, elucida entendimentos que vem sendo manifestados na jurisprudência e propõe novos caminhos em vista de recentes alterações legislativas.

Na área do Direito Tributário são abordados temas como a tributação do ICMS nos E-Marketplaces (Caio César Valiatti Passamai); as disfuncionalidades do sistema tributário que o aproximam de um manicômio tributário, em tempos de discussão de mais uma reforma tributária (Gustavo Sipolatti); a desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais (Klaus Coutinho Barros); a cobrança do ICMS-DIFAL, após o julgamento de sua (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (Péricles Ferreira de Almeida) e as medidas executivas atípicas na execução fiscal (Raquel Fagundes). Em outras áreas, como no Direito Processual Civil, no Direito Administrativo e no Direito Constitucional, há trabalhos que cuidam do dever das partes à colaboração processual (Cláudio Ianotti e Fábio Siqueira); das controvérsias sobre os critérios de correção monetária dos débitos fazendários e sua repercussão sobre as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública (Henrique Rocha Fraga e Eliézer Lins Sant'Anna); dos dilemas entre ser ético-técnico ou obediente no cumprimento de decisões judiciais que determinam internações hospitalares no Sistema Único de Saúde (Fabrício Santos Neves e Margareth Vetis Zaganelli) e da evolução do conceito de jurisdição no Estado constitucional (Mônica Júdice). E mais diretamente sobre a atuação dos advogados públicos, encontramos artigos que enfrentam a conformação dos pareceres jurídicos e do controle do cumprimento das recomendações feitas pela Advocacia Pública na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) (Cláudio Madureira), os novos paradigmas para a atuação da advocacia pública consultiva (Horácio Augusto Mendes de Souza), bem como discutem a possibilidade de o procurador do Estado exercer a advocacia privada perante o Tribunal de Contas Estadual na defesa de gestor municipal (Lívio Oliveira Ramalho).

E naquela outra dimensão da Revista da PGE-ES, como "lugar de memória", coube ao procurador do Estado Leonardo Gustavo Pastore Dyna contar uma bela homenagem ao nosso inesquecível Cezar Clark, com o registro das boas lembranças de sua convivência conosco na PGE-ES. Além disso, na seção "pareceres e trabalhos forenses" estão os frutos deixados pelo Cezar para a PGE-ES: um primoroso parecer sobre a apuração da base de cálculo da contribuição relativa ao PASEP, bem como duas peças judiciais relacionadas a temas para os quais ele muito se dedicou, quais sejam, a validade da cobrança do ICMS-DIFAL antes e após a edição da Emenda Constitucional nº 87/2015 e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica e de redirecionamento da ação de execução fiscal contra todas as pessoas utilizadas furtivamente para proteção patrimonial em prejuízo à efetividade da cobrança do crédito tributário. Ainda nesta mesma seção, verifica-se um judicioso parecer do procurador-geral do Estado, Jasson Hibner Amaral, sobre a impossibilidade de extinção de crédito tributário mediante dação em pagamento de bens e serviços.

Por fim, em sua última dimensão que merece ser aqui destacada, esta 17ª edição da Revista da PGE-ES integra um conjunto de ações que estão sendo realizadas neste ano de 2023 em comemoração aos 80 anos da PGE-ES. E por isso deve-se destacar, com um penhorado agradecimento, o esforço de muitos envolvidos, não só dos autores, mas da equipe de servidores, residentes e estagiários do CEI, da Assessoria de Comunicação e de toda a equipe técnica que tornou possível esta publicação se tornar realidade.

Uma boa leitura!

Rodrigo Francisco de Paula

PROCURADOR-CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS
E INFORMAÇÕES JURÍDICAS (CEI)

Em memória a

Cezar Pontes Clark

★ *02/04/1972*
† *09/11/2021*

"Serás para mim único no mundo"

(Antoine de Saint-Exupéry)

Foi à noitinha daquele inesquecível 28 de março de 2005, numa concorrida solenidade no Teatro Carlos Gomes, em Vitória-ES, que muitos, inclusive eu, o viram pela primeira vez. Munidos com os sonhos da juventude e a energia reflorescida pela então recém-aprovação no concurso de Procurador do Estado do Espírito Santo, 25 novos procuradores eram empossados numa cerimônia emocionante e que marcaria o início de nossa trajetória na Procuradoria-Geral do Estado. Não sabíamos, ainda, que naquele palco pisariam os pés daquele que selaria a história e a vida de todos com sua inesquecível maneira de ser.

Com seu jeito único, não demorou para que seu nome se tornasse sinônimo de onde todos queriam estar. Dali brotavam boas risadas, causadas por quem tinha sempre uma tirada meticulosa e aparentemente calculada para uma situação até então inesperada. Sempre alegre e irreverente, era festejado quando chegava nas rodas de conversas e, quando menos esperávamos, o *happy hour* do final do expediente terminava (ou começava) na casa dele.

Dos servidores às mais altas autoridades, conhecia-os pelo nome. Possuía uma curiosidade singular pela vida de todos que por ele passavam, cuidando deles como os verdadeiros amigos fazem, ainda que há pouco os conhecessem. Tinha sempre ouvidos e sabia ouvir com atenção a história, as alegrias e as dores das pessoas. Não por acaso, elas se sentiam melhores depois de com ele estar.

Já não fosse seu carisma suficiente para a atração geral em torno de si, ainda demonstrava grande intimidade com o direito. No assunto do dia, tinha pleno domínio da jurisprudência mais atual e "seus" processos eram esmiuçados folha a folha. Nesses momentos, a irreverência era substituída pela sobriedade e concentração, elementos vários que nele não se anulavam, mas se complementavam, cada um se sobressaindo nas horas mais certas. Sua sagacidade intelectual, contudo, ainda que notória, não obscurecia sua humildade, generosidade e seu senso de justiça.

Claro que uma personalidade dessas não caberia em um único lugar. Não é ousado dizer que seu sonoro nome também ecoou e ficou gravado muito além dos registros da Procuradoria do Estado do Espírito Santo. Antes dela, exerceu a advocacia no Muzzi Advogados em Belo Horizonte, foi assessor jurídico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, advogou para o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais em Brasília-DF, foi advogado da Companhia Energética de Brasília e Advogado da União na AGU. Em Vitória-ES, exerceu a função de Procu-

rador do Estado com atuação valiosa e destacada em inúmeros núcleos internos de trabalho da PGE-ES, na Secretaria de Estado da Fazenda, em atuações conjuntas com o Ministério Público e na Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo. Em todas as frentes, competente, estudioso, voluntarioso, independente, corajoso e prestativo.

De fato, ele poderia estar onde bem quisesse, mas, para nossa sorte, preferiu aqui fazer sua morada por 16 anos, ainda que nas Minas Gerais ainda guardasse seu enorme coração. Lá e cá, em todos os lugares, no plano profissional ou pessoal, era conhecido, bem-vindo e admirado.

Cada um vive a ausência à sua maneira. O trabalho nos absorve, os processos vêm e vão. A dinâmica da vida envolve-nos na rotina cotidiana e seguimos em frente. Mas, depois de tudo, não parece exagerado dizer que ficamos um pouco sós.

Afinal, vinha dele um dos abraços mais afetuosos que porventura um dia tivemos. Por causa dele, nosso riso era incontido até mesmo nos espaços mais formais em que estivéssemos. Eram dele uma opinião técnica singular e a preocupação genuína de como poderíamos estar. Nem seu passo eventualmente apressado conseguia impedir o contágio de sua alegria irradiante, dizer sua palavra amiga e tampouco impedir sua visita sem hora marcada tantas vezes festejada.

Amigo de todos.

Pai carinhoso.

Marido amoroso.

O irmão que a vida que deu.

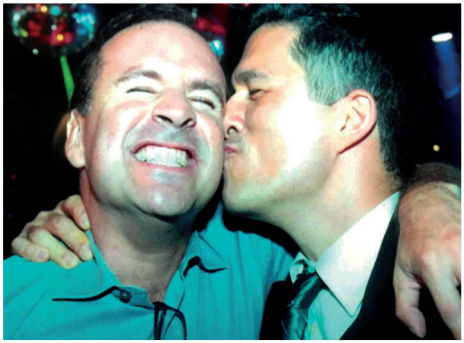
Ah! Se pudéssemos voltar até aquele 28 de março de 2005 e encapsular o tempo para esticar um pouco mais os nossos momentos... poderíamos viver intensamente e desfrutar a lição de Charles Chaplin de que "a vida é um palco de teatro que não admite ensaios. Por isso cante, chore, ria, antes que as cortinas se fechem e o espetáculo termine sem aplausos".

Sim, faríamos tudo de novo, mas com mais vigor e entusiasmo, do modo como Cezar sempre fez sem ensaiar. Cantaríamos mais, choraríamos mais e riríamos mais. Mas, para ele, os aplausos seriam exatamente os mesmos, sem tirar nem por. E se suas cortinas um dia estiveram abertas graciosamente para nós, agora elas repartem sua infinita luz com toda a eternidade.

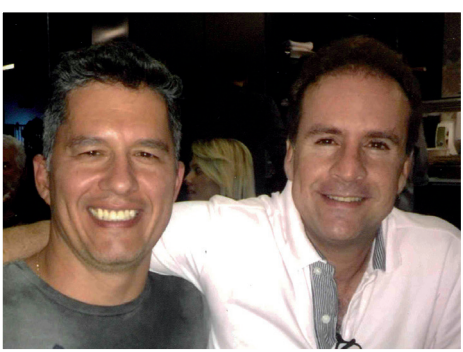
Amor e saudade do colega, sócio, amigo e compadre.
Com o beijo carinhoso da Day, da Heleninha e do Pepeu.
Para sempre o amaremos!

Leonardo Gustavo Pastore Dyna
Procurador do Estado do Espírito Santo

LEMBRANÇAS



APES



JUST DO IT.

Homenagem póstuma PGE e Apes

Em dezembro de 2021, a Procuradoria-Geral do Estado e a Associação dos Procuradores do Espírito Santo (Apes) realizaram uma solenidade em homenagem póstuma ao procurador Cezar Pontes Clark. Na ocasião, foram entregues à sua esposa, dra. Nadja Machado Botelho, a medalha Eugênio Lindenberg Sette (maior honraria concedida pela PGE/ES), uma placa confeccionada pela Apes e um livro de recortes com lembranças alusivas ao procurador (fotos e textos escritos por seu colegas e amigos). Além disso, foi descerrada uma placa dando ao auditório da PGE/ES o nome do procurador homenageado.

1 DOUTRINA

1.1

OS DÉBITOS E CRÉDITOS DE ICMS NOS E-MARKETPLACES

CAIO CÉSAR VALIATTI PASSAMAI*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Apontamentos Sobre o Crédito Tributário. 2.1 Princípios e Crédito Tributário. 2.2 A Cessão de Créditos Tributários e os Princípios do Direito. 2.3 As Plataformas de Marketplace. 3 Da Inadimplência e Recuperação de Crédito Fiscal. 3.1 A Inadimplência e o Custo da Recuperação dos Créditos Fiscais. 3.2 Limitações à Recuperação do Crédito Inadimplido. 3.3 Possíveis Benefícios na Supressão dos Gargalos à Recuperação de Créditos Fiscais Inadimplidos. 4 Da Cessão de Créditos e Débitos Fiscais por Marketplace. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

O Estado, de modo geral, possui um grande problema em suas mãos: a inadimplência de tributos, por uma parcela significativa dos contribuintes.

A inadimplência, por sua vez, é uma questão cuja origem, no contexto fiscal, é multifatorial: sua causa pode surgir do próprio contribuinte (que decide não pagar, ou que momentaneamente perde capacidade financeira por razões alheias à sua vontade – como doença, acidente – etc.); ou pode se originar da própria estrutura do sistema tributário (complexidade do sistema, que dificulta sua compreensão pelo "homem médio" e causa que o pagamento seja feito erradamente, grande número de obrigações acessórias, necessidade do uso de especialistas – administrador, contador e/ou advogado – para cumprir as obrigações impostas por lei); ou pode advir de questões externas ao processo tributário (razões históricas, quebra do contribuinte ou dis-

* Advogado (OAB/ES 25.270), militando na profissão no Estado do Espírito Santo desde 2016. Possui graduação pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV, concluída em 2014) e é especializado em direito tributário (FDV biênio 2015/2016). Atualmente cursa especialização lato sensu em direito extrajudicial pela Faculdade LEGALE (biênio 2021/2022) e é residente jurídico no programa de pós-graduação em direito público da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE/ES, biênio 2021/2022). Como advogado, milita nas áreas de direito civil, consumerista, família, penal, tributário e do trabalho, dentre outros.

rupção do sistema por causas imprevistas – como o atual caso da pandemia do COVID-19, por exemplo); ou ainda de outras fontes[1].

Quando o Estado se defronta com a inadimplência de tributos, ele tem a seu dispor um complexo de recursos para tentar reverter esse estado de fato, destinados a obter o pagamento do tributo inadimplido. Destarte, o Estado lança mão dessas alternativas, em ordem crescente força, que vão desde medidas administrativas (processo administrativo fiscal e seus desdobramentos, como citação fiscal para pagamento, inscrição em dívida ativa, negativação da dívida ativa, protesto da dívida ativa, etc.) que, caso não tenham êxito, causará o ajuizamento de execução fiscal pelo Estado.

A execução fiscal, como *ultima ratio* desse procedimento, busca o pagamento do débito inadimplido através da expropriação de bens do contribuinte. Essa execução forçada, de grande gravidade e complexidade, não é a solução final ao problema da inadimplência, pois pode não possuir a efetividade esperada. Nada obstante, em razão da própria natureza da execução fiscal, como processo custeado pelo Estado (enquanto processo que tramita junto ao Poder Judiciário), essa forma de recuperação de recursos também gera um ônus ao Estado.

Noutras palavras, a execução fiscal representa uma despesa do Estado onde este disporá de seus recursos na esperança de receber valores a ele devido. Dessa forma, há todo um universo de débitos que, por causa de seu baixo valor, inexiste interesse econômico hábil a justificar o "*investimento*" na execução fiscal, pois o custo do processo judicial para a recuperação desses créditos será maior que o benefício obtido a partir de seu pagamento.

À vista disso, o Estado também busca mecanismos para mitigar suas perdas nos casos onde a execução fiscal redundou ineficaz ou infrutífera. Um exemplo desse mecanismo são as leis 7.727/2004 e 9.747/2011, do Estado do Espírito Santo, que têm por objetivo fazer o Estado deixar de imprimir esforços em executar dívidas de menor va-

1 Há muito remonta uma relação "*suspeita*" entre o contribuinte e a Fazenda no Brasil, sendo lugar-comum a ojeriza dos produtores de ouro pelos tributos cobrados pela Coroa durante o Ciclo do Ouro das Minas Geraes. O "*quinto*" cobrado pela produção aurífera – vinte por cento da produção – causava repugnância não só pela alíquota elevada, mas também pelos custos e obrigações repassados ao contribuinte, que causavam relevante redução na quantidade (em peso) de ouro produzido pelas fundições, comparado à entrada. Isso resultava que o efetivo custo do tributo em muito ultrapassava o valor nominal da alíquota.

BARCELOS, Reginaldo. Casas de Fundição e da Moeda no Brasil e em Portugal: Purificar o Ouro, Apurar as Técnicas, *Revista População e Sociedade*, ISSN 0873-1861-21, Portugal, Porto, vol. 21, p. 143-163, 2013, p. 146-159. Disponível em: <https://www.cepese.pt/portal/pt/populacao-e-sociedade/edicoes/populacao-e-sociedade-n-o-21/casas-de-fundicao-e-da-moeda-no-brasil-e-em-portugal-purificar-o-ouro-apurar-as-tecnicas/casas-de-fundicao-e-da-moeda-no-brasil-e-em-portugal-purificar-o-ouro-apurar-as-tecnicas/@@display-file/file/Casas%20de%20fundic%CC%A7a%CC%83o%20e%20da%20moeda%20no%20Brasil%20e%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022

lor, cujos ônus e custos das diligências de cobrança terão um valor superior ao benefício obtido com o pagamento do contribuinte.

Dessa forma, já aqui é feita uma divisão entre os créditos que "*valem à pena*" (ou seja, cujo ganho, pelo Estado, é maior que o custo do processo judicial de execução fiscal) e os créditos que não "*valem à pena*". Essa valoração consiste, em última análise, se os custos do Estado para a obtenção do crédito supera ou não o ganho obtido com a efetivação do crédito.

Assim, quanto aos que "*valem à pena*", inexistem maiores dificuldades, pois os mecanismos legais cumpriram seus objetivos, causando a satisfação do débito.

Ocorre que, quanto aos débitos que o Estado não obteve êxito em sua satisfação (em especial naqueles envolvendo o ajuizamento de execução fiscal), ainda existe uma questão relevante, que é "*o que fazer*" em caso de ineficácia. Deve o Estado desistir de buscar o adimplemento desses débitos, mesmo quando o contribuinte não tem bens, se evade, etc.?

Enquanto uma solução a essa questão não surge, permanece o Estado a amargar prejuízos. Os créditos prescrevem, causando um duplo ônus ao Poder Público: além de não arrecadar, ele despendeu recursos (que poderiam ser utilizados de outra forma) na tentativa de receber (sem êxito) do contribuinte inadimplente.

Destarte, há necessidade de serem buscadas novas soluções ao (velho) problema da inadimplência dos créditos fiscais. Como as "*soluções*" (melhoria dos meios de expropriação de bens, novas ferramentas de descoberta de bens do devedor, maior colaboração entre as diferentes autoridades competentes na descoberta de bens ocultados, etc.) pretendidas até o momento não se provaram capazes de atingir todos os seus objetivos, resultando apenas em êxitos parciais, outros caminhos merecem ser explorados para debelar essa antiga chaga.

Parte desse problema advém da própria natureza do crédito que o Estado busca o adimplemento (cuja cobrança possui regras estritas, dispostas em lei, que limitam o escopo de atuação / cobrança da Fazenda): por se tratarem de direitos (créditos fiscais) destinados ao Estado, há substanciais limitações à forma como a mesma pode e deve ser gerida. Não é por outra razão que abunda a litigiosidade como forma do Estado galgar à obtenção de seu crédito.

Nada obstante, há toda uma série de ferramentas disponíveis voltadas ao uso do espaço digital e da internet que podem ser úteis e frutuosas nesse objetivo. São exemplos dessas ferramentas os Núcleos da Justiça 4.0 (CNJ), a Lei 14.129/2021 (marco do Governo Digital), dentre muitos outros.

Todas essas ferramentas legais, aliadas às ferramentas tecnológicas que a cada dia surgem para otimizar a vida humana (tanto em *hardware* quanto em *software*) mostram que não é mais possível deixar o Estado de se utilizar desses meios e inovações para solucionar seus problemas.

Inclusive, a Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (PGE/ES) há tempos busca se valer dessas ferramentas tecnológicas. Lorena Mendes Ferreira já demonstrou como elas em muito poderiam otimizar o trabalho da Procuradoria Fiscal, como a utilização de sistema processual eletrônico (na época, PGE.NET), a integração eletrônica entre Procuradoria e Secretaria da Fazenda, dentre outros, visando o dispêndio de mais energias nos devedores com dívidas de maior valor (quais sejam, acima de 500.000 - quinhentos mil – VRTE – Valor de Referência do Tesouro Estadual do Espírito Santo)[2].

Esse espaço digital se mostra altamente adaptável e mutável, de modo que as tecnologias e plataformas que melhor se encaixem a esse meio são exatamente aquelas que se mostram as mais flexíveis, dentro de seu contexto histórico. Isso se mostrou verdadeiro, a fortiori, com o advento da pandemia do COVID-19, pois:

> Por conta do distanciamento social, imposto como mecanismo de combate e achatamento da curva de contaminação pelo coronavírus, a realização de negócios hoje, mais do que nunca, se dá por meio da Internet, ou outra rede eletrônica semelhante ou a ela relacionada[3].

A pandemia tornou claro que o modelo de negócios digitais formam um imperativo a todos os agentes sociais no Século XXI, inclusive o Estado Brasileiro, que tem progressivamente buscado mecanismos digitais em suas tratativas com o cidadão[4]. Dessa ótica, pretendemos analisar se é possível ou não ao Estado se fixar nesses mecanismos para obter, de forma diferenciada, a quitação de seus débitos fiscais com os contribuintes.

A fim de iniciarmos nossa análise, utilizamos como ponto de partida uma limitação para essa análise, em razão da grande dificuldade que advém do exame pormenorizado de todo o sistema tributário.

---

2 FERREIRA, Lorena Mendes. Inteligência Fiscal e a Efetividade na Recuperação de Ativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, ISSN: 1808-897, Vitória: PGE/ES, v. 15, n. 15, 1º/2º sem. 2017, p. 187-204.

3 UHDRE, Dayana de Carvalho. Marketplaces: Possibilidades e Limites à sua Responsabilização no Âmbito da Tributação Indireta, *Revista Direito Tributário Atual*, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 48, p. 136-152, mai-ago, 2021, p. 137. Disponível em: https://ibdt.org.br/RDTA/marketplaces-possibilidades-e-limites-a-sua-responsabilizacao-no-ambito-da-tributacao-indireta/. Acesso em: 01 mar. 2022

4 Exemplo claríssimo dessa viragem paradigmática diz respeito à Lei 14.129/2021, também chamada de "Lei do Governo Digital". Essa lei tem por premissa (art. 1º) dispor "*[…]sobre princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão*.", a fim de que a Administração utilize (art. 5º) de "*[…] soluções digitais para a gestão de suas políticas finalísticas e administrativas e para o trâmite de processos administrativos eletrônicos*." para prestar seus serviços de forma mais ampla e capilarizada possível através desses meios digitais (art. 14).

Dessa feita, limitar-nos-emos ao ICMS, devido à sua importância para as finanças estaduais e ao maior volume de inadimplência. Contudo, esse não é o único tributo que pode ser objeto das soluções aqui estudadas, tampouco há de se limitar o que aqui se estuda à área fiscal necessariamente, sendo totalmente possível a adaptação dessas questões a outros domínios que não a sub exame.

Tendo todas essas condicionantes em mente, perguntamos: pode o Estado do Espírito Santo autorizar que particulares cedam entre si créditos (e débitos) de ICMS para que tal cessão possa ser utilizada para quitar débitos dos contribuintes (que já tenham sido lançados) através de plataforma digital?

2 Apontamentos sobre o crédito tributário

Tendo em mente o objeto de análise, faz-se agora necessária a realização de um breve "*panorama geral*" do que se pretende analisar, cuja base está na introdução.

Ora, sendo a inadimplência do contribuinte algo que necessita da ação (algumas vezes forçosa) do Estado para ser solucionada, cuja atuação depende de estrita regulamentação que depende dos processos legais para sua validade[5] (procedimento de criação pelo Poder Legislativo; controle de legalidade e/ou constitucionalidade pelo Poder Judiciário; e etc.), é inegável que ele sofre de certa defasagem nessa "*corrida armamentista*" contra a inadimplência.

Logo, a adoção de mecanismos mais fluidos de combate à questão da inadimplência de pronto já mostram seu valor, mas podem encontrar limites sérios quanto às amarras legais e constitucionais à atuação do Estado.

2.1 Princípios e crédito tributário

Iniciamos nossa análise pela realização de breves apontamentos quanto às linhas-mestras (ou seja, os pressupostos) para sua compreensão.

De fato, em direito, as relações de causalidade decorrem necessariamente dos pontos de partida utilizados, pois que a norma jurídica é o ponto de inflexão que torna certos fatos e seus efeitos juridicamente

5 Princípio da legalidade em sentido estrito (arts. 5º, II, e 150, I, da Constituição). Nesse sentido pensam Igor de Brito Machado (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 277-278), Luciano Amaro (AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133-140), Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 201), Roque Carraza (CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p 247-281).

relevantes (pois, do contrário, seriam causas naturais)[6]. Nesse contexto, os princípios do direito saltam aos olhos em importância, pois constituem vetores, pontos de partida para a compreensão da própria lei (seja a Constituição, sejam atos administrativos)[7]. Ensina Paulo de Barros Carvalho que:

> […] os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feitio indutivo para percebê-los e isolá-los. São princípios implícitos. Entre eles e o expresso, não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de cogitar-se de princípios e sobre princípios[8].

Carvalho agudiza sua análise trazendo à baila princípios e sobre princípios do direito, sendo estes últimos aplicáveis até como vetor interpretativo dos primeiros. O catedrático da USP cita (dentre outros) o sobreprincípio da justiça, da certeza do direito, da segurança jurídica, da igualdade, da legalidade, da irretroatividade das leis, do acesso à jurisdição, ampla defesa e devido processo legal, dentre outros[9].

No caso de nosso estudo, importam, principalmente, os princípios da legalidade / da igualdade, da segurança jurídica, da propriedade e da supremacia / indisponibilidade do interesse público, pois que balizaram o exame da matéria em questão. Não adentraremos em maiores embates sobre nomenclaturas, origens e fins, etc., atinentes aos princípios e sobre princípios, pois que este não é nosso objetivo, apenas sua significação suficiente para balizar nossa investigação.

Suficiente dizer, contudo, que todos esses princípios têm por finalidade a limitação da atividade estatal de tributar, pois "[…] a ação de

6 VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 30-31.

7 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

8 CARVALHO, Paulo de Barros, Op Cit., p. 197.

9 CARVALHO, Paulo de Barros, Op Cit., p. 198-220.

tributar excepciona o princípio constitucional que protege a propriedade privada (CF, arts. 5º, XXII, e 170, II)"[10], além de torná-la estável, previsível e justa – noutras palavras, que exista segurança jurídica na atividade estatal de tributar.

Tendo isso em mente, passamos à análise das consequências desses princípios quando aplicados ao objeto de estudo em tela.

2.2 *A cessão de créditos tributários e os princípios do direito*

No diapasão desse pano-de-fundo principiológico, as soluções à inadimplência passa pela via legislativa (como explanado anteriormente, devido ao princípio da legalidade) e, no contexto do que se pretende analisar nesse artigo, há janelas que permitem a aferição da possibilidade de responder à pergunta que é aqui aventada.

Em razão da alta carga legislativa e regulamentadora em que se encontra impregnado (repise-se, que aos tributos aplicam-se tanto o art. 5º, II; quanto o art. 150, I, ambos da Constituição), as matérias afeitas a tributos possuem espinheiros que, noutras searas do direito são inexistentes.

No Código Civil, por exemplo, a cessão de débitos e créditos (arts. 286-298, quanto aos primeiros; e 299-303, quanto aos segundos), bem como a compensação de débitos e créditos (arts. 368-380) encontra-se prevista apenas no que tange seus requisitos mais essenciais para a solução de conflitos advindos de tais negócios.

Ora, no que tocam os tributos as cessões e compensações apenas podem existir se (e apenas se) for atendido (em primeiro lugar) o princípio da legalidade, o que causam certas dificuldades. Por exemplo, a compensação de tributos apenas é autorizada em caso de lei específica, destinada a tutelar casos específicos a serem definidos pela Fazenda Pública (art. 170, do CTN) e, no caso da cessão, por não existir previsão específica (apenas aquela genericamente prevista no Código Civil) aprofundam as dificuldades, pois a Lei 9.430/1998, em seu art. 74, proíbe a compensação de créditos fiscais de terceiro. Há a possibilidade concreta da mudança dessa realidade, em razão da tramitação na Câmara dos Deputados, dos Projetos de Lei nºs 2209/2020 e 4660/2020, que atualmente tramitam apensos.

Nada obstante, há precedentes, no sistema legal brasileiro, onde se autoriza expressamente a cessão de créditos pelo credor da Fazenda. É o caso do art. 78, da ADCT, que estabelece claramente tal possibilidade

10 CARRAZA, Roque Antônio. Op Cit., p. 405.

para os créditos abarcados pela Emenda Constitucional 30/2000, que a deu sua redação atual.

Nada obstante, há entendimentos em contrário, ou seja, que mesmo sem previsão expressa é possível a cessão de créditos entre terceiros alheios à relação tributária. Há julgados do STJ onde a Corte entende que se tal cessão ocorrer judicialmente ela será considerada válida, pois que feita com embasamento na lei processual civil[11]. Tratam-se, evidentemente, de situações excepcionais, já que o mesmo art. 74, em seu §12º, da Lei 9.430/1998, considera como "*não declarada*" a compensação de créditos cuja titularidade seja de terceiro.

No caso do Estado do Espírito Santo, especificamente, há legislação que prevê a possibilidade de cessão de créditos de ICMS advindos de casos específicos de não-incidência, tutelados pela Lei Estadual nº 11.001/2019 (art. 1º). Tal legislação será abordada mais à frente, quando tratarmos mais aprofundadamente das hipóteses de cessão de crédito, aplicadas à presente pesquisa. Dessa feita, prossigamos ao último tripé deste artigo, quanto aos pressupostos teóricos.

2.3 As plataformas de marketplace

As plataformas de *marketplace* constituem um modelo amplo de negócios, focalizado na intermediação entre fornecedores e clientes para a compra e venda de produtos e/ou o fornecimento de serviços (inclusive intermediação de pagamentos, em alguns casos) através de uma plataforma on-line. Noutras palavras o:

> […] modelo de negócio denominado por (on-line) marketplace – assim também qualificado como "intermediário" ou "plataforma digital" –, na realidade do comércio eletrônico brasileiro. Fundado no conceito de aproximar e conectar vendedores dos mais diversos ramos com potenciais consumidores, bem como facilitar o anúncio de bens e serviços, além de viabilizar a respectiva transação, nota-

11 Por exemplo, no RESP 803629, o crédito já judicializado teve sua cessão reconhecida em sentença, que transitou em julgado. O cessionário, contudo, dependeria da aquiescência da Fazenda Pública para executar contra esta o crédito cedido.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 803.629/RS 2005/0204663-0*. Relator: Ministro José Delgado – Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, 26 jun. 2006, p. 126. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=651426&num_registro=200502046630&data=20061016&peticao_numero=200600102223&formato=PDF>. Acesso em 21 nov. 2021.

> damente a partir da oferta de instrumentos digitais, este arranjo, impulsionado pela dinâmica e amplitude da economia digital […][12].
>
> Trata-se de plataformas digitais que conectam vendedores de mercadorias e prestadores de serviços àqueles que desejem comprar os produtos ou tomar tais serviços. Elas não vendem diretamente os produtos, nem prestam os serviços, mas apenas facilitam o negócio jurídico entre os vendedores e os consumidores.
>
> De um lado, as operadoras de marketplace criam verdadeiros centros comerciais digitais, que possibilitam aos consumidores acesso a uma vasta rede de produtos e serviços. De outro lado, tais operadoras exercem um papel democratizante do mercado, possibilitando que uma série de comerciantes e prestadores de serviço de menor porte acesse consumidores que ordinariamente não teriam conhecimento da sua existência[13].

De fato, essas qualidades das plataformas de marketplace há muito são estudadas desde suas origens, nos anos 1980, mas principalmente desde sua explosão, nos anos 1990 com o advento das gigantes eBay e Amazon que, pouco a pouco, passaram a adotar formas de pagamento eletrônicas que foram estandardizadas com a criação da PCI (Payment Card Industry Security Standards Council), em 2004[14].

Dessa feita, a economista portuguesa Aida Isabel Pereira Tavares (escrevendo em 2003) explica em concisa síntese os vetores em que identificam e particularizam tais plataformas:

> […]
>
> **Conceito de «e-Marketplace»**
>
> Um *e-Marketplace* é um sítio na Web, ou entidade virtual, que fornece serviços de valor acrescentado a múltiplos compradores e vendedores que transaccionam via Internet, funcionando como intermediário online. Deste modo, este é um elemento terceiro que combina extensivamente

12 BISCAIA, Nádia Rubia. A Atribuição de Sujeição Passiva às Operadoras de Marketplace: Três Dimensões de Análise, *Revista Direito Tributário Atual*, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 48, p. 372-395, mai-ago, 2021, p. 373. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/a-atribuicao-de-sujeicao-passiva-as-operadoras-de-marketplace-tres-dimensoes-de-analise>. Acesso em: 01 mar. 2022.

13 BARRETO, Paulo Ayres. Limites Normativos à Responsabilidade Tributária das Operadoras de Marketplace. *Revista Direito Tributário Atual*, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 45, p.625-650, mai-ago, 2020, p. 626. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/limites-normativos-a-responsabilidade-tributaria-das-operadoras-de-marketplace/>. Acesso em: 01 mar. 2022.

14 The History Of Ecommerce: How Did It All Begin?. *Miva*, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://blog.miva.com/the-history-of-ecommerce-how-did-it-all-begin>. Acesso em: 01 mar. 2022.

um conhecimento específico do mercado com tecnologia de informação para facilitar o comércio, reinventando as *supply chain* (cadeias de abastecimento, de fornecedores), criando novos canais de distribuição e automatizando o *procurement* (aquisição) (Schwartz et ai., 1999).

[…]

As funções do «e-Marketplace»

A caracterização formal dos e-Marketplaces não especifica as funções que lhe são inerentes. Usualmente são apontadas três funções: as de agregação, as de matching ("casamento", harmonização) e as de facilitação.

Por **agregação** entende-se a possibilidade que os e-Marketplaces têm em juntar compradores e vendedores sob o mesmo tecto, de forma a beneficiarem de economias de escala, de gama e de rede (Bailey & Bakos, 1997). Nesta função, os preços são estáticos, podendo ser públicos ou privados (Kaplan & Sawhney, 2000). Uma importante característica desta função é também a existência de externalidades de rede parciais, isto é, mais um comprador (ou vendedor) beneficia os vendedores (ou compradores) que estão no e-Marketplace.

[…]

O **maching** de compradores e vendedores concretiza-se na possibilidade de fazer corresponder as exigências da procura aos produtos e condições oferecidas (Bailey & Bakos, 1997). Assim, utiliza-se um mecanismo de negociação dinâmica de preços em tempo real (Kaplan & Sawhney, 2000).

[…]

Por último, a função da **facilitação** das transacções, que mais não é do que a melhoria das condições de transacção do mercado, pela redução dos custos operacionais (Malone et 01., 1987), pelo fornecimento de serviços financeiros para pagamentos (Dai & Kauffman, 2002), de entrega, de logística e de confiança (Bakos, 1998; Bailey & Bakos, 1997), para protecção dos compradores e vendedores de comportamentos oportunistas de outros participantes no mercado[15].

A difusão dessas plataformas de marketplace hoje (especialmente em razão das condicionantes causadas pelo COVID-19), mostra-se quase universal, com certas plataformas intermediando tanto a com-

15 TAVARES, Aida Isabel Pereira. O mercado electrónico e os "e-marketplaces". *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*. vol. 2, n. 1. Brasília, jan. 2003, p. 50-58. ISSN 2674-5941, p. 56-57. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbpg/article/view/79360/75915. Acesso em: 01 mar. 2022, grifos da autora.

pra e venda de bens e serviços, quanto seu transporte (por exemplo, "*Ifood*", "*Uber Eats*", etc., para a comercialização e transporte de alimentos), além da intermediação dos pagamentos (por exemplo, as *holdings* "*Mercado Livre*" com a plataforma "*MercadoPago*"; e a "*Universo Online*" – UOL – com a plataforma "*PagSeguro*").

Logo, afigura-se relevante a análise do uso dessas ferramentas para o aumento da efetividade no recebimento dos créditos e no pagamento dos débitos oriundos de operações tributárias, notadamente em razão da evidente facilitação oferecida pelas plataformas de comércio eletrônico para a realização dos mais diversos negócios. Outrossim, plataformas de *e-commerce* estilo *marketplace* afiguram-se como meios significativos do Estado obter essa maior efetividade.

3 Da inadimplência e recuperação de crédito fiscal

À vista da necessidade concreta ao enfrentamento da inadimplência ao pagamento das obrigações fiscais (por um lado) e das enormes possibilidades advindas do impulso pela digitalização (Lei 14.129/2021) combinado com a existência de tantas ferramentas aptas a promover a solução alguma parcela dos problemas (por outro lado), aparenta ser, de certa forma, natural que soluções digitais devam ser implementadas na solução das dificuldades enfrentadas pelo Fisco.

Nada obstante, sem um exame (ao menos preliminar) das causas dessas dificuldades enfrentadas pela inadimplência e as técnicas de se combatê-la, torna-se impossível a verificação da efetiva necessidade da implantação dessas plataformas no contexto aqui estudado, bem como a conveniência e/ou adequação das mesmas.

3.1 A inadimplência e o custo da recuperação dos créditos fiscais

Como já exposto acima, a inadimplência dos débitos fiscais é o primeiro ponto de inflexão para que seja dado movimento, no seio da Administração, de procedimentos destinados à recuperação do crédito fiscal.

Pesquisas e levantamentos junto aos Órgãos de Pesquisa (especialmente pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, doravante IPEA) pelo Conselho Nacional de Justiça (doravante CNJ) levaram a conclusões bastante claras no que toca à realidade econômica da execução fiscal.

Sendo esse procedimento destinado a executar dívidas das Pessoas Federadas e demais órgãos legitimados (tais como conselhos profissionais – OAB, CREA, CRC, etc.) há um evidente ponto de equilíbrio onde

o custo de manutenção da máquina burocrática supera o montante de tributos (ou multas, etc.) recuperados através dessas execuções.

Problemas no contexto da execução fiscal são objeto de debates e pesquisas há anos pelo CNJ, sempre merecendo nos relatórios da "*Justiça em Números*" um tratamento específico e especial, tendo em vista o evidente gargalo existente aí. Na última edição desse relatório (2021), o CNJ pontua que as execuções fiscais são, no Poder Judiciário, a principal causa de congestionamento e morosidade:

> […] O tempo de giro do acervo desses processos é de 6 anos e 10 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente.
>
> […]
>
> O tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal baixado no Poder Judiciário é de 8 anos e 1 mês.
>
> […]
>
> Os Tribunais da Justiça Federal apresentam os maiores tempos de tramitação dos processos de execução fiscal, em média 10 anos e 11 meses (Figura 124). A Justiça Estadual leva em média 7 anos e 10 meses para baixar um processo de execução fiscal, enquanto a Justiça do Trabalho 6 anos e 5 meses e a Justiça Eleitoral 5 anos e 11 meses[16].

Todos esses fatos se juntam para onerar o Estado Brasileiro na tramitação dos processos judiciais, o que se agudiza no caso das execuções fiscais (pois sua função precípua é a arrecadação de tributos que não foram pagos pelo contribuinte). Pesquisa encomendadas pelo CNJ ao IPEA (publicadas em 2011), chegou à conclusão, ao estudar a execução fiscal na Justiça Federal, de que o custo médio da execução fiscal (incluindo recursos e embargos à execução) é de R$ 4.685,39 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos), sendo R$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais) apenas para o trâmite da execução em primeiro grau, sem a apresentação de recursos e/ou embargos à execução[17].

Essa mesma pesquisa também demonstrou que apenas 33,9% (trinta e três por cento e nove décimos por cento) das execuções obtêm êxito (ou seja, obtêm o pagamento de alguma forma, seja por expropriação, parce-

16 Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021, p. 175-181.

17 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Conselho Nacional de Justiça. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: CNJ, 2011, p. 25-26.

lamento, pagamento, adjudicação, etc.), resultando numa proporção de 67,1% (sessenta e sete por cento e um décimo por cento) execuções sendo julgadas em desfavor da Fazenda, cujo resultado se subdivide em[18]:

1. 27,7% de sentenças reconhecendo a prescrição ou decadência;
2. 17% de sentenças declarando o cancelamento da inscrição do débito;
3. 11,5% de sentenças de extinção sem julgamento do mérito;
4. 8% de sentenças declarando a remissão do débito; e
5. 1,6% de sentenças acolhendo exceção ou embargos do devedor.

Essas pesquisas demonstram, portanto, que a execução fiscal possui eficácia aproximada de apenas 1/3 (hum terço, ou seja, apenas uma em três demandas obtém êxito em obrigar o devedor a pagar o montante devido), de modo que (tendo-se em mente o custo de R$ 4.368,00 – quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais – para cada execução fiscal), é imperativa a adequação do comportamento da Fazenda na busca por seus créditos a fim de maximizar a efetividade de seus atos e não desperdiçar recursos públicos em atos inúteis.

Essa realidade (atinente à execução fiscal) também se fez sentir na Justiça Estadual do Espírito Santo, de modo que no Estado do Espírito Santo foram editadas leis para racionalizar os esforços empreendidos na recuperação de créditos através da execução fiscal. Ainda em 2004, foi promulgada a Lei Estadual nº 7.727/2004, que (nos art. 1º, I e II) dispensou a inscrição em dívida ativa de créditos até 100 VRTE (no caso de crédito não-tributário, o patamar é de 5.000 VRTE) e a cobrança judicial até 5.000 VRTE.

Especificamente quanto às execuções fiscais já ajuizadas, a Lei Estadual nº 9.747/2011 também tutela a possibilidade do Procurador do Estado pedir o arquivamento da demanda judicial, caso a dívida executada seja de até 50.000 VRTE, não tenha sido objeto de oposição pelo executado, não exista garantia ou penhora, nem que o débito esteja com a exigibilidade suspensa.

Logo, mesmo aqui já é possível de se ver que existe um gargalo quanto aos métodos de recuperação de crédito fiscal inadimplidos, o que indica que há uma demanda represada quanto às soluções possíveis ao Estado na recuperação desses créditos, clamando por soluções inovadoras quanto a essas soluções.

18 Idem, p. 19-21.

3.2 Limitações à recuperação do crédito inadimplido

Outro ponto a se levar em consideração quando da consideração da problemática da recuperação dos créditos fiscais diz respeito à existência de questões laterais à própria execução que afetam diretamente a efetividade dela.

A começar pela principal delas, que é a própria busca do devedor – haja vista que o simples fato do Fisco obter êxito na citação pessoal do devedor aumenta a probabilidade da execução ser bem-sucedida da média, que é 33.9% (trinta e três por cento e nove décimos por cento), para 45% (quarenta e cinco por cento)[19], causando um aumento de 32% (trinta e dois por cento) na eficácia das execuções – temos que ela não se trata de uma questão de simples solução, pois consiste num problema multifatorial cuja solução torna-se progressivamente mais difícil com o transcurso do tempo (por exemplo, porque o contribuinte modifica seu domicílio, encerra suas atividades, dentre outras).

Junte-se a isso o fato de que, como exposto na introdução, existe todo um universo de razões porque o contribuinte pode deixar de adimplir os tributos que deve pagar, desde fatores externos e totalmente alheios à sua vontade até o dolo de fraudar o fisco através da redução ou supressão do pagamento de um tributo.

Disso, pode-se extrair a conclusão de que todo meio que facilite o pagamento do tributo devido (por exemplo, concedendo condições menos gravosas ao seu pagamento e/ou induzindo a vontade do contribuinte) induz seu adimplemento.

Por conta disso, os meios digitais proporcionados pela legislação contemporânea, como a Lei do Governo Digital (Lei 14.129/2021), se mostram meios adequados a propiciar essa facilitação.

É importante notar, também, que essa facilitação é uma via de duas mãos: tanto facilita a comunicação do contribuinte com o fisco, quanto do fisco com o contribuinte, podendo ser um meio para otimizar as comunicações com ele e propiciar mecanismo eficaz de induzir sua vontade ao pagamento do débito tributário pendente.

Outro ponto que apresenta um gargalo significativo diz respeito aos créditos que não possuem meios para serem adimplidos pelo contribuinte, seja pela razão que for. Como demonstrado acima, o estudo técnico do IPEA apresentado ao CNJ comprovou que 27,7% (vinte e sete por cento e sete décimos de por cento) das sentenças em processos de execução fiscal na Justiça Federal declararam a decadência ou

19 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Conselho Nacional de Justiça. Op Cit., p. 19-20.

prescrição do crédito. Trata-se de montante altamente expressivo de execuções que são inexitosas pelo simples decurso do tempo.

Evidentemente, a adoção das medidas citadas acima (como as advindas da Lei do Governo Digital – Lei 14.129/2021) podem constituir uma forma de solução, mas é claro que nessa dificuldade específica esse tipo de solução tecnológica não traria o leque de oportunidades como no caso anterior, mesmo porque aqui se tratam de questões muito mais complexas e com pontos de estrangulamento à recuperação do crédito fiscal que são radicalmente distintas do primeiro ponto (problemas quanto à citação do executado em execução fiscal já ajuizada).

Aqui, inclusive, estamos lidando (em parte) com créditos cuja execução sequer deveria ter sido ajuizada (como no caso das sentenças de decadência). Nada obstante, mesmo esses créditos poderiam ser recuperados de outras formas, dentre as quais a alternativa estudada neste artigo, qual seja, a cessão do crédito / débito fiscal – o que, evidentemente, pode e deve ser feito por meio digital.

De outra forma, a limitação na negociação desses créditos torna espinhosa a solução à extinção das execuções fiscais inexitosas devido a limitações legislativas (ou melhor, pela falta dessa disposição ou pela omissão legal).

Parte deste ponto de estrangulamento foi solucionado com a digitalização dos acervos de processos administrativo e judicial pela Fazenda (Estadual ou Federal[20]), por um lado, bem como as respectivas Autoridade Fiscais passaram a atender a critérios mais estritos no ajuizamento de novas demandas (no caso de Espírito Santo, das Leis Estaduais 7.727/2004 e 9.747/2011), causando a redução expressiva no acervo processado, como mostrado acima.

Aqui, portanto, temos a terceira fonte de estrangulamento na recuperação de créditos fiscais, advindos do inadimplemento do contribuinte: a sua impossibilidade de cessão. Nada obstante, devido ao enorme potencial que surge em caso de ser possível essa cessão de créditos, trataremos dessa possibilidade como hipótese hábil à solução de expressiva quantidade de créditos a recuperar.

20 Quando da realização de seu estudo, o IPEA fez questão de fazer notar que maior parte do acervo de execuções fiscais em trâmite na Justiça Federal (98.7% - noventa e oito por cento e sete décimos por cento) tramita por meio físico: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Conselho Nacional de Justiça. Op Cit., p. 21.

3.3 Possíveis benefícios na supressão dos gargalos à recuperação de créditos fiscais inadimplidos

As análises dos gargalos no tópico anterior mostram como soluções ligadas às técnicas e mecanismos digitais podem trazer benefício à Fazenda Pública. Apenas a título de hipótese, apliquemos os mesmos parâmetros descritos pelo IPEA no caso do Estado do Espírito Santo. Tomando a realidade de processos fiscais nesse Estado, segundo descrito no relatório do CNJ[21], temos que de um total de 6.942 execuções fiscais estaduais atualmente em tramitação, sendo que provavelmente 27,7% destas serão sentenciadas com a declaração de prescrição e/ou decadência do débito (já se encontram 945 – novecentos e quarenta e cinco – feitos baixados aguardando o decurso do prazo). Noutras palavras, cerca de 1.923 (hum mil, novecentos e vinte e três) feitos provavelmente se encerrarão com a declaração de prescrição e/ou decadência.

Supondo-se que os custos de processamento dos feitos em primeiro grau permaneceram estáveis desde o relatório do IPEA (publicado em 2011), resultando num custo de R$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais) apenas para o trâmite da execução em primeiro grau, temos um dispêndio aproximado de R$ 8.399.664,00 (oito milhões, trezentos e trinta e nove mil, seiscentos e sessenta e quatro reais) pelo Estado que nunca terá qualquer efetividade (soma nada insignificante, considerando que o total de dívida ativa inscrita em Janeiro de 2022 era R$ 44.863.524,00 – quarenta e quatro milhões, oitocentos e sessenta e três mil, quinhentos e vinte e quatro reais[22]).

Levando em consideração o momento de intenso ajuste fiscal e o endividamento público generalizado (que deve chegar a R$ 6,4 trilhões até fins de 2022[23]), como parte das medidas de enfrentamento à crise do COVID-19, não se afigura minimamente razoável um desperdício tão elevado de recursos públicos, *a fortiori* que tal perda de recursos resulta do trâmite inexitoso de procedimento destinado à recuperação de tributo inadimplido.

Assim, o ganho para a Fazenda Estadual é evidente: além de deixar de perder quantia milionária causada por demandas inexitosas, passaria a obter ganho com a recuperação desses créditos inadimplidos. Para o contribuinte, também, existe evidente benefício, não só através do pa-

21 Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021, p. 227.

22 ESPÍRITO SANTO. GECOG/SEFAZ. Secretaria do Estado da Fazenda. *Balancetes*. Vitória, 2022. Disponível em: <https://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancetes/balancete01_2022.pdf>. Acesso em 28 jun. 2022.

23 MÁXIMO, Wellton. Dívida pública pode alcançar até R$ 6,4 trilhões em 2022. *Agência Brasil*, Brasília, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/divida-publica-pode-alcancar-ate-r-64-trilhoes-em-2022>. Acesso em: 01 mar. 2022.

gamento das dívidas, mas também com o afastamento de penalidades advindas da manutenção da inscrição em dívida ativa.

Nesse contexto, o uso da ferramenta digital sob exame – o *Marketplace* – e a possibilidade de se permitir a cessão de créditos fiscais pode trazer concretos benefícios a ambas as partes. Essas oportunidades, contudo, trazem riscos para ambas as partes, pois a possibilidade de contribuintes cederem créditos sem embasamento legal é claramente prejudicial a todas as partes. Como explicam Alcides Wilhelm e Leandro da Luz Neto, comentando o PL 2.209/2020:

> Parte desse risco está no fato dos contribuintes desconhecerem do assunto e focarem apenas na vantagem econômica, com a consequente redução dos tributos, sem se atentarem para as hipóteses de esquemas fraudulentos envolvendo a transferência dos créditos.
>
> Caso o projeto venha a ser aprovado, de modo a permitir a transferência dos créditos para a compensação, deve haver cautela por parte do cessionário no momento de adquirir eventuais créditos tributários. Isso significa a necessidade de verificar a existência e materialidade do crédito dos cedentes, devendo averiguar a real existência dos créditos passíveis de transferência.
>
> […] Vale destacar que a transferência evita que os cofres públicos tenham que desembolsar recursos no ressarcimento e/ou restituição, bem como em processos de cobrança (dívida ativa), proporcionando flexibilidade no uso do crédito tributário, de maneira a facilitar os meios de pagamento de tributos e a continuidade dos negócios empresariais[24].

A título exemplificativo, os referidos autores citam como casos de sucesso as plataformas para cessão de créditos (e débitos) fiscais que foram implementadas nos Estados do Paraná e de Santa Catarina. Enquanto essas plataformas não se utilizem da ferramenta de *Marketplace*, sua implementação pode lançar luzes no objeto de estudo deste artigo, pelo que serão analisados a seguir.

4 Da cessão de créditos e débitos fiscais por marketplace

Por causa das limitações impostas pela nossa metodologia, que focaliza na situação do Estado do Espírito Santo, não nos será possível

24 WILHELM, Alcides; e LUZ NETO, Leandro da. Pagamento de Débito Tributário com Crédito de Terceiro: Análise do PL 2209/20. *Consultor Jurídico – Conjur*. 21 ago. 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-ago-21/opiniao-analise-projeto-lei-220920>. Acesso em: 01 mar. 2022

a análise de todos os sistemas estaduais que possibilitam a cessão de créditos de ICMS. Nada obstante, por amostragem, contrastamos outros dois sistemas ao do ES: dos Estados de Santa Catarina, Paraná e Espírito Santo. O último é o mais restrito.

No Estado de Santa Catarina, a possibilidade de cessão de créditos a terceiros está prevista no Regulamento do ICMS (Decreto nº 2.870/2001), para as operações e prestações que se destinem ao exterior, para as que sejam isentas ou para as que sejam imunes, desde que atendidos certos requisitos (arts. 6º c/c 40 a 40-C, RICMS). Segundo manual disponibilizado pelo sítio eletrônico do Estado, o contribuinte deve realizar uma solicitação pelo sistema eletrônico (SAT – Sistema de Administração Tributária), requerendo a reserva de certo crédito para transferência, podendo essa cessão estar condicionada a certos requisitos (por exemplo, deferimento pelo Gerente Regional da Fazenda Estadual; ou apresentação de termo de aceite do cessionário).

O Estado do Paraná, por sua vez, permite a cessão de créditos de ICMS nas hipóteses do Regulamento do ICMS (Decreto nº 7.871/2017): operações e prestações que se destinem ao exterior, que o pagamento do tributo seja diferido, para as que sejam suspensas a exigibilidade do imposto, para as que sejam isentas ou para as que sejam imunes, desde que corretamente escriturados e habilitados, atendidos certos requisitos (arts. 3º c/c 47 a 61, RICMS).

No que toca ao Estado do Espírito Santo, este também possui um programa de cessão de créditos de ICMS, conquanto tenha escopo muito mais reduzido que os outros estados supramencionados. O Decreto nº 4628-R/2020 estabelece o procedimento de cessão de créditos, exclusivamente para (art. 1º):

> I - ao desenvolvimento de projeto de investimento produtivo, de relevante interesse social e econômico, pelo contribuinte detentor dos créditos, conforme disposto no art. 2º;
>
> II - a que o saldo credor acumulado de ICMS seja utilizado pelo estabelecimento exportador, ou transferido a terceiros, para fins de:
>
> a) compensação com débito tributário de ICMS relativo a imposto, multa, acréscimos e atualização monetária;
>
> b) compensação com dívidas inscritas em dívida ativa do Estado, ajuizadas ou não, cujo fato gerador tenha ocorrido até 31 de dezembro de 2018;
>
> c) aquisição de máquinas ou equipamentos utilizados em processo industrial, quando o detentor ou o destinatário vier a se instalar no

> Estado do Espírito Santo ou expandir aqui sua capacidade produtiva mediante investimento em ativo imobilizado; e
>
> d) aquisição de caminhões ou de chassi com motor, novos, efetuada por estabelecimento prestador de serviço de transporte de bem, mercadoria ou valor, para utilização no exercício de sua atividade, desde que os veículos sejam emplacados no Estado do Espírito Santo.

Além dessa limitação de escopo, o Decreto Estadual também condiciona a cessão a um processo administrativo, que depende do acolhimento pelo chefe da Gerência Tributária, da Secretaria da Fazenda, após aprovação pela Procuradoria Geral do Estado e pelo Secretário de Estado da Fazenda (art. 6º).

O grande diferencial entre todos esses sistemas é o fato dos dois primeiros serem automatizados (perfazendo-se por *software* ou por sistema de inteligência artificial), enquanto o último depende da revisão manual e individualizada de agentes do Estado.

Ainda que todos esses sistemas sejam distintos entre si, todos eles são compatíveis com o estabelecimento de uma plataforma de *Marketplace* para realização dessa cessão de créditos. Isso porque tal plataforma (através de mecanismos de "agregação, *matching* e facilitação") poderá acelerar o procedimentos de verificação e constituição do crédito a ser cedido (por exemplo, apenas autorizando a cessão dos créditos que preencham os requisitos legais), do casamento entre cedentes e cessionários (por exemplo, limitando o acesso à plataforma àqueles que estejam habilitados a ceder e adquirir tais créditos), e facilitação (por exemplo, automatizando – e acelerando – os procedimentos de acolhimento ou rejeição da cessão, reduzindo a atuação dos agentes do Estado aos casos-limite / "*hard cases*" ou de impugnação).

No caso do Estado do Espírito Santo, inclusive, por positivar hipóteses de cessão relativamente mais restritas, a utilização da plataforma de *Marketplace* poderia levar a uma enorme otimização do processo administrativo, uma vez que automatizaria a análise de viabilidade de todas as autoridades competentes e aceleraria a obtenção, pelos contribuintes, do incentivo econômico pretendido (art. 1º, do Decreto). Ademais, a utilização desse tipo de plataforma também poderia conduzir a uma maior regularidade fiscal, por parte dos contribuintes, para poderem gozar dessa plataforma.

5 Conclusões

A partir deste breve estudo, foi possível verificar a urgente pressão que a digitalização exerce sobre o contexto da execução fiscal, em espe-

cial tendo em mente a difícil busca por celeridade (art. 5º, LXXVIII, CF) e efetividade jurídica das ferramentas usadas na busca pela pretensão jurídica estatal – a recuperação de tributos inadimplidos.

A digitalização de muitos aspectos do procedimento fiscal já trouxe algum benefício à execução fiscal, como demonstram a evolução de produtividade exposta nos estudos "Justiça em Números" do CNJ, mas a limitação do uso dessas ferramentas apenas à área judicial é claramente um gargalo.

O uso de plataformas digitais para o momento pré-processual (fase administrativa) pode redundar em um maior aproveitamento da recuperação de tributos, já que podem dar maior abertura ao contribuinte no momento de adimplir as obrigações para com o Fisco. Sobre isso, os mecanismos construídos pelos Estados de Santa Catarina e Paraná apresentam-se como exemplos de boas práticas no uso desses meios digitais. Nesse diapasão, as plataformas de *Marketplace* representam um "próximo passo" dessa digitalização: as muitas ferramentas ("agregação, *matching* e facilitação") que elas trazem em seu bojo exercem um evidente atrativo na obtenção dessa celeridade e efetividade, possivelmente em todos os aspectos administrativos.

No que toca à cessão de créditos de ICMS para se quitarem débitos junto à Fazenda Estadual, isso também se afigura como uma possibilidade. Novamente retornando aos Estados de Santa Catarina e Paraná, eles já apresentam modelos em que há essa possibilidade, apenas bastando ao Estado do Espírito Santo a ampliação das hipóteses de utilização desses créditos por via de decreto.

6 Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELOS, Reginaldo. Casas de Fundição e da Moeda no Brasil e em Portugal: Purificar o Ouro, Apurar as Técnicas, *Revista População e Sociedade*, ISSN 0873-1861-21, Portugal, Porto, vol. 21, p. 143-163, 2013, p. 146-159. Disponível em: <https://www.cepese.pt/portal/pt/populacao-e-sociedade/edicoes/populacao-e-sociedade-n-o-21/casas-de-fundicao-e-da-moeda-no-brasil-e-em-portugal-purificar-o--ouro-apurar-as-tecnicas/casas-de-fundicao-e-da-moeda-no-brasil--e-em-portugal-purificar-o-ouro-apurar-as-tecnicas/@@display-file/file/Casas%20de%20fundic%CC%A7a%CC%83o%20e%20da%20moeda%20no%20Brasil%20e%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2022

BARRETO, Paulo Ayres. Limites Normativos à Responsabilidade Tributária das Operadoras de Marketplace. *Revista Direito Tributário Atual*, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 45, p.625-650, mai-ago, 2020, p. 626. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/limites-normativos-a-responsabilidade-tributaria-das-operadoras-de-marketplace/>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BISCAIA, Nádia Rubia. A Atribuição de Sujeição Passiva às Operadoras de Marketplace: Três Dimensões de Análise, *Revista Direito Tributário Atual*, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 48, p. 372-395, mai-ago, 2021, p. 373. Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/a-atribuicao-de-sujeicao-passiva-as-operadoras-de-marketplace-tres-dimensoes-de-analise>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 2209/20*. Altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, [...]. <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2250663>. Acesso em: 01 mar. 2022.

____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.* Dispõe sobre a legislação tributária federal,[...] . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9430.htm>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021*. Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 803.629/RS 2005/0204663-0*. Relator: Ministro José Delgado – Primeira Turma. Diário da Justiça, Brasília, 26 jun. 2006, p. 126. Disponível em<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&se

quencial=651426&num_registro=200502046630&data=20061016&peticao_numero=200600102223&formato=PDF>. Acesso em 21 nov. 2021.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021.* Brasília: CNJ, 2021, p. 175-181.

____. *Resolução Nº 385 de 06/04/2021*. Dispõe sobre a criação dos "Núcleos de Justiça 4.0" e dá outras providências. Brasília: CNJ. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em 28 jun. 2022.

ESPÍRITO SANTO. GECOG/SEFAZ. Secretaria do Estado da Fazenda. *Balancetes*. Vitória, 2022. Disponível em: <https://internet.sefaz.es.gov.br/contas/contabilidade/arquivos/balancetes/balancete01_2022.pdf>. Acesso em 28 jun. 2022

____. *Decreto nº 4628-R, de 14 de abril de 2020*. Regulamenta a Lei nº 11.001, de 12 de junho de 2019 [...]. Diário Oficial do Espírito Santo. Vitória. ES. Edição 25211, de 15 abr. 2020. Disponível em: <https://ioes.dio.es.gov.br/portal/visualizacoes/html/4799/#e:4799/m:577313>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 7.727, de 12 de março de 2004*. Dispõe sobre a dispensa de inscrição em dívida ativa e cobrança judicial e administrativa de débitos para com a Fazenda Pública Estadual, nas condições que especifica. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI77272004.html>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 9.747, de 08 de dezembro de 2011*. Autoriza o arquivamento de cobranças de dívidas ativas de baixo valor. Disponível em: <http://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/LEI77272004.html>. Acesso em 28 jun. 2022.

____. *Lei nº 11.001, de 12 de junho de 2019*. Autoriza a utilização e a transferência de crédito acumulado de ICMS para terceiros e dá outras providências. Disponível em: < https://www3.al.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/lei110012019.html>. Acesso em 28 jun. 2022.

FERREIRA, Lorena Mendes. Inteligência Fiscal e a Efetividade na Recuperação de Ativos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito*

Santo, ISSN: 1808-897, Vitória: PGE/ES, v. 15, n. 15, 1º/2º sem. 2017, p. 187-204.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Conselho Nacional de Justiça. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: Relatório de Pesquisa*. Brasília: CNJ, 2011, p. 25-26.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MÁXIMO, Wellton. Dívida pública pode alcançar até R$ 6,4 trilhões em 2022. *Agência Brasil*, Brasília, 26 jan. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/divida-publica-pode-alcancar-ate-r-64-trilhoes-em-2022>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SANTA CATARINA (Estado). *Decreto n° 2.870, de 27 de agosto de 2001*. Aprova o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação do Estado de Santa Catarina.. Disponível em: < https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/decretos/2001/dec_01_2870.htm>. Acesso em 28 jun. 2022

____. Secretaria da Fazenda. *ICMS*: imposto sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços. Disponível em: https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/icms.htm#17. Acesso em: 4 maio 2022.

PARANÁ. *Decreto n.º 7.871, de 29.9.2017*. Regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação do Estado do Paraná. Disponível em: < https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/106201707871.pdf>. Acesso em 28 jun. 2022

TAVARES, Aida Isabel Pereira. O mercado electrónico e os "e-marketplaces". *Revista Portuguesa e Brasileira de Gestão*. vol. 2, n. 1. Brasília, jan. 2003, p. 50-58. ISSN 2674-5941, p. 56-57. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbpg/article/view/79360/75915. Acesso em: 01 mar. 2022, grifos da autora.

The History Of Ecommerce: How Did It All Begin?. Miva, 23 nov. 2020. Disponível em: <https://blog.miva.com/the-history-of-ecommerce-how-did-it-all-begin>. Acesso em: 01 mar. 2022.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Marketplaces: Possibilidades e Limites à sua Responsabilização no Âmbito da Tributação Indireta, Revista Di-

reito Tributário Atual, ISSN: 1415-8124, e-ISSN 2595-6280, São Paulo, n. 48, p. 136-152, mai-ago, 2021, p. 137. Disponível em: https://ibdt.org.br/RDTA/marketplaces-possibilidades-e-limites-a-sua-responsabilizacao--no-ambito-da-tributacao-indireta/. Acesso em: 01 mar. 2022

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

WILHELM, Alcides; e LUZ NETO, Leandro da. Pagamento de Débito Tributário com Crédito de Terceiro: Análise do PL 2209/20. *Consultor Jurídico – Conjur*. 21 ago. 2021. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2021-ago-21/opiniao-analise-projeto-lei-220920>. Acesso em: 01 mar. 2022

1.2

O CONTRADITÓRIO E O DEVER DAS PARTES À COLABORAÇÃO PROCESSUAL

CLÁUDIO IANOTTI *
FÁBIO SIQUEIRA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da Evolução Histórica do Princípio da Colaboração na Doutrina Brasileira. 3 Do Princípio da Colaboração no Código de Processo Civil de 2015. 4 Da Necessidade de Limites à Aplicabilidade do Princípio da Colaboração às Partes Litigantes. 5 Conclusão. 6 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil; Princípio da Colaboração; Devido Processo Legal; Contraditório.

1 Introdução

O princípio da colaboração guarda estreita ligação com a necessidade de se promover a natureza democrática da argumentação judicial. Estudado dentro da temática do princípio do contraditório, do qual é corolário, reflete a necessidade de que o processo seja participativo, com influência efetiva das partes e dos juízes na dialogicidade no que tange à argumentação, produção das provas e formação da decisão judicial. Assim, as partes podem argumentar de forma efetiva e influenciar diretamente na produção das provas e na decisão a ser proferida.

* Cláudio Iannotti da Rocha é Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Mestrado). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). É Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações de Trabalho na Contemporaneidade (UFBA-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB-CNPq). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo (UDF-CNPq). Membro Rede de Grupos de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Palestrante.

** Mestrando (aluno regular) em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES, com dissertação a ser defendida na área de Direito Processual e Material do Trabalho. Especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia. Especialização (MBA) em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes/RJ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas (UFES-CNPq). Membro do Conselho Editorial da revista científica da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/ES. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/ES. Advogado e consultor jurídico.

O magistrado, por sua vez, diante da percepção da necessidade de esclarecimentos quanto aos fatos ou argumentos ou da importância da produção de prova que repute crucial ao julgamento, mas não requerida pelas partes, deve com estas dialogar a fim de que cheguem a um consenso acerca do que deverá e poderá ser provado acerca da controvérsia posta no caso concreto.

Abordado pela doutrina brasileira há algumas décadas, o princípio recebeu expressa atenção no Código de Processo Civil de 2015, que, objetivando um processo célere, justo e efetivo, trouxe o dever de cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º) e a necessidade de o magistrado participar de forma efetiva no diálogo processual, inviabilizando a prolação de decisões surpresa e o conhecimento de matérias sem a prévia oitiva dos interessados (arts. 9º e 10).

Assim, além de conferir às partes o direito de ter ciência dos atos processuais e das alegações da parte contrária, podendo sobre eles se manifesta e refutar, o princípio do contraditório ganha contorno outro, qual seja o de as partes devem contribuir pautadas na boa fé e de forma ética para a célere resolução do conflito, colaborando diretamente com a boa prestação jurisdicional.

Embora abordada doutrinariamente há algumas décadas, trata-se de mudança de paradigma no ordenamento processual brasileiro, historicamente liberal e individualista, posto que, se anteriormente o princípio do contraditório conferia exclusivamente direitos às partes, agora encerra-lhes, diante da positivação do princípio da cooperação, também obrigações, cujos limites encontram-se nos princípios do devido processo legal e do contraditório, como trabalharemos no presente artigo.

Assim, a problemática ora proposta diz respeito à harmonização da aplicabilidade às partes do princípio da colaboração aos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, sob pena de violação destes e, como consequência, eivando o processo de nulidades.

Nesse panorama, o presente artigo visa à abordagem, sem pretensão de exaurir o tema, da necessidade de limites à aplicabilidade do princípio da colaboração às partes, no bojo do moderno processo civil, mais democrático, de contraditório participativo entre julgador e partes.

2 Da evolução histórica do princípio da colaboração na doutrina brasileira

O princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV) é considerado o pilar sobre o qual todos os demais princípios do processo civil estão estruturados, funcionando como verdadeira mola mestra. É, dessa forma, verdadeiro sustentador do processo democrático.

Como corolário lógico, serão inconstitucionais quaisquer outros princípios ou regras que o violem, direta ou indiretamente, de maneira que deverão sempre serem colocados na balança de ponderação dos princípios.

Para Nelson Nery Junior decorrem do princípio do devido processo legal, automaticamente, os princípios da publicidade, do juiz natural e do contraditório, entre outros:

> "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process f law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.
>
> Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do "devido processo legal" o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular"[1].

Como se verifica, é do princípio do devido processo legal que deriva o princípio do contraditório, do qual a doutrina tradicionalmente enumera duas garantias diretas, quais sejam o de as partes terem ciência de todos os atos do processo e da possibilidade de contraditá-lo, mediante argumentação e produção de provas.

E é exatamente do princípio do contraditório que decorre o princípio da colaboração, objeto do presente trabalho, razão pela qual será inconcebível qualquer tentativa de supervalorização de qualquer outro princípio, em seu detrimento.

Décadas antes da positivação do princípio da colaboração no Brasil a doutrina lançava as bases do instituto, sempre preocupada com a impossibilidade de a prestação jurisdicional ser satisfatoriamente entregue sem efetiva participação das partes.

Em escrito publicado em 1981, Humberto Theodoro Junior registra, ainda sem elevar a cooperação ao status de princípio, a necessidade de o magistrado dirigir o processo em sinergia com as partes:

> "Na dosagem da aplicação do poder de procurar provas de ofício, é que reside a verdadeira sabedoria do magistrado. Isto porque, embora dirija com autoridade e soberania o processo, cumpre fazê-lo

1 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7a ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 32-33.

> em estreita cooperação com as partes, sem anular suas iniciativas, e ciente, acima de tudo, de que a garantia maior de solução justa é a sua imparcialidade frente aos interesses privados em conflito. E imparcialidade não há quando o juiz se dispõe a buscar ele mesmo a prova, fora dos autos, que reputa necessária para acolher ou rejeitar o pedido em julgamento"[2].

A cooperação é aqui tratada como obrigação do julgador para com as partes, de maneira a impedir a produção de provas de ofício. Se o magistrado entende ser fundamental ao deslinde da demanda a produção de prova além das requeridas pelas partes, deve participar a estas a sua intenção e, dialogicamente, chegarem a um denominador sobre objeto do litígio e provas a serem produzidas de maneira a solucioná-lo.

Influenciados por doutrinadores italianos e alemães, José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover são apontados como os primeiros autores brasileiros a mencionarem o princípio da colaboração em seus escritos, no final da década de 1980[3].

Porém, foi Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que propôs os novos alicerces ao princípio do contraditório no Brasil, através de uma divisão do trabalho desenvolvido pelos sujeitos processuais, sugerindo que o princípio pressupõe a intervenção das partes mediante equitativa distribuição de poderes, faculdades e deveres, defendendo alto teor de dialeticidade ao processo:

> "O mesmo se passa no concernente à valorização jurídica da realidade externa ao processo, tarefa em relação à qual podem e devem as partes aportar a sua cooperação. Investigação dessa ordem de modo nenhum pode constituir, hoje, labuta exclusiva do órgão judicial"[4].

Assim, a cooperação é tratada como poder/dever das partes na elucidação de fatos, conduzindo para além do magistrado a tarefa.

Nos idos de 2000 Cândido Rangel Dinamarco enumerava as vantagens da efetiva participação das partes na construção do convencimento do magistrado:

---

2 THEODORO JR., Humberto . *"Princípios gerais do direito processual civil"*. In: *Revista de processo*, vol. 23. São Paulo: RT, 1981, p. 173-191.

3 ZANETI Jr., Hermes. *"O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo"*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (org.), *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro*: Forense, 2018. p. 142-153.

4 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "*O Juiz e o Princípio do Contraditório*". In: *Revista de processo*, vol. 71. São Paulo: RT, 1993, p. 31-38.

> "Em qualquer sistema processual é imenso o valor da oferta de meios de participação aos litigantes, porque ordinariamente são eles os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conhecendo melhor os fatos relevantes e os meios de prova disponíveis em cada caso. Além disso, a realidade mostra que o interesse pessoal é sempre a mais eficiente mola da vida dos direitos e da sua efetividade. Quem vem a juízo postular ou resistir é movido pela aspiração ao bem da vida litigiosa, seja para obtê-lo (autor, demandante), seja para conservá-lo (réu, demandado). Sabido que o processo tem o escopo magno de eliminar conflitos, não só é natural que às pessoas envolvidas nestes se confie a iniciativa de instaurá-lo, sendo proibido ao juiz fazê-lo de ofício; como ainda que se conte com a participação de cada um em busca de solução favorável"[5].

Sendo os litigantes os detentores de conhecimento sobre os fatos narrados no processo e os maiores interessados em alimentar o processo, sua participação é não somente importante, mas indispensável à busca da justiça.

É interessante registrar que o autor paulista elenca serem três as formas de participação das partes: a) pedindo; b) alegando; c) provando.

Posteriormente a doutrina relacionou o princípio da cooperação à boa-fé processual objetiva, como o fez Antonio do Passo Cabral, em abordagem sobre o dever que decorre do contraditório:

> "Nota-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição. Dinamarco afirma que "o juiz exerce a jurisdição com a colaboração das partes" e essa dialética processual acaba revertendo em prol da "boa qualidade da prestação jurisdicional"[6].

Na mesma esteira, Daniel Mitidiero, em sua tese de doutoramento, registrou que "no modelo do processo cooperativo, que é necessariamente um "*debido processo leal*", além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo[7].

---

5 DINAMARCO, Cândigo Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

6 CABRAL, Antonio do Passo. "*O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*". In: *Revista de processo*, vol. 126. São Paulo: RT, 2005.

7 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual*

Tem-se uma obrigação em sentido estrito. Devem as partes litigarem com boa fé, apesar de seus antagônicos interesses. De fato, ética e boa fé são atitudes indispensáveis aos sujeitos do processo civil moderno.

Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o princípio do contraditório não encerra suas funções na ciência dos atos processuais pelas partes e pela possibilidade de contraditá-los, como no paradigma processual anterior, lançando, dessa forma, premissas para o princípio da colaboração.

> "Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra iura novit curia, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores"[8].

Sendo vedado surpreender as partes com questões não discutidas anteriormente, é imprescindível sua participação mesmo quando a iniciativa de produzir determinada prova for do órgão jurisdicional.

Para Antonio do Passo Cabral o princípio do contraditório possui características que, para muito além do direito à contraposição de argumentos antagônicos, assume no princípio deveres de colaboração dos litigantes e de participação do magistrado no debate judicial. Assim, invocando ordenamentos de origem germânica, defende, ainda, que o verdadeiro sentido do termo contradizer ultrapassa a simples ideia de manifestar-se em sentido oposto:

> "Contradizer significa manifestar-se contrariamente, em sentido oposto. O significado literal do princípio nos idiomas de origem latina fornece-lhe conotação que por vezes ofusca a real compreensão de seu alcance. Sem embargo, nos ordenamentos de origem germânica, evita-se a idéia de contrariedade de interesses e se utiliza a cláusula "direito de uma oitiva jurídica" (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), pre-

civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Porto Alegre, Porto Alegre, 2007.

8 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "*A Garantia do Contraditório*". Academia de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

> visto, por exemplo, no art.103 da *Grundgesetz* alemã, em consonância com o artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art.8.o da Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica). Trata-se de a fórmula de grande simplicidade e notável densidade normativa: direito a uma justa audiência, o direito de ser ouvido"[9].

Para muito além de ter conhecimento e poder contestar fatos, argumentos e provas antagônicas a seus interesses, as partes podem participar efetiva e decisivamente na construção da decisão a ser ao final proferida, já que nenhum fato, prova ou fundamentação jurídica nova poderá ser utilizada para a fundamentar.

Como se verifica nesta breve abordagem, a doutrina pátria lançou bases sólidas sobre o que viria a ser o princípio da cooperação processual, até a sua positivação no CPC de 2015.

Nessa esteira, os artigos 6º e 10º do novo código, que expressam o dever de cooperação das partes e juízes em nosso sistema processual, serão objeto de análise no próximo tópico.

3 Do princípio da colaboração no código de processo civil de 2015

Antes de abordarmos os dispositivos do código de 2015 sobre o dever de cooperação, é importante registrar que a doutrina já mencionava a presença de dispositivos que tratavam da cooperação processual no Código de Processo Civil de 1973.

Antônio do Passo Cabral destaca os artigos do Código de Processo Civil de 1973 que abordavam o tema:

> "O art. 14 do CPC (LGL\1973\5) versa acerca dos deveres das partes (e de seus procuradores) e, em seu inc. II, encerra o núcleo axiológico do princípio da probidade: o dever de lealdade. Aponta a doutrina que seriam desnecessárias quaisquer outras disposições a respeito, pois todas as demais consubstancia cláusula genérica de conduta ética. O art. 17 do CPC (LGL\1973\5) complementa o art. 14 do CPC (LGL\1973\5), especificando as condutas que configuram litigância de má-fé. E o art. 18 do CPC (LGL\1973\5) reitera o disposto no art. 16 do CPC (LGL\1973\5), impondo ao infrator indenização à parte contrária dos prejuízos causados pela litigância de má-fé. Essas são

9 CABRAL, Antonio do Passo. "*O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*". In: *Revista de processo*, vol. 126. São Paulo: RT, 2005.

> as disposições gerais acerca do princípio da probidade, mas se reconhecem, ao longo do estatuto processual civil, outras regras esparsas no mesmo sentido"[10].

Nota-se que ética, lealdade e boa fé processual são elementos caracterizadores do dever de cooperação no código anterior.

Ainda sob a vigência do CPC de 1973 a doutrina apontava consequências para o não atendimento aos deveres de colaboração, como inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, CF/1988), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC de 1973) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC de 1973)[11].

Posteriormente, a Lei 10.358/2001 deu nova redação ao art. 14 do CPC de 2013, majorando as sanções ao litigante de má-fé, prevendo severas multas pecuniárias e explicitou que todos os participantes do processo (e não apenas as partes) são destinatários dos preceitos éticos contidos na lei.

Adiante, já por ocasião da sanção do novo código de processo civil em 2015, a doutrina festejava a então iniciativa de positivação da cooperação dos atores do processo para a prestação jurisdicional:

> "Verifica-se, pois, que, em perfeita simetria com o princípio da publicidade e com o denominado princípio da cooperação entre os protagonistas do processo, a garantia do contraditório é expressamente contemplada no artigo 9º ("*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*"), e, ainda, de algum modo, referenciada nos seguintes artigos do CPC/2015: 10, 18, par. ún., 98, § 1º, VIII, 115, 135, 329, II, 371, *caput* e § 2º, 372, 437, § 1º, 493, 503, § 1º, II, 511, 592, 853, 962, § 2º, 983, 1.023, § 2º, 1.036, § 2º. E isso bem demonstra a preocupação do legislador em resguardar, de forma pormenorizada, o contraditório, que é considerado cânone fundamental do processo"[12].

10 CABRAL, Antonio do Passo. "*O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*". In: *Revista de processo*, vol. 126. São Paulo: RT, 2005.

11 ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. "*Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório*". In: *Revista de processo*, vol. 304. São Paulo: RT, 2020, p. 17-37.

12 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Supremacia da garantia do contraditório no Novo Código de Processo Civil*. Revista Consultor Jurídico, 28 de abril de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc. Acesso: 04 abr. 2022.

Como se verifica, para além do campo doutrinário, também no direito positivo brasileiro a cooperação fincava, paulatinamente, suas bases, hoje sólidas.

O CPC de 2015 consagra, sem deixar dúvidas, o princípio da colaboração como um dos pilares do novo processo civil brasileiro. Dentre suas normas fundamentais (arts. 1º ao 12), estabelece, de forma imperativa, que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (art. 6º), "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 10º) e "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

Dessa forma, os sujeitos do processo possuem o direito e a obrigação legal de dialogarem entre si, objetivando a prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, sendo estes os objetivos explícitos da positivação do princípio.

Como decorrência do princípio da colaboração, o código prevê deveres especificamente aplicáveis às partes e ao julgador.

As partes possuem: a) deveres de esclarecimento (art. 321, §único), segundo o qual a petição inicial deve ser redigida com clareza e coerência; b) deveres de lealdade, como o dever de observar a boa-fé objetiva (art. 5º), deveres processuais (arts. 77 e 78), e o dever de não litigar de má-fé (arts. 79 a 81). Quanto aos juízes: a) deveres de esclarecimento, inquirindo as partes sobre os fatos (art. 139, VIII), ao determinar a emenda ou complementação da petição inicial (art. 321) e ao dialogar com as partes sobre questões complexas (art. 357, §3º); b) deveres de diálogo, como oitiva antes do deferimento de tutelas provisórias (art. 9º), sobre questões não levantadas palas partes (art. 10), calendarização processual (art. 191), integralização ou esclarecimento de argumentos em audiência (art. 357, §3º), ao enfrentar todos os argumentos das partes (art. 489, §1º, IV), sobre fato novo que deve ser levado em consideração (art. 493) e ao debater sobre precedentes vinculantes aplicáveis (art. 927, §1º); c) deveres de prevenção, ao determinar a correção de vícios (arts. 4º, 139, IX, 488, 932, §único, 1.017, §3º e 317), ao suprir o preparo recursal (art. 1.007, §§ 2º, 4º e 7º); c) deveres de auxílio, como na obtenção de dados do réu (art. 319, §1º), ao distribuir dinamicamente o ônus da prova (art. 373, §1º), na adoção de medidas para a obtenção de documentos (art. 400, §único) ou informações (art. 772, III)[13].

13 ZANETI Jr., Hermes. "*O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo*". In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (org.), *Processo civil contemporâneo:*

Em nosso sentir, conquanto seja louvável a iniciativa de expressar no novo código uma nova cultura processual, de cunho mais dialógico, participativo e, portanto, mais democrático, objetivando que a prestação jurisdicional seja célere, justa e efetiva, não cuidou o legislador de elencar critérios e situações objetivas nos quais o princípio deva ou não ser aplicado, deixando ao subjetivismo do magistrado a imposição de obrigações e sanções às partes, o que é de todo temerário.

Assim, cabe à doutrina e à jurisprudência a fixação de limites, de critérios objetivos dentro dos quais o princípio poderá ou não ser aplicado.

Em nosso sentir, os limites encontram-se no direito das próprias partes à defesa de seus interesses, em estrita observância aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

É o que abordaremos no próximo capítulo.

4 Da necessidade de limites à aplicabilidade do princípio da colaboração às partes litigantes

Em ensaio datado de 2010, quando entrou em vigor o então projeto do novo código de processo civil, Marcelo José Magalhães Bonício já identificava problemas na positivação do instituto. Questionava a ausência de elementos objetivos para a compreensão de sua dimensão e aplicabilidade, já que o perfil mais publicista do novo diploma processual pretendia instituir um dever genérico de colaboração entre partes e juízes[14].

Conquanto existam grandes diferenças redacionais entre o art. 8º[15] do então projeto e o art. 6º do novo código, ambos evidenciam que a maior preocupação reside na celeridade da prestação jurisdicional. Enquanto o projeto propunha que as partes deveriam contribuir para a rápida solução da lide, o código estabelece, no art. 6º, que os sujeitos do processo devem colaborar para que a decisão de mérito seja obtida em tempo razoável.

Nos parece fora de dúvida que o objetivo magno do legislador é impor celeridade à marcha processual. É o que consta expressamente no texto legal.

estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr., Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 142-153.

14 BONICIO, Marcelo José Magalhães; "*Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo código de processo civil brasileiro*". In: *Revista de processo*, vol. 190. São Paulo: RT, 2010, p. 210-230.

15 Na ocasião, o projeto do novo código de processo civil previa, no art. 8º, que "As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios".

Evidentemente, a efetividade da prestação jurisdicional está intimamente ligada ao fator tempo. Mas uma rápida decisão de mérito pode comprometer a segurança jurídica. São elementos que brigam entre si e precisam ser sopesados no curso do processo.

Segurança e efetividade são cláusulas pétreas consagradas na Constituição Federal de 1988, A segurança está relacionada à coisa julgada, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, enquanto que a efetividade é resguardade pelo acesso que todos têm ao Judiciário e que nenhuma lesão ou ameaça deixará de ser apreciada (art. 5º, XXXV).

"Para a efetiva segurança é preciso cognição exauriente, ampla possibilidade probatória, regular e irrestrito contraditório; assim, naturalmente um processo marcado com essas características tem o condão de durar necessariamente para que todas essas circunstâncias sejam plenamente satisfeitas. De outro lado, é exatamente essa demora que faz com que a prestação da tutela jurisdicional seja comprometida, eis que essa duração, muitas vezes excessiva, torna inútil a prestação da tutela. Isto é, a duração do processo impede a efetividade"[16].

José Carlos Barbosa Moreira, em ensaio datado de 2001 sobre o futuro da justiça, já acusava como grande erro o apontar a demora da prestação jurisdicional como uma de suas principais mazelas. O festejado doutrinador aponta quatro equívocos em tal afirmação. Primeiramente, que não é problema exclusivamente brasileiro; segundo, porque o maior clamor do jurisdicionado não é por um rápido desfecho do processo; terceiro, não está na legislação o problema da lentidão da justiça; quarto, o maior problema da justiça não é a demora[17].

Assim, revela-se no mínimo equivocado buscar uma célere prestação jurisdicional a qualquer preço, de maneira que a segurança jurídica e princípios como o do devido processo legal e do contraditório não podem ser inobservados para que o processo tenha rápido desfecho.

Dito de outra forma, o processo deve ser tão rápido (eficiente) quanto possível (respeitados os direitos dos litigantes). Valemo-nos uma vez mais das palavras de José Carlos Barbosa Moreira, em ensaio sabiamente intitulado "O processo, as partes e a sociedade":

> "O órgão judicial deve estar atento e impedir que o perigo se converta em dano: a condução do processo há de assegurar-lhe toda a rapidez possível, sem prejuízo do respeito aos direitos dos liti-

16 JORGE, Flávio Cheim. "*Relação Processual e Contraditório nas Diversas Espécies de Execução*". In: *Revista de Processo*, vol. 114, 2004, p. 301-312.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*O futuro da justiça*". In: *Revista de Processo*, vol. 102, 2001, p. 228-238.

> gantes, ainda quando estes não se mostrem dispostos a colaborar. Em nosso ordenamento, "o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial" (art. 262). Descumpre inescusavelmente o preceito o juiz que condescende com manobras protelatórias ou, em termos mais amplos, subordina à vontade dos litigantes, ou à de qualquer deles, o exercício de uma atribuição que a lei lhe confia[18].

É inegável que uma das maiores críticas ao poder judiciário brasileiro repousa na demora do processo. Passam-se anos desde o ajuizamento até o trânsito em julgado e, muitas vezes, outros tantos até o efetivo cumprimento da decisão definitiva.

Neste particular, são preciosas as palavras de Carlos André Álvaro de Oliveira:

> "Quando a urgência não se revele com todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil se apresente a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver perigo a prevenir, a postergação do contraditório não estará autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimen to da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos novos para tanto. Somente com o atendimento desses requisitos, insista-se, tanto de natureza for-mal quanto material, pode se dar interferência no princípio do contraditório. Além disso, o rigor ismo aqui preconizado tem assento em considerações de ordem prática, pois a experiência brasileira mostra que a liminar tende a se perpetuar pela lei da inércia, passando de regulação provisória a regulação definitiva da lide. Por outro lado, o contraditório imediato possibilitado pelo emprego do agravo de instrumento, embora permita a imediata revisão do provimento cautelar ou antecipatório por tribunal de segundo grau, também por provimento liminar, age por meio de juízo de aparência, sem tempo suficiente de maturação. Trata -se, portanto, de um contraditório imediato, mas de certa forma mitigado em razão dessas circunstâncias"[19].

De fato, não será somente entregando uma prestação jurisdicional célere que o poder judiciário se legitimará diante da sociedade. De

18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O processo, as partes e a sociedade". In: *Revista de Processo*, vol. 125, 2005, p. 279-288.

19 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "*A Garantia do Contraditório*". Academia de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

nada adiantariam decisões rápidas, mas em desrespeito aos mais elementares princípios do direito processual, como o do devido processo legal e o do contraditório, dos quais são corolários amplos debates e produção de prova robusta. É preciso buscar o ponto de equilíbrio para que se possa alcançar celeridade e prestação jurisdicional de qualidade.

De mais a mais, o princípio da legalidade impede que a parte seja compelida a praticar atos probatórios que extrapolam o exercício de seu direito de se defender em juízo, ainda que sob a alegação de que as partes devam cooperar.

Nesse sentido, Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes sugerem algumas diretrizes à aplicabilidade do princípio, considerando que, na grande maioria das vezes, o processo é formado por partes que litigam entre si:

> "Desse modo, as partes devem, entre si, um dever de cooperação, ao mesmo passo que se espera tal postura do órgão judicial. É preciso, contudo, dimensionar o dever de cooperação das partes tendo em vista a natureza litigiosa – no mais das vezes – do processo judicial: o que se espera do autor e do réu não é um auxílio mútuo no tocante à pretensão e à defesa deduzidas em juízo; espera-se, isto sim, que colaborem para a construção de um processo justo, a partir de um debate orientado por argumentos claros e lógicos, articulados na forma e no tempo de propiciar as respectivas respostas. Isso não significa que deixe de haver antagonismo de interesses entre as partes e, muito menos, que a elas não seja dado escolher uma estratégia para a defesa de seus direitos, sob pena de se violar o acesso à Justiça e à ampla defesa. Tal estratégia é limitada pelos deveres de lealdade e boa-fé – no sentido de não se admitirem desvios de finalidade com vistas a prejudicar ou surpreender a parte adversa – e, sobretudo, pela necessidade de se preservar a natureza democrática do debate judicial"[20].

Portanto, é ilusório e ilegal impor às partes que a cooperação implique auxílio mútuo entre as partes. A colaboração tem por objetivo melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, mas não pode ser argumento para que as partes colaborem entre si, reciprocamente.

Não é de surpreender que o princípio da cooperação tem recebido severas críticas, que chegam a pôr em cheque a sua constitucionalidade.

Possivelmente um dos maiores questionadores nacionais à cooperação, à qual, inclusive, recusa-se a reconhecer de princípio, Lênio Luiz Streck enfaticamente desfere-lhe duros golpes, indo contra desde

20 ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. "*Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório*". In: *Revista de processo*, vol. 304. São Paulo: RT, 2020, p. 17-37.

a escolha da nomenclatura até por em cheque sua constitucionalidade – justamente na medida em que a constituição confere às partes o direito ao contraditório, enquanto que o CPC fala e deveres dele decorrentes.

Antes mesmo da positivação do princípio, STRECK já escrevia a respeito, considerando-o fruto de um neoconstitucionalismo que conduz à uma atuação discricionária do magistrado:

> "Nesse contexto também se inserem, mais proximamente, as teses do positivismo inclusivo de Robert Alexy, que, ao apostar na construção de regra da ponderação para a solução dos hard cases, não abre mão do protagonismo representado pelo solipsismo judicial, que se manifesta pelo poder discricionário. Observe-se como a expressiva maioria dos autores adeptos do neoconstitucionalismo brasileiro (Luis Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos, entre outros) e do(s) neoprocessualismo(s) (Fredie Didier e Eduardo Cambi, por exemplo) não abrem fogo contra o poder discricionário. Para eles, o poder discricionário é uma fatalidade. Algo do tipo "é assim porque não tem como ser de outro jeito". De modo geral, há um traço em comum entre essas posturas: a aposta na ponderação de valores de cariz alexyano. Outros, mesmo que não apostem diretamente na ponderação (ou em suas variantes), colocam suas fichas no poder dos juízes de "descobrirem valores". E assim seguimos"[21].

Os questionamentos de STRECK merecem reflexão. Até que ponto é possível atribuir força cogente a princípios, sem que isso redunde em aumento de discricionariedades e decisões arbitrárias? Será que o chamado neoconstitucionalismo não tem colaborado com o ativismo judicial para muito além do razoável, comprometendo até mesmo o princípio federativo?

De certa forma vencido em seus argumentos pela positivação do dever de cooperação dos sujeitos do processo, o constitucionalista gaúcho passou a defender, no mínimo, que lhe seja dada interpretação conforme a constituição:

> "Não estamos de implicância. Preocupam-nos as palavras, que não valem como signos "em si", mas por toda rede simbólica que entretém e que não fica esquecida: a tradição vem à fala. Eis a tarefa hercúlea de lidar com a "consciência dos efeitos da história", tentando ler o Direito sempre "sob a melhor luz". Aqui não vai qualquer

21 STRECK, Lenio. "*Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou* "Colaboração no Processo Civil" é um princípio? In: *Revista de Processo*, vol. 213, 2012, p. 13-34.

> metodologização para abrir a interpretação, senão o reconhecimento de que os princípios a fecham, acabando com discricionariedades do juiz e também do legislador. Assim, para não expungir o artigo 6º. do novo CPC e salvá-lo, a única solução parece ser uma *interpretação conforme*, em algo como: "~~Todos os sujeitos do processo~~ [leia-se: o juiz] devem cooperar ~~entre si~~ [leia-se: com as partes] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva" (tachado, grifo e interpolação nossas)"[22].

Parece-nos correto pensar na mesma linha do que defende STRECK, que o princípio da cooperação encerra maiores deveres ao magistrado do que às partes. A estas, permanecem hígidos os direitos decorrentes do devido processo legal e do contraditório. Àquele, o dever de dialogar e oportunizar às partes que participem ativamente nos debates sobre fatos e argumentos e produção de provas.

Também autor de severas críticas ao modelo cooperativo de processo, bem como à sua positivação pelo CPC de 2015, Igor Raatz defende a inexistência de previsão constitucional para o modelo positivado pelo art. 6º, cuja força normativa questiona veementemente. Em sua perspectiva, inexiste o tão propagado modelo cooperativo, que seria, em verdade, uma frustrada tentativa de conciliar os modelos dispositivo e inquisitorial – cuja abordagem ultrapassa os objetivos deste trabalho - , sendo centrado, portanto, na figura do magistrado e sem sustentação constitucional[23].

Fredie Didier Júnior, em breve artigo que objetiva breve apresentação do instituto, afirma que o princípio da cooperação é destinado ao magistrado, para que este assuma posição de agente colaborador no processo, de participante ativo do contraditório. Não se trata de ampliar os poderes instrutórios ou de efetivação do juiz. Antes, significa a adoção de postura de diálogo com as partes e demais sujeitos do processo, seja esclarecendo dúvidas, pedindo esclarecimentos, ou dando orientações necessárias. Prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Gera três deveres ao julgador: esclarecimento, consulta e prevenção[24].

Caminhando para a conclusão, rememoramos ensinamento precioso de José Carlos Barbosa Moreira, que não desvincula a obrigação

---

22 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a constituição*. Consultor Jurídico. 23 de dezembro de 2014. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 28 dez. 2020.

23 RAATZ, Igor. "*Revisitando a "Colaboração Processual*": Ou uma autocrítica tardia, porém necessária". In: *Revista de processo*, vol. 309. São Paulo: RT, 2020, p. 41-71.

24 JÚNIOR, Fredie Didier. "*O princípio da cooperação: uma apresentação*". In: *Revista de Processo*, vol. 127, 2005, p. 75-79.

das partes em colaborar com o órgão julgador no esclarecimento de fatos e na produção de provas, possibilitando um julgamento mais justo, não sem antes, contudo, garantias partes as garantias do devido processo legal e do contraditório, para uma plena defesa de seus interesses:

> "Tanto maior, conforme bem se compreende, a necessidade de assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo em que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também - e sobretudo - uma colaboração prestadia no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los. Avulta aqui, como postulado de boa administração da justiça, o respeito escrupuloso do chamado "princípio do contraditório"; audiatur et altera pars. Em linha de princípio, seja pouco dizer que nenhum litigante pode ver-se repelido em razão de prova a cujo conhecimento não tivesse possibilidade de acesso; cumpre acrescentar que ao órgão judicial, na motivação in facto da sentença, não é dado levar em conta senão elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real (e não apenas nominal) de participar[25].

Somos da opinião que o princípio da cooperação processual, como já dito, enseja maiores obrigações aos julgadores do que às partes. Ao revés, a estas amplia direitos, conferindo participação ativa no processo. As partes possuem direito constitucional ao devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Por mais que devam colaborar com o órgão julgados para que a prestação jurisdicional seja célere, justa e efetiva, jamais poderão ser compelidos a atuarem contrariamente aos seus interesses.

5 Conclusão

Como abordado no presente artigo, a positivação do princípio da cooperação é de todo festejável, posto que reflete a consagração de uma nova cultura processual, mais democrática, dialética, em contraponto com o paradigma anterior, de cunho liberal, individualista.

No entanto, a inexistência de critérios ou hipóteses objetivos de sua aplicabilidade às partes, pode ensejar violação aos princípios do

25 MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A garantia do contraditório na atividade de instrução". In: *Revista de Processo*, vol. 35, 1984, p. 231-238.

devido processo legal e do contraditório, do qual a colaboração é corolário natural.

Conquanto encerre ampla participação das partes nas alegações, pedidos e produção de provas, robustecendo o princípio do contraditório, é preciso que haja limites ao julgador que pretendesse, sob o palio do princípio da colaboração, impor obrigações às partes que pudessem comprometer os seus próprios interesses no processo.

Dessa forma, o princípio da cooperação, diferentemente do que ocorre com os juízes, para as partes configura-se mais como um direito do que propriamente um dever.

Nunca é demais rememorar que a atuação do magistrado deve ser imparcial, isonômica, equânime, enquanto que as partes estarão sempre permeadas por seus próprios e legítimos interesses. É política, portanto, sua atuação no processo.

Assim, e tomando por base tudo o que foi exposto neste breve artigo, parece-nos cristalino que o legislador pátrio, ao positivar como princípio a cooperação das partes para que o processo seja célere, justo e efetivo, reconfigurou as obrigações dos magistrados para com as partes, de maneira que, ao tempo em que impede julgamentos que contenham surpresas aos jurisdicionados, confere-lhes, a cada momento processual, o direito-dever de colaborar efetivamente esclarecendo os fatos e argumentos, bem como participar ativamente na produção das provas.

6 Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "*O Juiz e o Princípio do Contraditório*". In: *Revista de processo*, vol. 71. São Paulo: RT, 1993, p. 31-38.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "*A Garantia do Contraditório*". Academia de Direito Processual Civil. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2021.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. "*Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório*". In: *Revista de processo*, vol. 304. São Paulo: RT, 2020, p. 17-37.

BONICIO, Marcelo José Magalhães; "*Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no projeto do novo código de processo civil brasileiro*". In: *Revista de processo*, vol. 190. São Paulo: RT, 2010, p. 210-230.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº. 166, de 2010. Dispõe Sobre a Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <

https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550297&ts=1594037215623&disposition=inline>. Acesso em: 03 jan. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. "*O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*". In: *Revista de processo*, vol. 126. São Paulo: RT, 2005.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto do CPC*. Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em: < https://www.iabnacional.org.br/iab-na-imprensa/jose-rogerio-tucci-garantia-constitucional-do-contraditorio-no-projeto-do-cpc>. Acesso em 07 dez. 2020.

DINAMARCO, Cândigo Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 125.

JORGE, Flávio Cheim. "*Relação Processual e Contraditório nas Diversas Espécies de Execução*". In: *Revista de Processo*, vol. 114, 2004, p. 301-312.

DIDIER, Jr., Fredie. "*O princípio da cooperação: uma apresentação*". In: *Revista de Processo*, vol. 127, 2005, p. 75-79.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Porto Alegre, Porto Alegre, 2007.

MITIDIERO, Daniel. "*Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*". In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, p. 55-68.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*A garantia do contraditório na atividade de instrução*". In: *Revista de Processo*, vol. 35, 1984, p. 231-238.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*O futuro da justiça*". In: *Revista de Processo*, vol. 102, 2001, p. 228-238.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*O processo, as partes e a sociedade*". In: *Revista de Processo*, vol. 125, 2005, p. 279-288.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7a ed. São Paulo: RT, 2002, pp. 32-33.

RAATZ, Igor. "*Revisitando a "Colaboração Processual": Ou uma autocrítica tardia, porém necessária*". In: *Revista de processo*, vol. 309. São Paulo: RT, 2020, p. 41-71.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a constituição*. Consultor Jurídico. 23 de dezembro de 2014. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 28 dez. 2020.

STRECK, Lenio. "*Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "Colaboração no Processo Civil" é um princípio*? In: *Revista de Processo*, vol. 213, 2012, p. 13-34.

THEODORO Jr., Humberto . "*Princípios gerais do direito processual civil*". In: *Revista de processo*, vol. 23. São Paulo: RT, 1981, p. 173-191.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Supremacia da garantia do contraditório no Novo Código de Processo Civil*. Revista Consultor Jurídico, 28 de abril de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc. Acesso: 04 abr. 2022.

ZANETI Jr., Hermes. "*O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo*". In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al (org.), *Processo civil contemporâneo: estudos em homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Jr.*, Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 142-153.

1.3

PARECERES JURÍDICOS E CONTROLE DO CUMPRIMENTO DAS RECOMENDAÇÕES FEITAS PELA ADVOCACIA PÚBLICA: A LEI Nº 14.133/2021 MUDA TUDO*

CLAUDIO MADUREIRA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sobre a prática comumente verificada na esfera administrativa e sobre a lógica que orientou a sua concepção no âmbito das procuradorias. 3 Sobre a irrelevância/falsidade/superação normativa dos argumentos pragmáticos comumente invocados para justificar a prática administrativa denunciada. 3.1 Sobre a irrelevância teórica de ambos os argumentos pragmáticos construídos nesse contexto. 3.2 Sobre a falsidade do argumento segundo o qual o retorno dos autos à Advocacia Pública não seria conveniente e oportuno para a Administração. 3.3 Sobre a superação normativa do argumento segundo o qual a prática administrativa denunciada traria maior conforto aos advogados públicos no seu relacionamento com o controle externo. 4 Sobre o equívoco do argumento jurídico construído para justificar a prática administrativa denunciada. 5 À guisa de conclusão. 6 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações; Contratos administrativos; Controle jurídico; Advocacia Pública.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo procurar induzir a com-

* Este trabalho se associa ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo), ao Laboratório de Processo e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (LAPROCON-PPGDI-UFES) e à linha de pesquisa Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos, do mesmo Programa de Pós-Graduação, com área de concentração em Justiça, Processo e Constituição, que assume como objetivo geral a estruturação do processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio do crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça. Sua construção, ademais, revela a evolução do pensamento expressado pelo autor na obra "Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do modelo brasileiro de processo" (Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 254-274), proporcionado pelos debates travados em Projeto de Pesquisa Especial mantido junto à Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE), com o tema "A Nova Lei de Licitações e Contratos na Administração Pública do Estado do Espírito Santo: diagnóstico da interferência da Lei nº 14.133/2021 nas boas práticas administrativas desenvolvidas pela Administração Pública Estadual e pela PGE/ES"

** Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Graduado em Direito e Economia pela UFES, Professor Adjunto Efetivo do Departamento de Direito da UFES, com atuação nos Cursos de Graduação e Mestrado, Docente da Escola Superior da PGE/ES (ESPGE) e da Escola Superior de Advocacia de Estado da PGE/RJ (ESAP), Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

preensão de que prática administrativa comumente verificada em processos de licitações/contratações públicas, consistente na prolação de pareceres jurídicos que veiculam recomendações cujo atendimento acaba não sendo checado pela Advocacia Pública, é incompatível com a atividade de controle jurídico que lhe foi adjudicada pela Constituição da República (arts. 70, 131 e 132) e pela Lei nº 14.133/2021 (art. 53 e pp. 3º e 4º). Analisamos os textos normativos disponíveis e fizemos cuidadosa revisão da literatura jurídica. Depois disso, confrontamos essa prática administrativa aos dispositivos constitucionais/legais aplicáveis, para demonstrar que os pareceres lavrados pelos advogados públicos não encerram simples opinamento, porque o Direito Brasileiro impõe a esses profissionais que exerçam efetivo controle jurídico sobre os atos praticados pela Administração, o que, do nosso ponto de vista, parece tornar imprescindível o retorno dos autos para a verificação, no âmbito das procuradorias, do cumprimento das recomendações neles gravadas. A pesquisa tem implicações sociais importantes, porque, na medida em que se propõe a superar o mito de que a atividade jurídica desenvolvida pelos procuradores nos processos de licitações e contratações públicas seria meramente opinativa, contribui para o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle exercidos nesse contexto, possibilitando, com isso, a prevenção de atos de corrupção e/ou da malversação de recursos públicos.

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) condiciona o prosseguimento do processo licitatório (art. 53, *caput*[1]), inclusive para efeito da divulgação de editais de licitação (art. 53, p. 3º[2]), e a conclusão de processos que encartem contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes e adesões a atas de registro de preços, de outros instrumentos congêneres e de seus termos respectivos aditivos (art. 53, p. 4º[3]) à realização de controle jurídico pelo "órgão de assessoramento jurídico da Administração". Assim, diferentemente do que acontecia na vigência da Lei nº 8.666/1993, que apenas impunha a efetiva realização de controle jurídico sobre minutas de editais, contratos, acordos, convê-

1 Lei nº 14.133/2021. "Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará *controle prévio de legalidade mediante análise jurídica* da contratação" (grifos nossos).

2 Lei nº 14.133/2021. "Art. 53 [...] § 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a *divulgação do edital de licitação* conforme disposto no art. 54" (grifos nossos).

3 Lei nº 14.133/2021. "Art. 53 [...] § 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração

nios ou ajustes (art. 38, p. único[4]), sob a égide da Lei nº 14.133/2021 esse controle jurídico passa a ser endereçado a todos os atos praticados nos processos de licitação e contratação pública (art. 53 e pp. 3º e 4º).

Essa atividade de controle jurídico encontra-se submetida, em regime de exclusividade, à Advocacia Pública. Em primeiro lugar porque os artigos 131[5] e 132[6] da Constituição da República conferem a ela o exercício de atividades consultivas (consultoria e assessoramento jurídico)[7] e contenciosas (representação judicial e extrajudicial)[8] na esfera administrativa. Em segundo lugar porque o artigo 70[9] da mesma Carta Política confere o controle administrativo (inclusive sob os aspectos jurídicos, designado pelo constituinte como *controle de legalidade*) não apenas aos *órgãos externos de fiscalização e controle*, inclusive pelos Tribunais de Contas (que assessoram o Poder Legislativo no controle legislativo) e pelo Ministério Público (que atua, como advogado da sociedade, no controle jurisdicional), mas também ao *controle interno*, com

4 Lei nº 8.666/1993. "Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração" (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

5 CRFB. "Art. 131. A *Advocacia-Geral da União* é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, *representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe*, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, *as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo*" (grifos nossos).

6 CRFB. "Art. 132. *Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal*, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, *exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas*" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nossos).

7 A atividade de consultoria jurídica destina-se à orientação dos agentes estatais sobre como deve se dar a aplicação do Direito. Afinal, como leciona Ricardo Marcondes Martins, "o Estado de Direito [...] veda o arbítrio dos agentes públicos", vinculando a atuação estatal à aplicação de normas jurídicas, o que faz com que, em concreto, o exercício da função pública pressuponha a concretização do ordenamento posto por esses agentes estatais (MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.55, 2011, p. 141-142). A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 100-107.

8 No contencioso judicial, por sua vez, os advogados públicos atuam como partícipes da atividade cognitiva desenvolvida pela comunidade de intérpretes no campo da aplicação do Direito (cf. MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 117-268, passim). Além disso, compete aos advogados públicos, depreenderem, no exercício de sua atividade contenciosa, que o ato impugnado foi praticado em desrespeito ao Direito pátrio, promover a realização de autocomposição no processo e/ou abster-se da apresentação de defesas e recursos (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 339-355). Assim, a exemplo da atividade consultiva, também essa função típica deve ser exercida, num Estado de Direito, como forma de controlar a juridicidade da atuação da Administração Pública (Cf. MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, dez. 2010. Ao ensejo, ler, também, MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 107-108.

9 CRFB. "Art. 70. A *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, *e pelo sistema de controle interno de cada Poder*" (grifos nossos).

destaque para a atuação das controladorias (órgãos centrais de controle interno) e, no que concerne aos aspectos jurídicos, da Advocacia Pública. Em terceiro lugar porque o controle jurídico reclamado pelo artigo 70 da Lei Maior, pelo caput do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 e por seus parágrafos 3º e 4º, quando exercido no âmbito interno da Administração, é desempenhado no contexto do exercício, pela Advocacia Pública, de suas atividades consultivas e contenciosas[10]. Em quarto lugar porque, no ambiente estatal, essa atividade de controle jurídico não pode ser desempenhada, seja por advogados privados (cuja atuação fica circunscrita à prestação dos chamados serviços especializados de advocacia[11]), seja por servidores comissionados e terceirizados (dada a sua vinculação direta como governantes/gestores e a possibilidade da sua exoneração *ad nutum*[12]).

A constatação, nesses termos, de que o Direito Brasileiro impõe a realização de controle jurídico sobre todos os atos praticados nos processos de licitação e contratação pública (Lei nº 14.133/2021, art. 53 e pp. 3º e 4º) e de que essa atividade de controle é necessariamente desempenhada pela Advocacia Pública (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70) parece ir de encontro a prática *relativamente comum em processos administrativos que encartam a licitações e contratações públicas*, consistente na *prolação de pareceres jurídicos que veiculam recomendações cujo atendimento pela Administração acaba não sendo checado* pelas procuradorias (*pareceres condicionais*).

O objetivo deste trabalho é procurar demonstrar que essa prática, para além de comprometer a eficácia do controle jurídico reclamado pelo constituinte e pelo legislador, abrindo campo para a configuração, em concreto, de atos de corrupção e da malversação de recursos públicos, é contrária ao Direito, em especial no regime da Lei nº 14.133/2021, o que passa pela definição, no plano da Ciência, sobre se a prolação de pareceres pela Advocacia Pública encerra, em rigor, efetivo controle dos atos praticados, ou se apenas comporta (como em geral se afirma no âmbito das procuradorias) simples veiculação de opiniões jurídicas.

---

10 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 109-113. Em mesmo sentido, cf. (DI PIETRO, Maria Sylvia. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996, p. 17), (CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 2, jan./dez. 2003, p. 248) e (AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 56).

11 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 270-276.

12 Cf. MADUREIRA, *Claudio. Advocacia Pública*, p. 276-281.

2 Sobre a prática comumente verificada na esfera administrativa e sobre a lógica que orientou a sua concepção no âmbito das procuradorias

Quando um processo administrativo é remetido à Advocacia Pública (por exemplo) para análise de uma minuta de edital de licitação, espera-se que seus integrantes, no exercício da sua atividade de controle jurídico do agir administrativo, (i) verifiquem se a minuta construída pela *Administração atende*, *ou* se *não* atende, *as exigências legais*, (ii) *emitam manifestação conclusiva* sobre o tema, *apontando os problemas verificados e indicando as cláusulas que devem ser incluídas, excluídas ou modificadas* e (iii) *recomendem*, sempre que verificarem a necessidade de modificações na minuta analisada, (iii.1) que os agentes estatais responsáveis pela sua elaboração realizem as *adequações necessárias* e (iii.2) que *submetam a nova versão construída* (tendo em vista as recomendações encartadas no parecer) *a nova avaliação da procuradoria*[13].

O mesmo ocorre em processos que comportam consultas jurídicas sobre como deve se dar a aplicação do Direito na esfera administrativa, nos quais a *Advocacia Pública pode ser questionada* (ainda exemplificativamente) *sobre ser viável contratação direta de determinada prestação* (em substituição à realização de processo licitatório), ou *sobre ser possível o aditamento do contrato firmado com o licitante vencedor* (em substituição à realização de nova licitação, ou, se for o caso, de contratação direta), ou, ainda, *sobre ser admissível a anulação do contrato, tendo em vista a configuração de vício jurídico* (em substituição à preservação dos seus efeitos, fundada no instituto da convalidação[14]); situações em que *o que se espera dos advogados públicos é que se manifestem conclusivamente sobre se é viável/possível/admissível* (nos casos concretos analisados) *a contratação direta* (definindo, portanto, se ela pode ser formalizada, ou se a Administração precisa realizar licitação), o *aditamento do contrato* (definindo se estão presentes os pressupostos legais necessários à sua instrumentalização, ou se dele resultaria burla à competição entre os interessados) *ou*

13 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 255.

14 Qualificada por Celso Antônio Bandeira de Mello como "suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos", apenas admitida, tendo em vista a construção doutrinária que se formou sobre o tema, "quando o ato possa ser produzido validamente no presente", ou seja, quando "o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 473-474), mas que passou a poder ser realizada, no regime da Lei nº 14.133/2021, mesmo quando se cogita da nulidade absoluta dos atos praticados, porque Esse novel diploma legal determina, também para as situações em que a irregularidade for insanável, que a decisão da Administração sobre suspensão/nulidade do contrato somente seja adotada quando se revelar medida de interesse público (art. 147, *caput*). A propósito, cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 436-440.

a sua anulação (definindo se houve vício no processo licitatório que o antecedeu, ou então na sua própria execução, bem como se esse vício é insanável, de modo a obstar a convalidação do ato)[15].

Porém, a despeito disso, é *recorrente na prática administrativa* a substituição dessa análise pela prolação de *pareceres que enumeram os requisitos que o legislador impõe* para a construção do edital (com relação ao primeiro exemplo), bem como (no que diz respeito aos exemplos subsequentes) por *manifestações no sentido de que a licitação/contração direta, o aditamento e/ou a anulação/convalidação cogitados serão viáveis se forem observados os cuidados nela expressados* (pareceres condicionais); num contexto em que *os processos seguem aos agentes estatais responsáveis* pela realização de licitações e pela formalização/execução de contratações públicas *para as adequações necessárias*; mas *não retornam às procuradorias para verificação quanto ao atendimento* (ou não) *das recomendações formuladas* (substituição de atividade de controle jurídico por atividade meramente opinativa).

Essa prática administrativa parece fundamentar-se, principalmente, em três argumentos comumente articulados na esfera administrativa: (i) um primeiro, de ordem prática, segundo o qual não seria conveniente e oportuno para a Administração devolver os processos à Advocacia Pública para investigação sobre se as recomendações contidas nos pareceres foram efetivamente cumpridas; justificada, para o público externo (*aparência*), na necessidade de conferir maior celeridade à tramitação dos processos, visto que as licitações e contratações públicas se destinam à aquisição de bens e serviços necessários ao atendimento das necessidades da sociedade, mas que em *essência* podem ter origem em razões inconfessáveis, relacionadas a atos de corrupção, à malversação de recursos públicos ou na simples preguiça administrativa; (ii) um segundo, também pragmático, e que muitas vezes apenas vem à tona para consumo interno nas procuradorias, no sentido de que a prolação de pareceres contendo recomendações cujo cumprimento não seria adiante verificado pela Advocacia Pública (pareceres condicionais) traria maior conforto ao advogado público no seu relacionamento com o controle externo, porque teria a potencialidade de reduzir o seu comprometimento pessoal com os atos praticados pela Administração, do que resultaria (sob certa ótica) maior proteção contra iniciativas dos controladores externos por tentar responsabilizá-los pessoalmente, de forma solidária com os demais agentes estatais com atuação no processo, quando discordam de seus pareceres; e (ii) um terceiro, de fundo jurídico, e que em princípio poderia ser sustentado à luz do Direito pátrio (pelo menos até a edição da Lei

15 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações*, contratos e controle administrativo, p. 255-256.

nº 14.133/2021), consistente na afirmação de que a análise desenvolvida pela Advocacia Pública seria meramente opinativa, não encerrando por isso atividade de controle jurídico[16].

3 Sobre a irrelevância/falsidade/superação normativa dos argumentos pragmáticos comumente invocados para justificar a prática administrativa denunciada

A afirmação, na esfera administrativa, de que não seria conveniente e oportuno que os processos retornem à Advocacia Pública para investigação sobre se recomendações contidas nos pareceres neles consignadas foram efetivamente cumpridas e de que a prolação de pareceres condicionais traria maior conforto ao advogado público no seu relacionamento com o controle externo não tem o condão de tornar admissível, no plano dos fatos, a prolação, em processos de licitação e contratação pública de pareceres que enunciam (em orientação jurídica) recomendações a serem cumpridas pelos agentes estatais consulentes (pareceres condicionais), num contexto em que o atendimento a essas recomendações não será checada pelas procuradorias (em controle jurídico).

É que, como teremos a oportunidade de adiante expor e demonstrar, para além desses argumentos pragmáticos serem irrelevantes para orientar atividade administrativa plenamente vinculada, porque tem a sua prática disciplinada pela Constituição da República (art. 70) e pela Lei nº 14.133/2021 (art. 53 e pp. 3º e 4º), o primeiro deles (quanto a não ser conveniente e oportuno para a Administração a devolução do processo às procuradorias para verificação sobre se as recomendações formuladas no parecer foram efetivamente atendidas) lastreia-se em falsa premissa, ao passo que o outro (no sentido de que a prolação de pareceres condicionais conferiria maior conforto aos advogados públicos no seu relacionamento com o controle externo, em especial para prevenir o risco da sua responsabilização pessoal quando os controladores discordarem de suas opiniões jurídicas) encontra-se integralmente superado por modificações legislativas recentemente introduzidas em nosso ordenamento jurídico.

3.1 Sobre a irrelevância teórica de ambos os argumentos pragmáticos construídos nesse contexto

Os argumentos (práticos, ou pragmáticos) segundo os quais o retorno dos autos à Advocacia Pública não seria conveniente e oportuno para a Administração (porque atrasaria desnecessariamente a tramita-

16 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 256.

ção do processo) e para os advogados públicos (porque traria a eles maior conforto em seu relacionamento com o controle externo) são absolutamente irrelevante para motivar tomadas de posição (na esfera administrativa) pela obrigatoriedade (ou não) da checagem pelos procuradores sobre se as recomendações consignadas em seus pareceres foram efetivamente atendidas pelos agentes estatais que atuam nos processos de licitação e contratação pública[17].

É que a análise jurídica desenvolvida nesse contexto encerra atividade administrativa plenamente vinculada[18], quer porque a Constituição da República conferiu à Advocacia Pública, juntamente como o exercício de atividades consultivas e contenciosas (arts. 131 e 132), a atividade de controle jurídico do agir administrativo (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70), quer porque (mais recentemente) também a Lei nº 14.133/2021 passou a impor (e de forma taxativa) a ela (Advocacia Pública) que exerça efetivo controle jurídico sobre os processos licitatórios (art. 53, *caput*), sobre os editais de licitação (art. 53, p. 3º) e sobre contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos (art. 53, p. 4º).

3.2 Sobre a falsidade do argumento segundo o qual o retorno dos autos à Advocacia Pública não seria conveniente e oportuno para a Administração

Para além de ser irrelevante, *o argumento pragmático* (ou de conveniência administrativa) *construído* (no sentido de que a verificação do cumprimento das recomendações formuladas nos pareceres emitidos pela Advocacia Pública teria a potencialidade de atrasar a tramitação dos processos) *também se lastreia em premissa falsa*[19].

Em primeiro lugar porque a adoção, pela Administração, de pareceres que contém recomendações cujo atendimento não será checado pelos seus formuladores (já que os processos não retornarão,

17 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 256-257.

18 A propósito, Bandeira de Mello nos recobra que há "atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 836). Para o publicista, há discricionariedade (e, portanto, espaço para tomadas de posição fundadas em razões de conveniência e oportunidade) quando o legislador confere certa margem de liberdade de avaliação ou decisão ao Administrador (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 430), o que não se verifica na hipótese analisada.

19 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 257-258.

na sequência, às procuradorias) desafia a lógica que governa (ou que pelo menos deveria governar) os atos humanos. Afinal, de que valeria a formulação das referidas recomendações? Se o propósito da Administração é o de conferir maior celeridade à tramitação dos processos, porque motivo, então, eles seriam remetidos às procuradorias para a prolação de pareceres? Ora, *ou temos pareceres com recomendações cujo cumprimento será checado na sequência*, ou então *não precisamos de pareceres*. Afinal, na prática, remeter processos às procuradorias para a prolação de pareceres cujas recomendações não terão o seu cumprimento averiguado é o mesmo que não solicitar a prolação de pareceres, com a vantagem de que, nesse último cenário, os processos tramitarão ainda mais rápido.

Em segundo lugar porque o próprio legislador estabeleceu, no texto legal, ferramentas jurídicas adequadas para induzir a desejada simplificação do procedimento. A principal delas resulta da previsão, no texto da Lei nº 14.133/2021, (i) de que a Administração Pública (considerada em sua acepção mais geral, composta pelos entes/órgãos/entidades das três esferas da Federação Brasileira) pode instituir modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno e (ii) de que as Administrações Públicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem passar a adotar as minutas padronizadas pelo Poder Executivo Federal (art. 19, IV), dispensando, quanto a ambas, desde que exista previsão em ato da autoridade jurídica máxima competente (portanto, do Procurador-Geral ou Advogado-Geral respectivo), o encaminhamento dos autos às procuradorias para prolação de parecer (art. 53, p. 5º).

Essa solução administrativa pode ser aplicada a um número enorme de situações, bastando-se, para tanto, que a Administração se atenha às minutas previamente padronizadas pela Advocacia Pública; medida que se apresenta, ademais, como absolutamente indispensável ao cumprimento da imposição jurídico-normativa (consignada no inciso XXI do artigo 37 da Constitucional da República) quanto a deverem as licitações (e, por consequência, as contratações públicas) assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes. Se, todavia, não for viável, em situações limite (como, por exemplo, em casos de urgência), a utilização de minutas padronizadas, ainda restam à disposição da Administração as hipóteses de *contratação direta por inexigibilidade*[20] *e dispensa*[21] da licitação.

20 Que têm lugar quando não é viável a concorrência (contratação direta por inexigibilidade de licitação).

21 Que têm lugar quando, mesmo sendo possível a concorrência, o legislador dispensa a Ad-

Há, inclusive, hipótese específica para as situações de urgência (anteriormente referidas), colhida do inciso VIII do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021[22]. Esses dispositivos tornam a prática administrativa denunciada claramente desnecessária, porque comportam solução ainda mais efetiva para induzir a celeridade na tramitação dos processos do que a prolação de pareceres condicionais sem retorno dos autos para a checagem do cumprimento das recomendações feitas por seus subscritores, na medida em que autorizam, inclusive, a dispensa da sua remessa às procuradorias (arts. 19, IV e 52, p. 5º) e a sua contratação sem licitação (art. 75, VIII).

3.3 Sobre a superação normativa do argumento segundo o qual a prática administrativa denunciada traria maior conforto aos advogados públicos no seu relacionamento com o controle externo

Esse segundo argumento pragmático se apresenta, em rigor, como consequência de distorção verificada na atividade de controle externo desempenhada sobre os processos de licitação e contratação pública, que resulta, principalmente, da confusão teórica entre "erro jurídico" e ilícito administrativo. Com efeito, a observação empírica revela que são relativamente comuns iniciativas de controladores externos, quando discordam das interpretações jurídicas veiculadas pela Advocacia Pública e posteriormente encampadas pelos agentes estatais que atuam nos processos de licitação e contratação pública, por tentar responsabilizar pessoalmente todos aqueles que participaram do processo, inclusive por ato de improbidade administrativa.

O que se afirma, no ponto, é que os atos praticados pela Administração configuram, sob a ótica dos controladores, violação ao princípio administrativo da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*), que induzia, até a edição da Lei nº 14.133/2021 e (sobretudo) quando ainda não vigoravam as modificações normativas impressas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), o risco da responsabilização dos agentes estatais envolvidos por ato de improbidade

ministração de realizá-la.

22 Lei nº 14.133/2021. "Art. 75. É dispensável a licitação: [...] VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base no disposto neste inciso".

administrativa consistente em contrariedade da princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11[23]), mais especificamente ao princípio administrativo da legalidade.

No que diz respeito especificamente a tentativas de responsabilidade pessoal de advogados públicos pareceristas, esse tipo de iniciativa era adotada mediante invocação de precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa), à consideração de que o Tribunal Constitucional teria admitido a integração de advogados públicos ao polo passivo de processos em curso nos Tribunais de Contas quando proferem pareceres vinculantes.

Essa ilação, todavia, não encontra amparo no Direito.

Em primeiro lugar porque a responsabilização de advogados públicos pareceristas sob a alegação de equívoco em suas manifestações jurídicas pressupõe que lhes seja viável antecipar, por ocasião da prolação dos seus pareceres, como os controladores se posicionarão no futuro. É que o Direito de nosso tempo é flexível[24], e por isso não comporta, no contexto da aplicação dos textos normativos aos casos concretos, uma única resposta correta[25]; o que faz com que esse tipo de iniciativa

23 Lei nº 8.429/1992. "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente" (redação original).

24 Com efeito, para além de ser inviável se cogitar da aplicação do Direito sem realizar intepretação consistente na identificação do real sentido das palavras contidas no texto normativo aplicado e na investigação sobre se esse texto normativo pode ser aplicado aos fatos sobre os quais ele incide, também influenciam nesse processo as circunstâncias (i) de o Brasil adotar (desde a promulgação da Constituição de 1891) o controle difuso de constitucionalidade, que autoriza aos intérpretes (a todos eles, e não apenas o Tribunal Constitucional) a deixarem de aplicar leis que considerem inconstitucionais e (ii) de os ordenamentos jurídicos haverem passado a adotar (após a fim da segunda metade de Século XX) normas de conteúdo mais aberto (cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminado), que passam a demandam maior esforço dos intérpretes para a sua aplicação nos casos concretos, (iii) em especial após a consolidação, no plano da Ciência, da distinção teórica entre regras de princípios, que introduziu de uma vez por todas o elemento axiológico (valor) no campo da aplicação do Direito. A propósito, cf. (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 300-306) e (MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 36-50).

25 É que as circunstâncias anteriormente mencionadas fazem com que, em concreto, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, "dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36). Grau observa, quanto a esse pormenor, que "não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven", aduzindo, ao ensejo, que "a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim", e que "não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36). Com essas considerações, esse professor paulista rejeita "a existência de uma única

desafie requisito indispensável à coercibilidade do Direito, consistente na sua predeterminação formal[26]; do qual resulta, ainda, o que Celso Antônio Bandeira de Mello convencionou chamar princípio da *exigência de voluntariedade da conduta para incursão na infração*[27].

Quanto ao particular, Bandeira de Mello observa que "o Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos", enquanto "outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer"[28]. Disso decorre, para o publicista, a impropriedade da qualificação de "alguém como incurso em infração quando inexista a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas"[29].

Essa compreensão, que, para Bandeira de Mello, é externa a considerações sobre a culpabilidade do agente (investigação sobre a configuração de dolo ou culpa), vez que incide "meramente no *animus* de praticar dada conduta"[30], é argumento suficiente ao afastamento da responsabilização do parecerista quando se está diante tão-somente de divergência entre o posicionamento jurídico por ele externado e as manifestações ulteriores dos controladores[31].

---

resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, p. 36).

26 Essa é, na verdade, uma exigência da Teoria Geral do Direito, há muito expressada por Miguel Reale (cf. REALE, Miguel. *O Direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 273), e que tem por finalidade assegurar a necessária segurança nas relações interpessoais. Reale observa, ao ensejo, que, "de todas as espécies de experiência social, o direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras" (REALE, Miguel. *O Direito como experiência*, p. 273). Para esse professor paulista, "não se compreende o direito [...] sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica", precisamente porque "o direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não dos seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de fontes" (REALE, Miguel. *O Direito como experiência*, p. 273). Daí que, conforme Reale, "o direito [...] exige predeterminação formal, sendo a lei a expressão máxima dessa exigência" (REALE, Miguel. *O Direito como experiência,* p. 273). Sobre a exigência de predeterminação formal cf., ainda: (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 42 e 63-64) e (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 312).

27 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 855.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 855.

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 855.

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo,* p. 855.

31 Cf. MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública, p. 312-313. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. Ilegitimidade da aplicação a agentes estatais de sanções fundadas em simples "erros jurídicos". *Revista quaestio iuris*, v. 10, p. 2877-2903, 2017.

Em segundo lugar porque, conforme já se afirmou em doutrina, *o Supremo Tribunal Federal não afirmou*, nos julgamentos que deram origem ao precedente, *que a tão só prolação de pareceres vinculantes autorizaria a responsabilização de advogados públicos pareceristas*[32]. O que Tribunal Constitucional assentou, em seu corpo, foi que considera viável a condução de advogados públicos pareceristas ao polo passivo de processos instaurados (nos casos julgados, pelo Tribunal de Contas da União) para apurar a responsabilidade pessoal dos agentes estatais envolvidos *quando eles se manifestarem nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993*, que remetia a eles a *aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes*.

E o fez, não porque admite a responsabilização pessoal dos pareceristas por simples divergência de opinião jurídica, mas porque entendeu que esse dispositivo legal (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único) não demandava dos advogados públicos a veiculação de ato opinativo, mas, em rigor, de autêntico ato de gestão. Essas foram as premissas que induziram a afirmação, na Ementa do julgamento, de que, "prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos"[33]. O que aconteceu, na ocasião[34], foi

32 Cf. MADUREIRA, Claudio. A responsabilização por opinião jurídica na jurisprudência do STF: descrição pormenorizada dos precedentes firmados no contexto do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584 e 24.631. In: RISK FILHO, José Carlos; DAL´COL, João Roberto de Sá; FABRIZ, Dauri Cesar; NEMER NETO, Alberto; ABREU, Lívia Dalla Bernardina; SIQUEIRA, Júlio Homem de. *Decisões notórias das Cortes Supremas e Tribunais Constitucional*, v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 129-150.

33 O entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na oportunidade pode ser inferido dos seguintes excertos do Voto condutor do julgamento, proferido pelo Ministro Marco Aurélio: "*[...] Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação*, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. [...] *A partir do momento em que ocorre*, pelos integrantes deste, *não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do contênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção da responsabilidade.* [...] Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos, aos parâmetros próprios da Administração Pública. *A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade*. Fica sujeita, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração para eximirem-se dos riscos da investigação administrativa. Longe estão de deter, em generalização nefasta, e generalização a todos os títulos inaceitável, imperdoável, o direito líquido e certo de serem excluídos de processo que busca apurar, simplesmente apurar, simplesmente esclarecer a ocorrência ou não de desvio de conduta [...]" (*grifos nossos*).

34 Ambos os feitos foram julgados na mesma sessão, que teve lugar no dia 09/08/2007. Porém, o Mandado de Segurança nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) foi apreciado anteriormente ao Mandado de Segurança nº 24.631. Por isso encontramos no segundo

que o Ministro Joaquim Barbosa (relator do Mandado de Segurança nº 24.631) sustentou, em ambos os julgamentos, que os advogados públicos podem ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas quando proferem pareceres vinculantes[35].

Todavia, e*sse seu posicionamento foi manifestado apenas de passagem no julgamento* por ele relatado (no qual o Excelso Pretório acolheu o pedido formulado, porque entendeu que, no caso analisado, o parecerista não deveria ter sido incluído no polo passivo de processo instaurado pelo Tribunal de Contas da União[36]) *e acabou sendo taxativamente rejeitado, em um e outro processo, pelos demais Ministros presentes*[37]; qualificando-se, portanto, como intepretação jurídica veiculada *obiter dictum*[38], e que por

julgamento (MS nº 24.631) alguma referência dos julgadores ao posicionamento por eles firmado quando da resolução do caso anterior (MS nº 24.584). No entanto, o acórdão que rejeitou o pedido formulado no Mandado de Segurança nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) somente foi publicado cinco meses depois (em 20/06/2008) da publicação (em 02/02/2008) da decisão colegiada que acolheu o Mandado de Segurança nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa). Talvez por esse motivo, tenha se difundido na prática jurídica a ilação de que a prolação de pareceres vinculantes possibilitaria a qualificação de advogados pareceristas como requeridos nos processos em curso nos Tribunais de Contas (manifestada pelo Ministro Joaquim Barbosa em ambos os julgamentos); adiante "corroborada" pelo reconhecimento, em acórdão (MS nº 24.584, relatado pelo Ministro Marco Aurélio) publicado meses depois (em 20/06/2008), de que determinada atividade desenvolvida por advogados (aprovação de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes) em tese suscita a sua integração ao polo passivo de processos deflagrados por órgãos de contas.

35 Consta da Ementa do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631 a seguinte afirmação: "quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir". Para essa hipótese, o Ministro Joaquim Barbosa, relator do processo, observou, no Voto que conduziu o julgamento, que "em princípio, o parecerista pode vir a responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso".

36 Barbosa se posicionou, naquele processo, pela procedência do pedido formulado pelo impetrante, um advogado público que então questionava a sua integração ao polo passivo de processo instaurado pelo órgão de contas. Assim, o Ministro Relator, muito embora tenha afirmado, nesse julgamento, que considera viável, num plano abstrato, a responsabilização dos advogados pareceristas quando proferem pareceres vinculantes, culminou por afastar a qualificação do impetrante como requerido no caso concreto submetido ao Supremo Tribunal Federal.

37 Além disso, a maioria que se formou no Tribunal nesse julgamento somente acompanhou o Ministro Joaquim Barbosa no que concerne ao acolhimento do pedido (de modo a afastar a responsabilização do impetrante), e não pela possibilidade de responsabilização dos procuradores que exaram pareceres vinculantes. A propósito, basta ver que alguns dos integrantes do Tribunal fizeram questão de registrar a sua discordância com essa opinião do Relator. No ponto, o Ministro Carlos Brito expressou que não entende "que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme em administrador". No mesmo sentido se posicionou o Ministro Marco Aurélio, quando expos que "parecer, enquanto parecer, é parecer", que a sua prolação "não transforma o autor em administrador obrigado a prestar contas ao Tribunal respectivo" e que ao Tribunal "não é dado chegar a esse ponto". Os Ministros Cesar Peluso e Sepúlveda Pertence, por sua vez, fizeram questão de realçar a distinção entre o caso julgado neste processo e aquele subjacente ao julgamento do MS nº 24.584.

38 Como cediço, os precedentes não são afetados por argumentos expostos apenas de passagem na motivação do julgado que lhe deu origem, "consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão", que se qualificam, conforme Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 350), como

isso não integra a *ratio decidendi*[39] do precedente firmado; não auferindo, dessa forma, eficácia vinculante[40] ou persuasiva[41].

obiter dictum. Também são *obiter dictum* "os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada", assim como os "fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez"; vez que "os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado, sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra questão" (MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 272). Enfim, "tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constitui fundamentos determinantes, será *obiter dictum*", e, portanto, não terá efeito vinculante (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 352).

39 A *ratio decidendi* corresponde, na lição de Didier, Braga e Oliveira, aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2, p. 350); e constitui-se, na precisa definição de José Rogério Cruz e Tucci, como a tese jurídica empregada para decidir o caso concreto (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175). Para conceituá-la, Luiz Guilherme Marinoni refere ao conceito de *eficácia transcendente da motivação*, observando, a propósito, que a expressão *motivos determinantes da decisão*, usualmente tomada como sinônima do conceito *eficácia transcendente da motivação*, "contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*", pois "há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos e a decisão" (MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, p. 265). Assim, "os motivos têm que ser determinantes para a decisão", de modo que "não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente" (*conforme se verifica*, na hipótese analisada, *desse argumento construído pelo Ministro Joaquim Barbosa*, que não foi empregado para definir o resultado do julgamento em que foi levantado, e que, ademais, sequer foi acolhido pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal), mas "apenas os motivos que são determinantes para a decisão" (MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, p. 265-266). Esses "motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*" (MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro, p. 266).

40 Os precedentes vinculam as decisões de juízes, porque assim o determinou o legislador (CPC-2015 art. 927 c/c 489, p. 1º, VI), que com isso concedeu o que Hermes Zaneti Júnior convencionou chamar modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*). Do nosso ponto de vista, os precedentes também vinculam a Administração, dada a incidência do princípio processual da boa-fé (CPC-2015, art. 5º) e do dever jurídico de não litigar contrariamente ao Direito (CPC-2015, art. 5º), que orientam a sua vinculação aos precedentes quando atua como parte em processos judiciais, e dos princípios administrativos da legalidade e eficiência (CRFB, art. 37, *caput*), que orientam a sua vinculação a precedentes mesmo quando atua na esfera administrativa (MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. 2ª ed. Belo horizonte: Fórum, 2019, p. 194-201).

41 Não se cogita, pois, da atribuição aos precedentes de eficácia meramente persuasiva. Entretanto, têm eficácia persuasiva os acórdãos proferidos por Tribunais, mas que não assumem a forma de precedentes; que configuram, conforme Zaneti, *jurisprudência persuasiva*. Em suas próprias palavras: "Devemos agora definir, mesmo que mediante uma classificação não exaustiva, o que são 'precedentes com eficácia normativa' e 'precedentes com eficácia normativa formalmente vinculantes', diferenciando-os, ainda, da 'jurisprudência persuasiva', empírica, de facto, baseada nas razões ou conteúdo das decisões e, portanto, sem eficácia normativa, que nós entendemos não ser qualificável como precedente propriamente dito, pois não possui vinculatividade" (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*, p. 324). Porém, mesmo na jurisprudência persuasiva, apenas tem a potencialidade de orientar julgamentos futuros as intepretações jurídicas adotadas como fundamentos

A despeito disso, esse posicionamento veiculado pelo Ministro Joaquim Barbosa vinha sendo empregado, na prática jurídica, quer no âmbito dos Tribunais de Contas, quer em ações de improbidade administrativa, para justificar a responsabilização de advogados públicos quando proferem *pareceres vinculantes*. Houve quem afirmasse, inclusive, tratar-se de responsabilidade objetiva, aferida a partir da tão só demonstração de nexo de causalidade entre a prolação do parecer e a ilegalidade detectada[42]. Assim, não se pode considerar infundada a preocupação dos advogados públicos quando procuram se resguardar contra semelhantes investidas, que parece ter conduzido (em certas esferas) à prolação de pareceres condicionais que (sob certa ótica) reduziriam o seu comprometimento pessoal com os atos praticados pela Administração, conferindo-lhes (nessa mesma perspectiva) maior proteção jurídica contra eventuais tentativas dos controladores externos por procurar responsabilizá-los quando discordassem de suas interpretações jurídicas.

da decisão (*ratio decidendi*), não assumindo essa funcionalidade as interpretações trazidas aos processos como *obiter dictum*.

Nesse sentido parece haver se posicionado a área técnica do Tribunal de Contas do Espírito Santo no corpo do ITC nº 3.357/2015; cujo conteúdo, quanto a esse específico particular, pode ser inferido do seguinte excerto do ACORDÃO TC-1933/2015: "Ácerca da presente questão, entendo que deva ser levado em consideração o meticuloso detalhamento realizado pela área técnica na ITC 3.357/2015, no que tange a responsabilidade dos advogados pareceristas, uma vez que expressa o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. [...] nos dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória) o STF considera que o parecer tem natureza opinativa, de sorte que, em regra, não haverá corresponsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa; [...] no caso de parecer vinculante o STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa, mas sim, que '[...] há efetiva partilha do poder decisória [...]' entre o parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato, de sorte que haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. Note-se que, na hipótese de parecer vinculante, o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista a presença de erro grave, culpa ou dolo, mas é evidente que deverá haver nexo de causalidade, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram do opinamento manifestado no parecer" (grifo nosso).

42 Nesse sentido parece haver se posicionado a área técnica do Tribunal de Contas do Espírito Santo no corpo do ITC nº 3.357/2015; cujo conteúdo, quanto a esse específico particular, pode ser inferido do seguinte excerto do ACORDÃO TC-1933/2015: "Ácerca da presente questão, entendo que deva ser levado em consideração o meticuloso detalhamento realizado pela área técnica na ITC 3.357/2015, no que tange a responsabilidade dos advogados pareceristas, uma vez que expressa o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. [...] nos dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória) o STF considera que o parecer tem natureza opinativa, de sorte que, em regra, não haverá corresponsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa; [...] no caso de parecer vinculante o STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa, mas sim, que '[...] há efetiva partilha do poder decisória [...]' entre o parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato, de sorte que haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. *Note-se que, na hipótese de parecer vinculante, o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista a presença de erro grave, culpa ou dolo,* mas é evidente que *deverá haver nexo de causalidade*, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram do opinamento manifestado no parecer" (grifo nosso).

Ocorre que o legislador nacional, quando editou a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas), revogou o dispositivo legal (Lei nº 8.666/1993, art. 38, p. único) que contemplava a única hipótese em que o Supremo Tribunal Federal admitia a responsabilização de advogados públicos pareceristas. É que a *novatio legis*, muito embora condicione a prática de atos concretos em processos licitatórios (art. 53, *caput* e p. 3º), nas contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos (art. 53, p. 4º) à prévia realização de controle jurídico realizado pela Advocacia Pública, não conferiu aos seus integrantes (como fazia a lei revogada) a *aprovação de minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios ou ajustes*.

Opera-se, pois, a superação (*overruled*) do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou os Mandados de Segurança nº 24.584 (relatado pelo Ministro Marco Aurélio) e nº 24.631 (relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa); que ocorre quando um precedente é substituído por outro precedente, ou então quando a sua *ratio decidendi* é afetada por modificação legislativa posterior[43]. Por esse motivo, e porque a *superação* se apresenta, juntamente com a *distinção* (*distinguishing*)[44], como hipótese autorizativa do afastamento da vinculatividade do precedente (CPC, art. 489, p. 1º, VI[45]), de igual modo se tornou superada, com a edição da Lei nº 14.133/2021, a preocupação que teria orientado advogados públicos a, veladamente, optarem por proferir pareceres condicionais nos processos de licitação e contratação pública.

Isso não bastasse, e mesmo que assim não fosse, *modificação legislativa ainda mais recente*, trazida ao ordenamento pela Lei nº 14.230/2021, que modificou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), *coloca uma pá de cal sobre o assunto*. A uma porque introduziu no texto legal dispositivo que enuncia, textualmente, que "*não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei*, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a

43 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 354-355

44 Método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma" (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*, p. 174); e que ocorre quando há "distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma", que pode se fundar na constatação de que "não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica)", ou, ainda, na verificação de que, "a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente" (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, v. 2, p. 353).

45 CPC-2015. "Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem *demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*" (grifos nossos).

ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário" (art. 1º, p. 8º).

A duas porque esse novel diploma legislativo estabeleceu, em complemento, (i) que a responsabilização de agentes estatais por ato de improbidade administrativa consistente em contrariedade a princípios da Administração (que anteriormente abria campo para tentativas de responsabilização fundada em divergência de opinião, mediante invocação do princípio administrativo da legalidade) somente pode ser cogitada quando caracterizada uma das condutas textualmente descritas nos incisos do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992[46], obstando, com isso, que se cogite da responsabilização de agentes estatais, fundada no caput do dispositivo, mediante invocação de simples discordância interpretativa; (ii) que "somente haverá improbidade administrativa" nessa específica modalidade (contrariedade a princípios da Administração) "*quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade*" (art. 11, p. 1º); (iii) que "o enquadramento de conduta funcional na categoria de" contrariedade a princípio da Administração "*pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade* no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas" (art. 11, p. 3º)[47]; e (iv) que a configuração de ato de improbidade por contrariedade

46 Lei nº 8.8.429/1992. "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, *caracterizada por uma das seguintes condutas*: [...]" (redação dada pela Lei nº 14.230/2021) (grifos nossos).

47 O que também afasta a possibilidade da veiculação de imputação, mediante invocação do princípio administrativo da moralidade, fundada na moral comum. Quanto ao particular, José Roberto Pimenta Oliveira observa a formação, em doutrina, de três correntes jurídicas acerca da definição do conceito de moralidade administrativa; dispondo, a propósito, que determinados autores "vinculam o conteúdo do princípio à observância pela Administração de pautas morais sociais vigentes em determinado tempo e local"; que outros "buscam o significado da norma no ordenamento jurídico", mas "se limitam a nele visualizar a erradicação constitucional do desvio de finalidade na atividade administrativa"; e que outros, ainda, procuram identificar o seu conteúdo "à vista da irradiação constitucional de princípios e regras jurídicas, de conteúdo moral, na ação administrativa" (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163). Conforme Oliveira (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*, p. 168-171, passim), figuram como defensores da primeira corrente, entre outros, Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n. 22, jan./mar. 1998, p. 46), Carmen Lúcia Antunes Rocha (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 192) e Sérgio Ferraz (FERRAZ, Sérgio. *Corrupção, ética e moralidade na administração pública*. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. C*orrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008); aderem à segunda corrente, entre outros, Caio Tácito (TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. R*evista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, out./dez. 1999, p. 9), Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992. p. 1-44, passim) e Sérgio de Andréa Ferreira (FERREIRA, Sérgio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.

a princípios da Administração pressupõe "lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento" (art. 11, p. 4º).

Esses novos elementos normativos evidenciam que o *argumento pragmático segundo o qual a prolação de pareceres condicionais traria maior conforto aos seus integrantes* no seu relacionamento com o controle externo *perdeu por completo a sua razão de ser*, quando se considera a atual conformação do Direito pátrio, *dada a superação*, pautada em modificações legislativas supervenientes à formação do precedente anteriormente referido, do entendimento segundo o qual advogados públicos pareceristas poderiam vir a ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas.

Aliás, configurado esse novo quadro normativo, a tendência é que o risco aventado se inverta no plano dos fatos. Afinal, se é verdade que tornou-se inviável, dada a superação daquele precedente pelas Leis nº 14.133/2021 e 14.230/2021, a responsabilização dos pareceristas por suas opiniões jurídicas, também é certo que *eventual iniciativa*, de sua parte, *por procurar se desvincular*, mediante a prolação de pareceres condicionais, *do exercício de efetivo controle jurídico sobre atos praticados nos processos de licitação e contratação pública, para além de não trazer aos advogados públicos qualquer proveito prático, pode ser tomada*, sob ótica dos controladores, *como descumprimento da regra jurídica positivada no caput do artigos 53 da Lei nº 14.133/2021 e em seus parágrafos 3º e 4º*, que condicionam o prosseguimento do processo licitatório à realização de controle jurídico exercitado pela Advocacia Pública (art. 53, *caput*), inclusive para efeito da divulgação de editais de licitação (art. 53, p. 3º), e da conclusão de processos que encartem contratações diretas, acordos, termos de coo-

220, abr./jun. 2000, p. 127); e integram a terceira corrente, entre outros, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974) e Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*). Há muito manifestei o meu alinhamento aos autores que professam essa terceira acepção de moralidade, em especial à doutrina de Márcio Cammarosano, porque reputo insuficiente a restrição do seu conteúdo à noção de desvio de finalidade e porque considero perigosa, sob a ótica da segurança jurídica, a sua vinculação à moral comum (cf. MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública, p. 295-300). Disso decorre a opção teórica de Cammarosano por associar o princípio da moralidade administrativa, não à moral comum, mas a preceitos morais juridicizados (lealdade, boa-fé, etc.) (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 74-75). Porém, a despeito do posicionamento que se adote sobre o tema, é fato que, mesmo para aqueles que sustentam que a moralidade administrativa deva se reportar à moral comum, com a importação ao ordenamento, sob a mediação desse princípio constitucional, de preceitos morais extraídos do conteúdo da ética socialmente afirmada, ou dos valores contemporaneamente aceitos pela sociedade, deve estar claro que semelhante definição de conceito não pode ser empregada com vistas à explicitação do conteúdo do ato de improbidade; que resta descrito em normas restritivas de cunho sancionatório, cuja aplicação pressupõe interpretação estrita, colhida de elementos normativos previamente especificados no ordenamento jurídico-positivo. Afinal, como expressa o consagrado brocardo romano, que é aplicável analogamente à hipótese analisada, *nullun crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta* e *certa*, que significa, em tradução literal, que não há crime (ou infração) sem lei anterior, escrita, estrita e certa (cf. MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública, p. 300).

peração, convênios, ajustes e adesões a atas de registro de preços, bem como de outros instrumentos congêneres e de seus termos respectivos aditivos (art. 53, p. 4º).

Por certo, descabe cogitar, a essa altura, da imputação ao parecerista de ato de improbidade fundado em contrariedade ao princípio administrativo da legalidade, porque o ordenamento jurídico brasileiro, aperfeiçoado pelas modificações legislativas anteriormente mencionadas, passou a afastar essa possibilidade. No entanto, a Lei nº 8.112/1993 (art. 116, III[48] c/c art. 129[49]) - seguida, quanto ao particular, por leis que disciplinam o regime jurídico dos servidores públicos vinculados a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios - capitula como ilícito disciplinar a inobservância, pelos agentes estatais, de normas legais e regulamentares. Assim, a prolação de pareceres condicionais, para além de se apresentar como medida desnecessária a induzir a proteção do parecerista contra tentativas da sua responsabilização por opinião jurídica (agora taxativamente vedada pelo Direito Brasileiro), pode orientar, nos casos concretos, a sua *responsabilização por ausência de opinião*, fundada na compreensão, que nos parece bastante plausível[50], de que a prolação de pareceres condicionais induz a inobservância, pelo advogado público, às normas legais positivadas no *caput* do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 e em seus parágrafos 3º e 4º.

4 Sobre o equívoco do argumento jurídico construído para justificar a prática administrativa denunciada

Talvez por esse motivo, tenha se propagado na Administração um segundo argumento, de cunho jurídico, e que em tese justificaria o afastamento do retorno dos processos que encartem pareceres com recomendações (orientação jurídica) para efetiva verificação do seu cumprimento (controle jurídico)[51]. O que se sustenta, ao ensejo, inclusive para efeito de prevenir a responsabilização de advogados públicos por suas manifestações jurídicas, é que a sua atividade, quando proferem pareceres, seria meramente opinativa; e que por isso não lhes competi-

48 Lei nº 8.112/1990. "Art. 116. São deveres do servidor: [...] III - observar as normas legais e regulamentares".

49 Lei nº 8.112/1990. "Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave" (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).

50 Pelas razões que serão expostas na sequência.

51 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 261-262.

ria *definir* (tendo em vista os exemplos anteriormente formulados) se a minuta analisada está adequada, ou se a contratação direta ou o aditamento/anulação do contrato aventados pela Administração podem ser efetivadas em concreto; mas apenas apontar eventuais inconsistências que vierem a encontrar na minuta ou nos processos administrativos que encartam opção político-administrativa pela contratação direta ou pelo aditamento/anulação do contrato; construindo, em vista delas, simples opinamento voltado à regularização jurídica dos vícios encontrados (orientação jurídica); portanto sem determinar (ou mesmo recomendar) o retorno dos autos para a verificação, pela procuradoria, sobre se as suas próprias recomendações (da procuradoria) foram efetivamente atendidas (controle jurídico).

Ocorre que *mesmo esse argumento entra em confronto com a constatação*, a partir do texto constitucional (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70) e do disposto no artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 (relativo à regularidade do processo de licitação), em seu parágrafo 3º (relativo à divulgação do edital de licitação) e em seu parágrafo 4º (relativo às demais contratações), *de que a atividade administrativa desenvolvida em processos de licitação e contratação pública pressupõe, mais do que a simples veiculação* (em atividade consultiva) *de orientações jurídicas dirigidas aos agentes estatais consulentes* (que, por deterem essa conotação, não precisariam ter o seu atendimento verificado pelos procuradores), *também o desempenho de efetivo controle jurídico por parte da Advocacia Pública*. Assim, pelo menos do nosso ponto de vista, o exercício da atividade de controle jurídico reclamada pelo constituinte e pelo legislador pressupõe que o cumprimento das recomendações porventura veiculadas no parecer seja verificado pela Advocacia Pública.

Essa nossa afirmação guarda relação com a nossa conclusão, em trabalho anterior, quanto a serem vinculantes (leia-se, de cumprimento obrigatório) todas as manifestações jurídicas das procuradorias[52].

52 Com efeito, a afirmação da autonomia técnica da Advocacia Pública (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 241-265), como instrumento indispensável à realização do controle interno da juridicidade do agir administrativo (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 109-113 e 364-366), em tese torna vinculantes todos os pareceres jurídicos exarados na esfera administrativa (cf. MADUREIRA, Claudio. Advocacia Pública, p. 293). Com efeito, se a Administração Pública e seus agentes não podem se furtar, quando do exercício da função administrativa, a uma correta aplicação do Direito, e se, nesse contexto, cumpre à Advocacia Pública, quando desempenha suas atividades consultivas e contenciosas, orientar, sob a ótica jurídica, a atuação administrativa, a rejeição imotivada de suas manifestações técnicas hipoteticamente conduz à desnaturação dessa atividade de controle (cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, p. 293-294). Em mesmo sentido se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem, se Advocacia Pública "proferiu o parecer, dando a sua interpretação da lei, esta só poderia ser afastada por outro profissional da área jurídica", vez que "se o assunto envolve aspectos jurídicos, não se pode aceitar que sobre o mesmo acabe por prevalecer a decisão política, que envolve grande dose de discricionariedade" (DI PIETRO, Maria Sylvia. Advocacia Pública, cit., p. 20). Assim, embora não se possa

Por óbvio, isso não quer dizer que os seus posicionamentos sempre serão respeitados pelos agentes estatais (o que também pode acontecer, a título de exemplo, com os provimentos jurisdicionais de natureza condenatória, que podem ou não ser cumpridos pelos jurisdicionados por eles instados à condição de devedores), mas tão somente que há consequências para a sua desconsideração no plano dos fatos (de que é exemplo, quando se tem em vista o descumprimento de provimentos jurisdicionais de natureza condenatória, a deflagração de procedimento executivo que afetará o patrimônio do devedor).

Quando cogitamos do *desatendimento às manifestações jurídicas veiculadas pela Advocacia Pública*, as *principais consequências* que disso podem advir são a *revisão do ato praticado* (que pode ser feita pela própria Administração, em controle interno, ou pelo Poder Judiciário, em controle externo de natureza jurisdicional) *e o risco da responsabilização pessoal dos agentes estatais* pela prática de infrações disciplinares, de atos de improbidade administrativa e/ou de crimes contra a Administração Pública.

Quanto a essa última consequência, a tendência é que o agente estatal responsável pela prática do ato sobre o qual incide o parecer siga a orientação jurídica da procuradoria, em favor da qual milita, dada a sua condição de ato praticado na esfera administrativa, presunção de legitimidade e veracidade. Essa é, pois, a conduta esperada de um agente estatal, o que faz com que da sua adoção resulte redução do risco da sua responsabilização pessoal pelos atos praticados. Todavia, se, por qualquer motivo, esse agente estatal vier a discordar da manifestação jurídica da procuradoria, cumpre-lhe solicitar a prolação de um novo parecer no processo, à consideração (por exemplo) de que determinado elemento fático ou jurídico teria sido desconsiderado pelo parecerista.

Afinal, se a Administração provocou, mediante formulação de consulta jurídica, uma manifestação da Advocacia Pública, é porque havia dúvida sobre como o Direito deve ser aplicado no caso concreto. Por esse motivo, e porque a Advocacia Pública tem a atribuição de uniformizar a aplicação do Direito na esfera administrativa[53], mesmo quando se tem em vista atos cuja prática como regra não se encontra condicionada à veiculação (pela procuradoria) de manifestação prévia (pareceres obrigatórios) e favorável (pareceres vinculantes), *quando há*, em concreto, *a formulação da consulta, seguida da sua resposta pela procuradoria, a inobservância à orientação jurídica* contida no parecer *se apresenta*

afirmar que a lavratura de pareceres por procuradores induz necessariamente a realização de atos concretos pela Administração (porque o gestor pode rejeitá-los, desde que o faça motivadamente, e por sua conta e risco), como regra são vinculantes as suas manifestações jurídicas.

53 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*.

(para dizer o mínimo) *como algo muito estranho*, e que por isso tente a chamar a atenção dos órgãos de controle, inclusive para efeito da deflagração de tentativas de responsabilização pessoal dos agentes estatais envolvidos. Portanto, um agente estatal, quando deixa de seguir a orientação da procuradoria sem manifestar a sua discordância e, sobretudo, sem solicitar a prolação de outro parecer, amplia, e de forma significativa, o risco de vir a ser responsabilizado pelo ato praticado[54].

Até aqui referimos a situações em que o legislador deixa em aberto a possibilidade de a Administração deixar de atender as orientações jurídicas da Advocacia Pública, ainda que, como consequência disso, os atos realizados possam ser anulados e os agentes estatais que os praticaram possam ser pessoalmente responsabilizados pela prática de infrações disciplinares, de atos de improbidade administrativa ou de crimes contra a Administração Pública. Porém, *a coisa muda completamente de figura quando o legislador observa o cuidado de prever, no texto legal, mecanismos que impeçam que a atividade administrativa seja realizada à desconsideração dos posicionamentos jurídicos* veiculados pela procuradoria.

Essa é a conotação que atribuímos às regras jurídicas positivadas no caput do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 e em seus parágrafos 3º e 4º. O primeiro desses dispositivos (art. 53, caput) enuncia que, "ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação" (o que significa dizer que, *se não houver controle jurídico, não haverá*, de igual modo, *realização de licitação voltada à aquisição de bens/serviços/obras pela Administração*), e é complementado por preceito (art. 53, p. 3º) que impõe à autoridade responsável pela realização do processo licitatório que apenas promova a divulgação do edital de licitação após "encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico" (o que significa dizer que, *se não houver controle jurídico, sequer haverá publicação do edital de licitação*); enquanto que o último deles (art. 53, p. 4º) estende esse mesmo procedimento às "contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres" e a "seus termos aditivos" (o que significa dizer que, *sem*

54 Na prática, a deflagração de persecução contra o agente estatal que desconsidera parecer da procuradoria apenas poderia ser evitada (i) se os controladores também discordarem da intepretação jurídica manifestada em seu corpo e (ii) se (além disso) entenderem que não devem buscar responsabilizá-lo mesmo quando verificam que a sua conduta não corresponde ao que era esperado dele como servidor (cumpre-lhe, pelas razões dantes expostas, ou cumprir o parecer, ou então expor razões válidas para deixar de segui-lo, solicitando, nesse caso, uma nova manifestação da procuradoria), o que também seria (para dizer o mínimo) algo muito estranho.

controle jurídico, mesmo a adoção das demais alternativas concebidas pelo legislador não resultará na aquisição de bens/serviços/obras pela Administração).

Todos esses dispositivos empregam a expressão controle, sendo que nenhum deles remete (como talvez ainda se suponha no âmbito das procuradorias) à realização (nesse contexto) de simples opinamento jurídico. Assim, o que o legislador fez, quando os concebeu foi (considerando a metáfora anteriormente empregada) substituir análise jurídica que alçava efeitos semelhantes aos de um provimento jurisdicional de natureza condenatória (que pode ser cumprido ou não pelos jurisdicionados, mas de cujo descumprimento resultam consequências) por pronunciamento com efeitos mais próximos dos provimentos jurisdicionais de natureza executiva *lato sensu* (verificado, por exemplo, nas ações possessórias), que não deixam espaço para eventual recusa ao cumprimento, porque comportam, por concepção, mecanismos capazes de impor a realização da pretensão (conforme se verifica, no caso das ações possessórias, da ordem de imissão na posse, cujo cumprimento se impõe sem a necessidade da deflagração de procedimento executivo).

É que o legislador, quando empregou, nesses dispositivos, a expressão controle, e quando especificou que a sua realização deve ser feita previamente à prática de atos conducentes à realização de licitações (art. 53, *caput* e p. 3º) e de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e seus termos aditivos (art. 53, p. 4º), culminou por criar as condições necessárias a que os pareceres proferidos nesse contexto (e inclusive as recomendações que porventura tenham sido formuladas em seu corpo) não possam ser ignoradas pela Administração. Ou bem está tudo certo com o processo, e com isso as licitações/contratações neles cogitadas podem ser realizadas, ou então o processo não está pronto, porque a Administração não cumpriu as formalidades legais, hipótese em que as licitações/contratações aventadas não poderão ser realizadas.

Todavia, *para que a atividade cognitiva desenvolvida pela Advocacia Pública* nas licitações e contratações públicas *se apresente*, na prática, *como efetivo controle jurídico* (e não meramente como atividade opinativa), *ela precisa conter*, ou *manifestações conclusivas* (leia-se, sem a formulação de recomendações a serem cumpridas pela Administração) sobre a regularidade do processo licitatório (art. 53, *caput* e p. 3º) e das contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e seus termos aditivos (art. 53, p. 4º), *ou*, então, se o parecerista sentir a necessidade de formular recomendações para a sanatória dos vícios detectados no processo, *parecer condicional seguido do retorno dos autos para verificação do efetivo atendimento às recomendações formuladas*. Se, nesse último caso,

o processo não retornar à procuradoria ter-se-á, em concreto, a veiculação de simples opinamento jurídico, atividade que, do nosso ponto de vista, é incompatível com a solução jurídica empregada pelo legislador.

A isso se poderia objetar, no plano dos fatos, que essa prática sempre foi adotada no âmbito das procuradorias. Todavia, em Direito (porque os textos normativos podem ser modificados, como aconteceu na hipótese analisada) e (sobretudo) no âmbito do Direito Administrativo (que opera sob regime de legalidade estrita) as coisas não podem ser definidas com base no "isso sempre foi assim". Por certo, até a edição da Lei nº 14.133/2021 *a definição jurídica sobre qual seria o efetivo papel exercido pela Advocacia Pública nos processos de licitação e contratação pública*, em específico para definir se seus integrantes apenas exercem atividade consultiva (prevista nos artigos 131 e 132 da Carta de 1988) ou se eles de igual modo têm a responsabilidade de controlar a juridicidade do agir administrativo (que resulta da conjugação desses dispositivos ao disposto no artigo 70 da mesma Constituição), *dependia de atividade hermenêutica concretizadora*. No entanto, a previsão, no *caput* do seu artigo 53, *quanto a dever o processo licitatório ser encaminhado* (ao final da fase preparatória) *ao órgão de assessoramento jurídico da Administração* (leia-se: à Advocacia Pública) para a realização de controle prévio de legalidade (leia-se: para o controle de juridicidade, na medida em que também abarca a adequação dos atos praticados ao texto constitucional[55]), *consubstanciado em análise jurídica da contratação* (leia-se: em controle jurídico), complementada pelo disposto no seu parágrafo 3º (que condiciona a publicação do edital de licitação à efetivação do controle jurídico) e no parágrafo 4º do mesmo artigo (que estende essa atividade de controle jurídico às contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos), *afasta qualquer dúvida objetiva que se possa ter quanto à conduta que passou a ser esperada de procuradores e* (como se verá adiante, também) *dos demais agentes estatais*.

Esses dispositivos impõem aos agentes estatais que atuam nos processos de licitação e contratação pública (i) que os remetam à procuradoria para elaboração de parecer, e (ii) que, havendo no parecer lavrado recomendações para a adequação do processo às imposições normativas colhidas do ordenamento, as cumpram incondicionalmente, (iii) devolvendo os autos à procuradoria para complementação da sua atividade de controle jurídico (mediante verificação sobre se as suas recomendações foram efetivamente cumpridas) ou (iv) que (quando muito) provoquem uma nova manifestação da procuradoria (por

55 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*, p. 251-254.

exemplo se entenderem que algum pormenor do quadro fático não foi adequadamente enfrentado no parecer).

Não negamos a possibilidade de os procuradores veicularem sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequar o processo à legislação aplicável. Mas disso não resulta conclusão no sentido de que seria viável o afastamento da necessidade de a procuradoria checar se essas recomendações foram efetivamente cumpridas. Afinal, *o legislador condicionou o prosseguimento dos processos licitatório* (art. 53, *caput*), *a publicação do edital de licitação* (art. 53, p. 3º) *e a formalização de contratações* diretas, de acordos, de termos de cooperação, de convênios e de ajustes, de adesão a atas de registro de preços, de outros instrumentos congêneres e de termos aditivos (art. 53, p. 4º) *à realização de controle jurídico pela Advocacia Pública*. Assim, na prática, os advogados públicos, quando sentirem a necessidade de sugerir à Administração medidas que possam ser adotadas para adequar a licitação/contratação aventada à legislação aplicável, devem, obrigatoriamente, solicitar o retorno dos autos após o atendimento de suas recomendações, de modo a que lhes seja possível apresentar posicionamento conclusivo sobre o tema (imposição jurídica que sobressai da incidência conjugada do *caput* do artigo 53 com os seus parágrafos 3º e 4º).

Por isso as "respostas" construídas pela Advocacia Pública às consultas que lhe são dirigidas somente podem assumir a forma de um "sim" ou um "não", não sendo admissível, nesse contexto, resposta jurídica consistente num "talvez". O que com isso queremos dizer é que os advogados públicos, quando apresentam, em seus pareceres, sugestões de medidas que precisam ser adotadas para adequar o processo à legislação aplicável, não estão a afirmar que a licitação/contratação aventada é viável (do contrário, não teriam formulado recomendações a serem cumpridas), mas apenas realizam um esforço (muito elogiável, diga-se de passagem) dos seus integrantes para construir um "sim". Entretanto, esse "sim" somente pode vir depois de cumpridas as recomendações expressas no parecer. Enquanto elas não forem atendidas, a resposta da procuradoria continua sendo um "*não*". Até porque, a ser de outro modo a Advocacia Pública estaria abdicando de exercer o controle jurídico que lhe foi conferido pelo constituinte (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70) e pelo legislador (Lei nº 14.133/2021, art. 53 e pp. 3º e 4º), e com isso atraindo para seus integrantes o risco serem responsabilizados pessoalmente por ilícito disciplinar consistente na inobservância de normas legais e regulamentares[56]. Assim, a prolação de pareceres condicionais

56 Com efeito, como expusemos ao final do tópico anterior, a Lei nº 8.112/1993 (art. 116, III c/c art. 129), seguida, quanto ao particular, por leis que disciplinam o regime jurídico dos

cujas recomendações não venham a ter o seu cumprimento checado pela procuradoria, porque induz, do nosso ponto de vista, a inobservância, pelo advogado público, às normas legais positivadas no *caput* do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 e em seus parágrafos 3º e 4º, pode conduzir, nos casos concretos, à sua *responsabilização por ausência de opinião*.

As mesmas razões impõem aos agentes estatais consulentes que, havendo recomendações no parecer, diligenciem o seu cumprimento e devolvam os processos à Advocacia Pública independentemente da existência, no parecer, de determinação (expressão compatível com a natureza da atividade desenvolvida: controle jurídico) ou recomendação (eufemismo comumente empregado na esfera administrativa) nesse sentido. É que, pelas razões dantes expostas, a adoção dessas providências não decorre do parecer individualmente considerado (ou de determinações/recomendações que sobressaem do seu texto), mas de taxativa imposição constitucional (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70) e legal (Lei nº 14.133/2021, art. 53 e pp. 3º e 4º), a cujo atendimento os agentes estatais não podem se escusar, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade (CRFB, art. 37, *caput*). Assim, quando se omitem em devolver os processos para a verificação do cumprimento das recomendações contidas nos pareceres, também os agentes estatais consulentes ficam sujeitos, como os procuradores, a responsabilização pessoal por ilícito disciplinar consistente na inobservância *a inobservância de normas legais e regulamentares*.

5 À guisa de conclusão

Esperamos haver demonstrado que a prática, comumente verificada em processos que encartam a licitações e contratações públicas, consistente na *prolação de pareceres jurídicos que veiculam recomendações jurídicas cujo atendimento* pela Administração *acaba não sendo checado pelas procuradorias*, é incompatível com a atividade de controle jurídico conferida pelo constituinte (CRFB, arts. 131 e 132 c/c art. 70) e pelo legislador (Lei nº 14.133/2021, art. 53 e pp. 3º e 4º) à Advocacia Pública, que não encerra, tendo em vista a conformação desses dispositivos constitucionais e legais, simples opinamento jurídico, mas efetivo controle da atividade administrativa desenvolvida nesse contexto.

Estamos convictos de que a abordagem proposta merece a atenção da comunidade jurídica. Em primeiro lugar porque permite superar o mito de que a atividade jurídica desenvolvida pelos advogados públi-

servidores públicos vinculados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, c*apitula como ilícito disciplinar a inobservância, pelos agentes estatais, de normas legais e regulamentares*.

cos nos processos de licitações e contratações públicas se apresentaria (como em geral se sustenta no âmbito das procuradorias) como simples opinamento jurídico; mediante demonstração de que essa sua atuação demanda (em rigor) a realização de efetivo controle jurídico, a suscitar (inclusive) a necessidade de retorno dos autos (quando há a prolação de pareceres condicionais) para verificação do cumprimento das recomendações neles inseridas; e com isso contribui para o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle exercidos nos processos de aquisição pública; o que tem a potencialidade de prevenir a prática de atos de corrupção e/ou a malversação de recursos públicos. Em segundo lugar porque, mesmo para os intérpretes que não vierem a aderir a essa nossa conclusão, não é demais lembrar que persiste latente o risco de outros intérpretes (com destaque para a atuação dos controladores externos) pensarem desse mesmo modo; inclusive para efeito de buscarem obter a responsabilização dos pareceristas e dos agentes estatais consulentes por ilícito disciplinar consistente no descumprimento de normas legais e regulamentares, em específico do disposto no caput do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021 e em seus parágrafo 3º e 4º; o que remete aos advogados públicos, e também aos demais agentes estatais, a reflexão, em análise de risco jurídico, sobre se, mesmo acreditando não ser necessário o retorno dos autos à procuradoria para a verificação (em controle jurídico) do cumprimento das recomendações formalizadas no parecer (em orientação jurídica), a adoção desse cuidado não seria medida mais conveniente e oportuna para a Administração (como forma de prevenir tentativas de invalidação dos atos praticados) e para os próprios profissionais envolvidos (como forma de prevenir a configuração de iniciativas voltadas a obter a sua responsabilização pessoal).

Todavia, não almejamos construir uma única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que nos ocupamos. Em verdade, damo-nos por satisfeitos se essas nossas observações sobre o tema puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência.

6 Referências

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o advogado público? In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n. 22, jan./mar. 1998.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CASTRO, Caterine Vasconcelos de; ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; TRINDADE, Luciano José. A advocacia pública no estado democrático de direito: reflexões jurídicas acerca dessa instituição estatal essencial à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Acre*, Rio Branco, n. 2, jan./dez. 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil*, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Corrupção, ética e moralidade na administração pública. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun. 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

GAZOLA, Patrícia; CORREIA, Arícia Fernandes. (Org.). *Advocacia Pública Municipal do Século XXI*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Virtual da AGU*, ano 10, n. 107, dez. 2010.

MADUREIRA, Claudio. A responsabilização por opinião jurídica na jurisprudência do STF: descrição pormenorizada dos precedentes firmados no contexto do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584 e 24.631. In: RISK FILHO, José Carlos; DAL´COL, João Roberto de Sá; FABRIZ, Dauri Cesar; NEMER NETO, Alberto; ABREU, Lívia Dalla Ber-

nardina; SIQUEIRA, Júlio Homem de. Decisões notórias das Cortes Supremas e Tribunais Constitucional, v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça*: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2014.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro*: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Ilegitimidade da aplicação a agentes estatais de sanções fundadas em simples "erros jurídicos". *Revista quaestio iuris*, v. 10, p. 2877-2903, 2017.

MADUREIRA, Claudio. *Licitações, contratos e controle administrativo*: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MADUREIRA, Claudio. Limites e consequências da responsabilização de advogados públicos pareceristas por suas opiniões jurídicas. In: GAZOLA, Patrícia; CORREIA, Arícia Fernandes. (Org.). *Advocacia Pública Municipal do Século XXI*. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019.

MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. 2ª ed. Belo horizonte: Fórum, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obter dictum* no Direito Brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Regime estatutário e estado de direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.55, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 190, out./dez. 1992. p. 1-44, passim.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte*: Fórum, 2008.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência:* introdução à epistemologia jurídica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RISK FILHO, José Carlos; DAL´COL, João Roberto de Sá; FABRIZ, Dauri Cesar; NEMER NETO, Alberto; ABREU, Lívia Dalla Bernardina; SIQUEIRA, Júlio Homem de. *Decisões notórias das Cortes Supremas e Tribunais Constitucional*, v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TÁCITO, Caio. Moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, out./dez. 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

1.4

SER ÉTICO-TÉCNICO OU SER "DESOBEDIENTE": (BREVE) REFLEXÃO SOB A PERSPECTIVA DA EQUIPE DE REGULAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DIANTE DAS LIMINARES JUDICIAIS

FABRÍCIO SANTOS NEVES*
MARGARETH VETIS ZAGANELLI**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O SUS e a regulação de internação hospitalar. 3 O fenômeno da judicialização da saúde. 4 A dubiedade da liminar. 5 A efetividade (social) do crime de desobediência diante o ato de regular leitos. 6 Conclusão. 7 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Único de Saúde - Regulação em Saúde - Judicialização da Saúde - Desobediência - Ética em Saúde.

1 Introdução

A democratização do Estado brasileiro, conformada na Constituição Federal de 1988 e consequentemente nas suas garantias insculpidas, corolário do exercício pleno da cidadania, tem se mostrado producente no que se refere à movimentação judiciária na busca de soluções que versem essas garantias. Entrementes, o direito à saúde faz parte desse fenômeno e neste escopo questões que vêm discutindo a antecipação de tutela para elucidação de solicitação de internação hospitalar no Sistema Único de Saúde.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - ES - e graduado em Enfermagem pela Universidade Estadual de Santa Cruz - BA. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5894-6320. Lattes ID: http://lattes.cnpq.br/2715981913714316. fabricio.s.neves@aluno.ufes.br

** Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágios Pós-doutorais na Università degli Studi di Milano –Bicocca (UNIMIB), na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO) e na Università degli Studi Del Sannio (UNISANNIO). Professora Titular de Direito Penal, Bioética e Direito Comparado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Docente permanente no Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da Comissão de Relações Internacionais-OAB/SP. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES). Professora colaboradora do Projeto Erasmus+ Jean Monnet Module "Emerging 'moral' technologies and the ethical-legal challenges of new subjectivities" -cofinanciado pela União europeia. mvetis@terra.com.br.

O Sistema de Saúde brasileiro é fruto do processo de democratização e dentre os seus princípios trouxe a universalidade, que se de um lado confirmou a todo habitante deste país direito ao acesso da saúde, por vias constitucionais, na efetivação do direito, por outro, evidenciou grande demanda reprimida e expôs entrave na e para melhor alocação de recursos, que mesmo ainda, dentre diversos avanços, após 30 anos de instituição, constitui hodierno problema.

Os complexos reguladores constituem ferramenta para melhor direcionar as solicitações de internação, atendendo o usuário de modo ordenado, hierarquizado, otimizando recursos e garantindo a assistência necessária. Estes conjuntos são delineados por critérios ricos de especificidade e técnica, operados por profissionais de saúde especialmente habilitados para este fim.

Por incidente, que leve judicialização de alguma dessas demandas, o ordinário deferimento de medida liminar que precipite alguma dessas decisões clínicas, além de prover embaraço no rígido - e necessário - processo de trabalho constituído, leva os profissionais a dilema ético, em ter que abrir mão desses parâmetros pela imposição discricionária estatal, sendo que a resistência a essa prescrição, poderá ser entendida como óbice e então fomentar denúncia pelo crime de desobediência.

Esse estudo pretende perscrutar o quão é possível (e passível) a imputação do crime de desobediência aos reguladores, no exercício de suas funções, quando do não cumprimento de medida liminar, em detrimento ao ato clínico assertivo e eficaz diante balizamento técnico-científico.

Previamente há entendimento de que as liminares judiciais, para prover internação clínica, infligem a equipe de regulação a maior estresse diante enfrentamento de dilema ético e moral, quando, muitas das vezes, são levados a preterir alguma prioridade clínica em serviço à autoridade judicial.

Evidenciamos relativa dificuldade de encontrar, em nossa literatura, artigos que se atenham diretamente à esta temática, vez que o levantamento é rico no que concerne a dispersão do conteúdo, de modo que, aprofundar a abordagem tendo por propósito o tipo penal em destaque, aduz relevância aos direcionamentos ora propostos.

O objetivo então se pauta no enfrentamento do dilema técnico, moral e ético dos profissionais em detrimento do agente estatal da jurisdição que também coteja cognição por uma melhor solução, devendo entender a dinâmica social e a adequação do justo e do Direito.

Trata então de pesquisa qualitativa, sob a análise bibliográfica, perfazendo singela e lacônica sondagem das considerações do já debatido sobre o assunto, fazendo sequente prospecção das vicissitudes com base em vivências.

Elegemos o método dialético, buscando colacionar as questões destacadas, visando substancializar algum constructo que venha possibilitar reflexão atinente aos argumentos produzidos.

2 O SUS e a regulação de internação hospitalar

A logicidade e o projeto do Sistema Único de Saúde brasileiro remonta do movimento da Reforma Sanitária, o qual "enquanto reforma social concebida e desencadeada em um momento de crise de hegemonia, defendia a democratização do Estado e da sociedade[1]". Tal fomento, concebido em tempos de ditadura militar no Brasil, é consubstanciado na 8.ª Conferência Nacional de Saúde, 1986, idos de democratização, e positivado, principiologicamente, na Carta Magna de 1988 (vide art. 6.º, 196 e seguintes). De sorte que "o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público" é conformado no art. 4.º da Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990. Desde então o desafio é efetivar e consolidar um Sistema que nasceu de um ideário democrático, inclusivo e cidadão para uma realidade precária, desmontada, subfinanciada. Temos um Sistema que é criado numa proposta universalista, num cenário anterior que privilegiava a classe trabalhadora e, então, contribuinte, que já era assistida num fundamento público e de escassez de recursos, demandando medidas regulatórias para otimização destes e maior eficiência dos serviços, isso feito aos moldes da época, sob carência de fluxos e ordenação.

Neste Sistema, em constructo, destacamos o advento dispositivo que visava "*regular a oferta e a demanda de serviços, organizar os fluxos e garantir o acesso às referências*" (Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2001, item 25, C) *[g.n.]*, contudo a regulação só é instituída como política através da Portaria n. 1.559, de 1.º de agosto de 2008, quando engendrada em três dimensões. Conquanto, o que nos afeta, neste breve estudo, é o disposto no art. 2.º, III (e a partir do art. 5.º) deste diploma:

> *Regulação do Acesso à Assistência*: também denominada regulação do acesso ou regulação assistencial, tem como objetos a organização, o controle, o gerenciamento e a priorização do acesso e dos fluxos assistenciais no âmbito do SUS, e como sujeitos seus respectivos gestores públicos, sendo estabelecida *pelo complexo regulador e suas unidades*

1 PAIM, Jairnilson Silva. Uma análise sobre o processo da Reforma Sanitária brasileira. *Rev. Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, pp. 27-37, jan.-abr. 2009. p. 31.

> *operacionais* e esta dimensão abrange a *regulação médica*, exercendo *autoridade sanitária* para a garantia do acesso baseada em protocolos, classificação de risco e *demais critérios de priorização*. *[g.n.]*

O entendimento de regulação encontra correspondente nas ciências econômicas e no caso da regulação em saúde, numa tentativa do mercado, aqui tendo por escopo o agente Estado, no intento de equilibrar a oferta e a demanda, sendo que o SUS faz a leitura da problemática na perspectiva das necessidade dos usuários em detrimento com a capacidade de oferta das demandas e dos serviços, sendo que esta intervenção, inclusive, é justificação como forma de aperfeiçoar a alocação dos escassos recursos disponíveis para e na sociedade[2].

A Portaria de 2008, ao instituir a Política Nacional de Regulação, expressa a formação de redes, numa tentativa de prover a organização da atenção, orientado à regulação médica do fluxo e mecanismos de transferências dos pacientes por centrais de regulação, inseridas em complexos reguladores nos mais diversos níveis de gestão, permitindo o uso racional dos recursos destinados à urgência, garantindo assim o acesso[3].

Sob o disposto no art. 17, IX e art. 18, II da Lei n. 8.080/1990, em coaduno com o art. 198 da Constituição Federal, a qual prescreve "uma rede regionalizada e hierarquizada", há a demanda para "identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional", é neste ínterim que os estados se organizam em regiões de saúde e buscam nestas reunir recursos e meios para prover melhor resolutividade, na medida que o acesso seja garantido tanto nos grandes centros, com mais recursos, como também nos menores, e esse direcionamento é dado justamente pela metodologia da regulação. Explica Barbosa *et al*.[4] que "os leitos hospitalares de urgência disponíveis nos municípios-polo regionais não servem à assistência exclusiva dos seus munícipes", mas também a "oriundos de outros municípios e estados".

Até por um princípio de economicidade não justificaria a subutilização desses recursos, digam-se altamente dispendiosos, para manter uma hermética e exclusiva atenção dos seus munícipes, os maiores cen-

2 CASTRO, Janice Dornelles de. Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais. *Rev. Sociologias*, Porto Alegre, v. 4, n. 7, pp. 122-135, jan./jun. 2002. p. 133-7.

3 BARBOSA, Dayse Vieira Santos; BARBOSA, Nelson Bezerra; NAJBERG, Estela. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. *Rev. Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, pp. 49-54, jan./mar. 2016. p. 52.

4 BARBOSA, Dayse Vieira Santos; BARBOSA, Nelson Bezerra; NAJBERG, Estela. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. *Rev. Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, pp. 49-54, jan./mar. 2016. p. 50.

tros atraem para si mais recursos, sob qualquer fundamento, não só o de saúde, sendo compreensível, e previsto pelo SUS, como já referido, que estes estejam disponíveis à coletividade, sequentemente, de modo organizado, para melhor atender.

Objeto deste estudo, nos cabe, no Complexo Regulador (Regional), destacar a Central de Regulação de Internação Hospitalar que "regula o acesso aos leitos e aos procedimentos hospitalares eletivos e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência". (Portaria n. 1.559, de 1.º de agosto de 2008, art. 9.º, § 1.º, II). É justamente nestes espaços que se vê a atuação, propriamente dita, das atividades regulatórias, através de parâmetros clínicos e fluxos predeterminados que orientam equipes de plantão ininterrupto a acolher a solicitação das unidades demandantes e dentro dos pressupostos que vão balizar a decisão, seja por critério de urgência, complexidade ou tempo, definir, diante dos recursos disponíveis, a unidade que irá oferecer melhor aparato ao usuário, razão de todo esforço.

É justamente na disponibilidade de recurso que se debruça a atividade do regulador, pois a oferta de leitos hospitalares, nos serviços da rede assistencial, geralmente é insuficiente, perante a qualificação da demanda e volume de solicitações, donde advém as emergências superlotadas, que comprometem a agilidade do serviço assistencial e ganham repercussão na grande mídia[5].

Comenta Gawryszewski et al.[6]:

> A prática das centrais é a de, a todo momento, buscar a melhor alternativa assistencial; no entanto, os mecanismos formais, organizativos e pactuados são incapazes, isoladamente, de responder às necessidades impostas cotidianamente. Dessa forma, diversos caminhos, distantes do preconizado da regulamentação, são utilizados com o intuito de permitir o acesso dos usuários ao sistema. A responsabilização pessoal pelo acesso acaba resultando na necessidade - pessoal e individual - de resolução da demanda colocada, o que se dá por meio das redes de relações pessoais determinando o atendimento. A estratégia habitual são os contatos pessoais entre os profissionais da rede de saúde, que, a partir das relações cotidianas das equipes, acabam realizando uma gestão paralela, tentando neutralizar as barreiras impostas ao acesso.

5 BARBOSA, Dayse Vieira Santos; BARBOSA, Nelson Bezerra; NAJBERG, Estela. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. Rev. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, pp. 49-54, jan./mar. 2016. p. 50.

6 GAWRYSZEWSKI, Ana Raquel Bonder; OLIVEIRA, Denize Cristina; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. *Physis Rev. de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, pp. 119-140, 2012. p. 131.

Há sobretudo que se fazer leitura crítica à função precípua da regulação que deve ser pensada sempre no contexto dos princípios norteadores do SUS (art. 7.º da Lei n. 8.080/1990 combinado com o art. 197 da Constituição Federal) e não apenas como meio de racionar recursos, sendo que o processo regulatório deverá estabelecer um dimensionamento da oferta, uma qualificação da utilização dos recursos assistenciais e financeiros e coibir a utilização de fluxos paralelos, que não sejam baseados na impessoalidade e nos critérios científicos. Deste modo a regulação promove a articulação e integração das atividades de regulação, essa basilar, e ademais as de fiscalização, controle, avaliação e auditoria, sendo imperativo na disponibilização do acesso dos usuários aos serviços de saúde, atuando sobre a oferta e adequando-a às necessidades identificadas, tendo assim importante papel na gestão pública e sendo imprescindível a garantir a efetividade das ações desenvolvidas no sistema de saúde[7].

Entrementes, diante princípio da atenção integral de saúde e da obrigatoriedade de ofertar o acesso, verificando em contrapartida toda dificuldade de se estabelecer, em muitas razões e medidas, um processo célere e eficaz, é que outros meios e fluxos colaterais acabam sendo gerados e assomam problemática à tão já complexa contenda, é neste contexto que temos importante fundamento para busca das medidas judiciais, que serão na sequência tratadas com maior amiúde.

3 O fenômeno da judicialização da saúde

Um dos legados da Constituição Cidadã de 1988 foi proporcionar ao indivíduo o acesso pleno à justiça, seja como fundamento positivado (art. 5º, XXXV), seja na cultura da civilidade e exercício dessa faculdade; nisso está insculpido a busca pelo direito à saúde. Inobstante eis que se corporifica o fenômeno da judicialização da saúde, o qual "multifacetado, expõe limites e possibilidades institucionais estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor saúde e do sistema de justiça"[8]. Em contrapartida o Judiciário brasileiro tem sido muito aquiescente nesta modalidade de demanda, principalmente no que corresponde a demandas individuais, sendo pacífica a posição de que haja vista o direito à saúde é garantia constitucional, o forneci-

7 VILARINS, Geisa Cristina Modesto; SHIMIZU, Helena Eri; GUTIERREZ, Maria Margarita Urdaneta. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. *Rev. Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, pp. 640-647, out./dez. 2012. p. 645-6.

8 PEPE, Vera Lúcia Edai; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Rev. Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, pp. 2405-14, ago. 2010. p. 2406.

mento de medida que venha a restabelecer condição salutar, por indicação médica e diante recusa ou mora administrativa do poder público, deverá ser imputada como obrigação jurisdicional[9].

Nesta premissa a permissividade do Judiciário brasileiro até incentivou o progressivo e maciço aumento desse tipo de demanda, contudo, ao passo que impele, também acaba por desconsiderar os impactos orçamentários de uma decisão judicial que acaba por obrigar o sistema de saúde a implementar determinado tratamento. Para os magistrados, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão do gasto, são insuficientes para denegação do pedido de tratamento médico, diante respaldo constitucional, contudo já se verifica grande impacto dessa questão no planejamento das políticas públicas e na gestão orçamentária, ora porque os ensejos dessas ações são cada vez mais numerosos, ora porque os impactos orçamentários estão longe de qualquer razoável insignificância[10].

Tal situação inclusive tem despertado a preocupação do Conselho Nacional de Justiça que constituiu desde 2009 o Fórum da Saúde e vem implementando medidas no intuito de padronizar entendimentos, primar pela saúde baseada em evidências e assim dispor aparelhos que visem o equilíbrio entre a garantia dos direitos e a gestão da problemática.

O art. 9.º do Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011 prevê as portas de entrada - "serviços de atendimento inicial à saúde do usuário no SUS". Isso confere ao sistema uma organicidade, que irá prover subsídio ao planejamento e implementação de ações, bem como orienta a prática, os processos de trabalho e norteia o acesso. Contudo a via judicial tem configurado importante meio de garantia desse acesso, passando a conformar mais uma porta de entrada desse sistema, o que de *per si* já descaracteriza as bases teóricas e conceituais do sistema de saúde, constituindo desatino também neste ponto[11].

Na dimensão prática os usuários reconhecem na judicialização uma possibilidade para a agilidade no acesso. Por conta de uma implementação ineficaz da política pública de saúde, os usuários, em contato

9 WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Rev. de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, pp. 1191-206, set./out. 2014. p. 1192-3.

10 WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Rev. de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, pp. 1191-206, set./out. 2014. p. 1193.

11 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli; OLIVEIRA, Denize Cristina de; MARQUES, Sergio Corrêa; SPINDOLA, Thelma; NOGUEIRA, Virginia Paiva Figueiredo. O acesso às ações e serviços do Sistema Único de Saúde na perspectiva da judicialização. *Rev. Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 24, e2797, maio 2016. p. 2.

com esse sistema, esbarram em numerosas dificuldades das mais diversas naturezas, que acabam por promover entraves e lentidão para a resolução dos seus problemas. Entende-se fortuita a decisão judicial que parece tornar o sistema mais ágil. Desse modo, a demora é razão para busca do judiciário[12].

No caso da regulação de internação hospitalar o fator tempo é preponderante, se não vital; o que acaba por justificar, do ponto de vista humano, a medida liminar impetrada, até pela legítima tentativa de ação do ente familiar que acompanha e sofre com o usuário enfermiço. Constitui a judicialização um mal necessário, por vezes importante recurso na resolução de problemas, sendo até desejada em razão das debilidades e omissões estatais, mas não podendo assentar óbice intransponível aos administradores públicos[13].

4 A dubiedade da liminar

Resta claro que o axioma da demanda reprimida e oferta desorganizada ou insuficiente gera frustração do usuário e enseja a busca da preservação dessas garantias de direito no Sistema Judiciário. Já também (aqui) manifesta, é a razão de que a sistemática de regulação de internação hospitalar organiza seu processo de trabalho na ideia de aliar a melhor possibilidade terapêutica ao menor custo benefício, tanto para o usuário como para o Sistema, utilizando de critérios científicos e protocolos técnicos para definir prioridades e planejar suas decisões. E por fim é irrefutável que uma vez que o Judiciário, dentro de suas prerrogativas, atende o (justo) pedido individual, promove desarranjo na administração (coletiva) do Sistema de Saúde.

Ramos e Gomes[14] já destacam que a ação promovida pelo judiciário também promove injustiça "uma vez que pessoas deixam de ser atendidas em função da prioridade obrigatória do atendimento dos pacientes via mandado judicial". Isso importa em reflexão ao entender que o Poder Judiciário acaba interferindo nas prioridades de atendimento, bem como na organização dos fluxos dos pacientes, além do efetivo direcionamento das redes assistenciais qualificadas. Ademais, o caráter impositivo, do *de-*

12 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. A judicialização da saúde pública no brasil: um estudo de representações sociais. Rev. *Cuidarte, Bucaramanga* (Colômbia), v. 5, n. 2, pp. 827-836, jul-dez 2014. p. 834.

13 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. A judicialização da saúde pública no brasil: um estudo de representações sociais. Rev. *Cuidarte, Bucaramanga* (Colômbia), v. 5, n. 2, pp. 827-836, jul-dez 2014. p. 835.

14 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. A judicialização da saúde pública no brasil: um estudo de representações sociais. *Rev. Cuidarte, Bucaramanga* (Colômbia), v. 5, n. 2, pp. 827-836, jul-dez 2014. p. 835.

cisum, por vezes insere o usuário - paciente - num contexto inadequado, razão geradora, inclusive, de conflitos éticos, caracterizados por questões emocionalmente carregadas para os trabalhadores da saúde envolvidos[15].

Luz et al.[16] solidifica esse debate quando afirma que:

> A responsabilidade ética individual é o coração da competência clínica para todos que cuidam de pessoas doentes. Apesar dos avanços obtidos na prevenção e no tratamento de doenças, é possível constatar, de forma paradoxal, diversos fracassos na prática clínica, sobretudo no que concerne ao profissional de saúde lidar com fenômenos subjetivos da pessoa que necessita de cuidado.

O judiciário acaba por influenciar o processo decisório da equipe, por si específico, de sorte prejudicado; afetada, a organização do trabalho em saúde, deverá pender considerando a exigibilidade de atendimento prioritário e imediato dos usuários que ingressam no Sistema de Saúde pela Justiça, isso concatenado aos obstáculos burocráticos e operacionais no cumprimento dos mandados, a busca de vagas é só o entrave inicial. Somado a isso, a família, municiada da ordem, passa a ser mais diligente e também intransigente, sendo que os profissionais procuram equilibrar as cizânias atendendo as solicitações judicializadas da mesma forma que atendem as administrativas, visando garantir, em stricto sensu, o princípio de isonomia e igualdade de direitos, corolário da prática da igualdade constitucional e do princípio da equidade[17].

5 A efetividade (social) do crime de desobediência diante o ato de regular leitos

Não é incomum que em medidas liminares de processos, que versem sobre a internação hospitalar, se encontre expresso a possibilidade de imputação do *crime de desobediência*.

15 LUZ, Kely Regina da. *O enfermeiro e o exercício da advocacia do paciente diante da internação por ordem judicial na terapia intensiva*. 2018. 221 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) - Programa de Pós-Graduação em Enfermagem, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 66.

16 LUZ, Kely Regina da Luz; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; BARLEM, Edison Luiz Devos; SCHNEIDER, Dulcinéia Ghizoni; NEVES, Franciele Budziareck das. Deliberação moral de enfermeiros frente à internação por ordem judicial. *Rev. de Enfermagem da UFSM*, Santa Maria, v. 9, e27, p. 1-20, 2019. p. 3.

17 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli; GUIMARÃES, Raphael Mendonça; SANTOS, Érick Igor. A judicialização da saúde contextualizada na dimensão prática das representações sociais dos profissionais de saúde. *Rev. de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 18, n. 2, pp. 18-38, jul./out. 2017. p. 26-7.

> ESPÍRITO SANTO. Comarca de Vila Velha, 2.º Juizado Especial Criminal/ Fazenda Pública. Decisão/ Mandado/ Ofício. Saúde. Direito Constitucional. Liminar. Processo n. 0016575-52.2018.8.08.0035.
>
> "Destarte, sem mais delongas, *concedo liminarmente a tutela específica*, obrigando o Requerido, às suas expensas, através de seu órgão competente, *a proceder a transferência e internação hospitalar*, em Hospital "com serviço de neurocirurgia", para que lhe seja dispensado o devido tratamento médico, perante a rede pública ou particular de saúde.
>
> (...)
>
> "(...) sem prejuízo de eventual apuração de *responsabilidade na esfera penal* (*ART. 330, DO CP*)". [g.n.]

O tipo está previsto no *Capítulo II - Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral*, que por sua vez está no *Título XI - Dos crimes contra a administração pública* do diploma penal em vigor.

> *Desobediência*
>
> Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
>
> Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Nucci[18] ensina que "desobedecer significa não ceder à autoridade ou força de alguém, resistir ou infringir." Contudo o penalista esclarece que é preciso que a ordem seja da ciência de quem é demandado, tendo sido emitida por funcionário público e ainda é indispensável que a ordem seja legal para que o comando se revista de validade concluindo que "sob outro aspecto, a legalidade da ordem não se confunde com sua justiça ou injustiça" pois "ordens legais, ainda que injustas, devem ser cumpridas." Neste ínterim, para o estudo em tela, ainda é conveniente salientar que o sujeito ativo do tipo pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, contanto que a ordem dada não tenha relação com a função exercida, pois se o tiver a imputação recairá sob o delito de prevaricação (art. 319, do Código Penal).

No caso das notificações judiciais para internação hospitalar, os profissionais que a recebem se constituem constrangidos a cumprir no que for prescrito pelo juiz, eis que o não acato é justamente caracte-

18 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal - parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*. v.3. 6. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 502.

rizado como crime de desobediência, e seu acolhimento deve se dar independente de concordância ou não com seu conteúdo decisório[19].

É importante entender que caso o tipo não esteja expresso no comando judicial (concreto) não importa a possibilidade de imputação futura. Trata de tipo previsto (abstrato) e sua apuração é que irá ensejar denúncia no que e quando couber; a expressão em medida inicial, pelo magistrado, tem mero caráter educativo e didático e faz parte do (seu) estilo adotado para a confecção do mandado.

O fato de estar direcionado à equipe de regulação, cujo a unidade é o regulador, no exercício de suas funções, pode dá a falsa impressão de que o descumprimento da ordem ensejaria no crime de prevaricação, contudo, devemos entender, que o profissional tem em suas funções a prerrogativa de prover a vaga ao usuário dentro de pressupostos estabelecidos e validados, onde fundamentos técnicos são mensurados na proposição de atender não só o indivíduo, objeto da medida, mas também a coletividade, usando de critérios de priorização, como já discutido. Assim, se a vaga hospitalar ainda não foi garantida, não agiu o profissional em desídia ou fora de suas atribuições, razoavelmente pode não ter havido disponibilidade ou mesmo, algum outro paciente, com critérios clínicos mais significativos, teve sua demanda atendida prioritariamente. A decisão, diretamente, não impele o regulador a fazer o que já faz, pelo contrário, ela o induz a justamente não utilizar desses critérios e impor, em detrimento de qualquer ressalva técnica e regulatória, a execução sem óbice do comando para atender a discricionariedade estatal, então seu descumprimento ensejaria no crime de desobediência como já colocado.

No caso de direito à saúde (pública) o Judiciário é acionado para apreciar lesão ou ameaça a direito constitucional e o ato decisório se constitui no sentido de que a administração pública deixe de violar ou concretizar esse direito, cujo descumprimento repercute como uma negação à Constituição. Em caso de internação hospitalar pode-se, nesta perspectiva, mesmo que a demanda judicial se justifique pelo *periculum in mora*, intentar uma omissão estatal diante um dever legal de agir, qual seja, o de ofertar serviço de saúde tempestivamente e de modo adequado[20].

Na ponta do polo passivo, responsável pela execução e insculpido da função estatal, está o regulador, agente balizado por parâme-

19 RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. A judicialização da saúde pública no brasil: um estudo de representações sociais. *Rev. Cuidarte, Bucaramanga* (Colômbia), v. 5, n. 2, pp. 827-836, jul-dez 2014. p. 835.

20 LEITE, Larissa Reis. *A responsabilidade do estado por omissão no cumprimento de decisão judicial*. 2017. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) - Curdo de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

tros técnicos e com conhecimento específico para a função que exerce, sendo imprescindível o seu exercício, até para que a decisão (técnica) correta - justa - cumpra seu encargo e atenda os anseios, inclusive da sociedade, na principiológica demanda de equidade, vez que é garante para quem administrativamente, como de praxe, requisita o fito e tem nele a figura técnica e imparcial que vai conduzir a melhor solução para o benefício de todos.

Ambos agentes - judicial e técnico - agem sob mesmo crivo constitucional - prover igualdade - e têm por asserção o mesmo bem jurídico, a vida, contudo a autoridade sanitária do regulador, que vivencia a questão e a enfrenta no campo da especificidade clínica, se depara com a autoridade discricionária e estatal do Judiciário, eivado das melhores intenções, respaldado pela norma e convencido pelas alegações que terá por resultado uma decisão, de fato correta, mas não necessariamente justa. Diga-se pois que nem pontuamos questões maiores como intervenções orçamentárias e de planejamento como já colocado, mas na intervenção direta de uma escolha clínica que poderá (ou irá) beneficiar um e prover prejuízo, iguais ou até maiores, diante os arrazoados na exordial que ensejou da decisão, de outro.

A própria Carta Magna brasileira tem solução para isso, que é a garantia do contraditório, contudo devemos lembrar que trata, geralmente, de decisão interlocutória no início do processo, atendendo a requisito de não se ouvir a parte demandada - *inaudita altera pars* - sendo que a contestação se dará posterior ao cumprimento. Admite-se o risco de uma injustiça irreversível para quem apenas aguardava sua vez, assevera-se o impasse enfrentado pela equipe de regulação.

As escolhas clínicas são inerentes à profissão de saúde e irão ocorrer nos cenários até mais ideais. Já comentadas, as vicissitudes do Sistema de Saúde brasileiro, maximizam a problemática e ensejam as demandas judiciais, mas independente disso sempre haverá a possibilidade da intervenção estatal, nestas questões, em qualquer condição ou situação, o que se mensura é o quanto o Judiciário está apto para a decisão mais acertada, inficionada de tecnicidade, ou se ele (quer) suporta(r) o peso desse momento cabal.

É humanamente compreensível a angústia de um Juiz em denegar pedido desta monta, mas atentar às questões tão quão relevantes e usar o peso da decisão para propor reflexão é também pertinente, bem como, em circunspecção, pender ao coletivo.

ESPÍRITO SANTO. Comarca de Guarapari, 1.º Juizado Especial Criminal/ Fazenda Pública. Decisão. Saúde. Direito Constitucional. Pedido Liminar. Plantão. Processo n. 0002266-97.2020.8.08.0021.

> "Na hipótese, o jurisdicionado encontra-se internado em Unidade de Pronto Atendimento e com nome *cadastrado na central de regulação de vagas*, sendo certo que o s*eu atendimento ocorrerá de acordo com os critérios* da Secretaria de Estadual de Saúde.
>
> (...)
>
> "Nessa perspectiva, por mais que necessite o jurisdicionado de tratamento, o *direito a saúde é de todos* e, atualmente, dos que mais dele necessitam, sendo que *sua transferência se realizará em estrita observância à ordem de regulação de vagas urgentes e situações de emergência da Secretaria Estadual de Saúde*.
>
> "Em outras palavras, *o perigo de dano não é só da parte, mas sim de toda a coletividade*, de forma que reputo ausente um dos requisitos do art. 300, caput, do CPC/15.
>
> "Ante o exposto, INDEFIRO a TUTELA DE URGÊNCIA.
>
> "Intime-se." *[g.n.]*

Observe que a demanda foi acolhida, apesar de denegada, a matéria enfrentada em sua complexidade, o ente jurisdicional se manifestou, a administração pública foi intimada e o usuário atendido administrativamente, como haveria de ser. Houve, neste caso, quase isolado, tino e comunicação, não se tergiversou, haja vista construção pedagógica dos fundamentos da decisão, função social foi ensejada e o direito, no fim, garantido. A Justiça prevaleceu.

Paradoxalmente, no caso concreto, poderá haver situações que tanto Judiciário não irá fazer justiça, como o profissional de saúde não irá salvar uma vida. Ironicamente, a legalidade da letra morta poderá ser condão da desfortuna irremediável. Profissionais de saúde não deixarão de ser quem são e nem o Judiciário irá deixar de impor sua função, os dias continuarão.

A mera imputação posterior de crime de desobediência, ou sua possibilidade fática, não resolve o problema e cria outro cenário onde a injustiça poderá ser maior. Imaginemos um panorama onde o regulador toma justa decisão e é penalizado posteriormente por ter obtido êxito em ambas as demandas, na administrativa e na judicial, tão somente pela intempestividade, de no primeiro momento ter obedecido critérios clínicos, ou contestação pontual diante o óbvio, em termos técnicos, que lhe era razoável.

Na realidade as ordens são cumpridas sem questionamento e as posteriores imputações não passam de mera possibilidade, isso verificado na pesquisa jurisprudencial, efetuada neste estudo, que não reporta julgados nesta matéria, ou o faz insignificantemente. Por parte do

Judiciário o problema está resolvido, no que se refere a sua função - não a problemática geradora, mas o dilema enfrentado é diuturno. As regulações de internação hospitalar e seus complexos se adequaram ao acolhimento das medidas judiciais e esta intervenção jurídica - atécnica, no sentido clínico - convive harmoniosamente nas telas frias dos sistemas de informação de regulação.

6 Conclusão

Diante excogitado, é sim improfícuo à equipe de regulação de leitos de internação ser exortado a cumprimento de liminar que objetive a internação de usuário que aguardava posição em sua fila de vagas, seja pela quebra no padrão e ordem do processo de trabalho previamente estabelecido, seja pelo alvitre que o distancia de seu serviço, rico de especificidade tenaz e do necessário conhecimento técnico, para o qual foi demandado, em função primaz. Ficou comprovado que esse procedimento leva o profissional de saúde a introspectar embate ético e moral, que para cumprir o *decisum*, muitas das vezes, o impele a romper com a própria elaboração, o qual o constituiu na função exercida.

Resta claro que a regulação de leitos de internação, em sua constituição, procura atender e aliar os princípios orgânicos do Sistema Único de Saúde brasileiro com as vicissitudes de sua operacionalização, quer seja, pela escassez de recursos.

Neste ínterim, o fenômeno da judicialização vem ganhando força, quer pelas omissões estatais, em discrepância pelo estabelecido em norma e por direito, quer pela estrutura democrática possibilitada pelo Estado de Direito que provê, no exercício da cidadania, a possibilidade de livremente insurgir, por faculdade, a desmazelos infligidos; consequentemente, os complexos reguladores de internação hospitalar se tornam meio à desígnio de cumprimento dessas demandas, vez que acolhidas pelo judiciário, para vagas de internação. Destarte essas equipes são confrontadas para este fim e porquanto, passíveis de responsabilização pelo crime de desobediência caso não venham a cumprir.

Contudo se faz razoável argumentar que uma vez que o órgão da jurisdição promova justiça ao indivíduo, usuário requerente, também promove lacuna que poderá ir diretamente contra a outro indivíduo, em situação análoga, tal qual o mesmo que foi atendido e, de maneira secundária, interfere no planejamento e medidas orçamentárias, que têm (ou teriam) por finalidade atender a coletividade.

Por fim, ao constatar que é possível acusar de crime de desobediência o agente (estatal) regulador, também se verifica insignificante o levantamento jurisprudencial a essa imputação, vez que, pelo arguido, a despei-

to de todas as consequências levantadas, sejam individuais ou coletivas, as ordens judiciais são devidamente cumpridas conforme sua prescrição. Isso nos leva a mensurar não somente a possibilidade incriminatória mas também o custo, profissional e social, para que a imputação não se efetive, promovendo oportuna reflexão para que medidas alternativas e extrajudiciais possam encontrar saídas menos desvantajosas para todas as partes.

7 Referências

BARBOSA, Dayse Vieira Santos; BARBOSA, Nelson Bezerra; NAJBERG, Estela. Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS. Rev. *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, pp. 49-54, jan./mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1414-462X201600010106>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011*: regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*: dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Portaria n. 95, de 26 de janeiro de 2001*: aprovar a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html>. Acesso em: jun. 2022.

BRASIL. *Portaria n. 1.559, de 1.º de agosto de 2008*: institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde - SUS. Dis-

ponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1559_01_08_2008.html>. Acesso em: jun. 2022.

CASTRO, Janice Dornelles de. Regulação em saúde: análise de conceitos fundamentais. *Rev. Sociologias*, Porto Alegre, v. 4, n. 7, pp. 122-135, jan./jun. 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222002000100005>. Acesso em: jun. 2022.

ESPÍRITO SANTO. Comarca de Guarapari, 1.º Juizado Especial Criminal/ Fazenda Pública. Decisão. Saúde. Direito Constitucional. Pedido Liminar. Plantão. Processo n. 0002266-97.2020.8.08.0021. Requerido: Estado do Espírito Santo. Requerente: Benigno Carneiro da Silva. Juiz de Direito: Leonardo Augusto de Oliveira Rangel. Itapemirim, 03 abr. 2020. Liminar indeferida.

ESPÍRITO SANTO. Comarca de Vila Velha, 2.º Juizado Especial Criminal/ Fazenda Pública. Decisão/ Mandado/ Ofício. Saúde. Direito Constitucional. Liminar. Processo n. 0016575-52.2018.8.08.0035. Requerido: Estado do Espírito Santo. Requerente: Erlon Eurides da Silva. Juiz de Direito: Marcos Antônio de Souza. Vila Velha, 06 jun. 2018. Liminar concedida.

GAWRYSZEWSKI, Ana Raquel Bonder; OLIVEIRA, Denize Cristina; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. Acesso ao SUS: representações e práticas de profissionais desenvolvidas nas Centrais de Regulação. *Physis Rev. de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, pp. 119-140, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312012000100007>. Acesso em: jun. 2022.

LEITE, Larissa Reis. *A responsabilidade do estado por omissão no cumprimento de decisão judicial*. 2017. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) - Curdo de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11346>. Acesso em: jun. 2022.

LUZ, Kely Regina da. *O enfermeiro e o exercício da advocacia do paciente diante da internação por ordem judicial na terapia intensiva*. 2018. 221 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) - Programa de Pós-Graduação em Enfermagem, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/191613>. Acesso em: out. 2020.

LUZ, Kely Regina da Luz; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; BARLEM, Edison Luiz Devos; SCHNEIDER, Dulcinéia Ghizoni; NEVES, Franciele Budziareck das. Deliberação moral de enfermeiros frente à internação por ordem judicial. *Rev. de Enfermagem da UFSM*,

Santa Maria, v. 9, e27, p. 1-20, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/2179769235033>. Acesso em: jun. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal - parte especial: arts. 213 a 361 do código penal*. v.3. 6. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PAIM, Jairnilson Silva. Uma análise sobre o processo da Reforma Sanitária brasileira. *Rev. Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, pp. 27-37, jan.-abr. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=406341772004>. Acesso em: jun. 2022.

PEPE, Vera Lúcia Edai; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Rev. Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 5, pp. 2405-14, ago. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015>. Acesso em: jun. 2022.

RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli. A judicialização da saúde pública no brasil: um estudo de representações sociais. *Rev. Cuidarte, Bucaramanga* (Colômbia), v. 5, n. 2, pp. 827-836, jul-dez 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=359533181016>. Acesso em: jun. 2022.

RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli; GUIMARÃES, Raphael Mendonça; SANTOS, Érick Igor. A judicialização da saúde contextualizada na dimensão prática das representações sociais dos profissionais de saúde. *Rev. de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 18, n. 2, pp. 18-38, jul./out. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v18i2p18-38>. Acesso em: jun. 2022.

RAMOS, Raquel de Souza; GOMES, Antonio Marcos Tosoli; OLIVEIRA, Denize Cristina de; MARQUES, Sergio Corrêa; SPINDOLA, Thelma; NOGUEIRA, Virginia Paiva Figueiredo. O acesso às ações e serviços do Sistema Único de Saúde na perspectiva da judicialização. *Rev. Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 24, e2797, maio 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1518-8345.1012.2689>. Acesso em: jun. 2022.

VILARINS, Geisa Cristina Modesto; SHIMIZU, Helena Eri; GUTIERREZ, Maria Margarita Urdaneta. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. *Rev. Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, pp. 640-647, out./dez. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-11042012000400016>. Acesso em: jun. 2022.

WANG, Daniel Wei Liang; VASCONCELOS , Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Rev. de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, pp. 1191-206, set./out. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-76121666>. Acesso em: jun. 2022.

1.5

DO MANICÔMIO TRIBUTÁRIO AO NOSOCÔMIO PANDÊMICO

GUSTAVO SIPOLATTI*

A Banda do Fisco anima há anos o carnaval tributário no Manicômio[1] Clube Brasil. Repetidamente, o ritmo liberal anárquico é tocado em escala industrial. A normatividade alucinante rola pelo batuque das portarias, das instruções, dos decretos, das medidas provisórias, das leis, das emendas e das constituições. A música não para na aparelhagem da modernidade. A harmonia manicomial se dá pela obediência as indecifráveis partituras. Milhões de processos tributários são lançados nessa parada de insucessos. O Clube é para poucos e o povo dança do lado de fora. A animação da pipoca é garantida pelo som das multas, que ultrapassam os mil decibéis de por cento, sem esquecer o repique da correção e dos juros. As letras versam sobre o amor a neutralidade, o apego aos formalismos e no ideal do mundo hermético. Os anseios metafísicos dos marginalizados são medidos pela régua de uma medida só. Ao entardecer a razão se apaga em tom melancólico. Nada que faça o *status quo insanus* diminuir. Sistematicamente a ressaca é rebatida por mais um gole genérico de abstração. Noite à dentro os esqueléticos pulam diante do portão cerrado pelos cadeados da tipicidade. A marchinha sobrevive a madrugada pandêmica. No crepúsculo, a promessa de mudança assegura aos barrados o mesmo lugar ao sol, na manhã que se anuncia.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conjuntura tributária. 3 Pensando como a banda do contribuinte. 4 Reflexões finais. 5 Referências bibliográficas..

* Presidente da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo, Especialista em direito tributário pela Cândido Mendes / IBET, especialista em direito constitucional pela UFES, mestre pela UNIFLU, doutorando pela FDV, ex conselheiro estadual da OAB/ES, ex membro consultivo da Comissão Nacional de Advocacia Pública, ex presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB-ES, Advogado e Procurador do Estado do Espírito Santo. ORCID 0000-0002-3381-6546. EMAIL: sipolatti@hotmail.com.

1 O texto faz alusão às alegorias do jurista Alfredo Augusto Becker, as quais continuam atuais.

PALAVRAS CHAVES: Reforma tributária. *Storytelling*: contribuinte. Constituição.

1 Introdução

As disfunções do sistema tributário são reconhecidas e se acentuam pela crise sanitária. A receita caseira para conter o esgarçamento do pacto social é reformar. Destacadamente[2] tramitam na Câmara a PEC de nº 45/2019, no Senado a PEC de nº 110/2019 e recentemente o Executivo anunciou o Projeto de Lei de nº 3887/2020. As três propostas de ideal racionalizante apostam no fim da extrafiscalidade, linearidade, neutralidade, não-cumulatividade, fim dos benefícios, menos burocracia e centralização.

Não se sabe qual reforma tributária virá, mas o discurso político entre os diversos atores é por mais racionalidade, fim da extrafiscalidade, adoção de alíquotas lineares, neutralidade, menos burocracia, centralização e manutenção da carga tributária atrelada à desoneração da folha de pagamentos.

O paradigma dominante, racional-moderno, já evidenciou que não consegue lidar com as mazelas culturais do nosso sistema. Voltado para a percepção do real, se propõe considerar a vulnerabilidade do contribuinte de carne e osso, o poder dos oligopólios e os propósitos do Estado na equação tributária.

A abordagem se dá com preocupação ao plano da vida, extraindo do próprio ente os seus conceitos e sem forçá-los "... método fenomenológico será exatamente aquele que permitirá que o ente se mostre por si mesmo ... um Deixar acontecer"[3].

Nessa visada fenomenológica, o artigo desenvolve-se através do *storytelling*, se preocupando em abrir as discussões que se encerram no plano abstrato da racionalidade do discurso, o que tem, por vezes, servido para encobrir a realidade posta, tornando ainda mais agudo o quadro de complexidade do sistema tributário, ao não compreender a própria vida dos sujeitos que lhe são subalternos.

Notou-se que a crise do direito e das instituições políticas tem por reflexo a própria crise da noção da verdade e deriva de um formalismo jurídico entendido na concepção do direito como um mundo idealizado por sistemas normativos, em que se sonega a faticidade[4].

---

2 Há outras propostas, por exemplo, o Simplifica Já.

3 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 113.

4 CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*: caminhos para a

A exploração do tema não revela tão somente uma fenomenologia do poder, mas sobretudo uma crítica do papel desempenhado na persecução e garantia dos direitos fundamentais, razão pela qual o encaminhamento perpassa necessariamente por um viés democrático e ético, com compromisso em tentar mudar a realidade posta e manicomial.

Por isso mesmo é que, em razão da mutabilidade social e da falibilidade do resultado gerado pelo uso da técnica em relação a realidade, que se faz necessária a constante sindicância social da legitimidade de seu emprego, não apenas atrelada ao superado paradigma formal da autoridade, mas levando-se em conta a experiência do mundo sensível dos sujeitos que sofrem a pesada incidência da norma jurídica tributária.

A adoção de uma postura ontológica, voltada para a própria análise do ser, possibilita controlar e diminuir as manipulações em matéria tributária, em que a tributação pautada na neutralidade e na legalidade tem servido para coibir a realidade e a realização do processo constitucional civilizatório, subvertendo o pacto social.

O *storytelling* se mostra como instrumental adequado para responder as distorções decorrentes do uso de técnicas e da razão pura.

A construção dum modelo teórico voltado para o ser serve de orientação e baliza no controle de atuação dos agentes políticos, notadamente ao executivo e ao Judiciário.

A compreensão do outro, de sua posição, a estrutura de poder devem ser compreendidas e desveladas, inclusive para uma mudança de percepção e postura das autoridades, aqui nominados de juízes fiscais.

Os operadores do direito devem levar em conta a contingência do mundo hodierno e a devida sintonia com o mundo da vida, sem a qual pode se perder o próprio fundamento dos direitos consagrados constitucionalmente e a própria humanidade, para tanto, devem atuar como juízes contribuintes no exercício do poder, pois só assim será modificado o estado de coisas aparente.

Por um viés compreensivo, pós-moderno, se traça a conjuntura e uma reflexão sobre a necessidade de se romper com a *práxis* sustentada na razão neutra, para que não masque em seu nascedouro mais uma tentativa de fugir dos grilhões do manicômio tributário, agora expandido para atender as necessidades do nosocômio pandêmico.

2 Da conjuntura tributária

As nossas amarras têm raízes profundas. A relação com a ser foi rompida com a chegada do império lusitano. O real foi substituído pela

superação do paradigma formalista. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 81.

realeza. Aqui na América ocorreu o mais eficaz movimento *cancel culture*. O *reset* foi dos ursos aos pinguins.

A Modernidade marcou um processo de "coisificação" da vida. Exemplos de tratamento desumano conferido aos índios, aos negros e aos estrangeiros não faltam, o que igualmente permeia a relação com os contribuintes.

Quase esquecida, a Inconfidência Mineira foi duramente repelida há 310 anos, por também questionar a derrama. A hipótese de incidência e o consequente normativo já eram evidenciados pelo conector relacional "*manda quem pode e entrega quem produz*".

Com o fim do Brasil Colônia fomos brindados com os princípios positivistas e liberais. O jogo hermético do direito tem servido a reprodução de esquemas sociais, garantidos pela logicidade interna, reificando as estruturas de poder no plano da vida.

Durante todo esse tempo, a produção normativa só aumentou. A partir da Constituição Cidadã foram editadas milhares de leis e 16 Emendas de trato tributário[5].

O passivo tributário totalizou em 2019 R$ 4.045 trilhões, com 14,87% dos créditos recuperáveis[6]. Tramitavam em 2017 31.200.000 execuções fiscais[7]. O contencioso corresponde a 73% do PIB[8], 14% a mais do que o valor das empresas listadas na BOVESPA. A média OCDE é de 0,28%, na América Latina a relação cai para 0,19%, a proporção dos nossos *hermanos* é 384 vezes menor que a do Brasil.

O quadro de descalabro se reflete na sociedade, o Brasil, país cinco vezes campeão do futebol também é penta em matéria tributária[9].

O resultado não poderia ser outro, não se mostra razoável entregar quase meio ano de trabalho a um Estado que oferece pouco retorno[10].

---

5 Brasil tem mais de 790 mil normas vigentes; foram mais de 6 mi editadas desde a CF/88. Publicado em 28 de outubro de 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/ quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes-foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88 - >. Acesso em 15 de julho de 2020.

6 Passivos da União Superam ativos em R$ 2,416 trilhões em 2018, di Tesouro . Publicado em 12 de junho de 2019. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019 /06/12/internas_economia, 1061332/passivos-da-uniao-superam-ativos-em-r-2-416-trilhoes--em-2018-diz-tes.shtml>. Acesso em 10 de julho. de 2020.

7 FRANCO, Marcelo Veiga. A *Cobrança Extrajudicial de Dívida Ativa Como Meio de Enfrentamento do "Gargalo" das Execuções Fiscais*. Disponível em: <file:///C:/Users/Gustavo% 20Sipolatti/ Downloads/33-Texto%20do%20artigo-155-1-10-20190628.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2020.

8 LISBOA, Marcos et al. *Uma agenda econômica pós-pandemia: parte I qualidade do gasto e tributação*. Disponível em:<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Uma-agenda--econ%C3%B4mica-p%C3%B3s-pandemia-parte-I.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

9 Pelo 5º ano, Brasil é último em ranking sobre retorno dos impostos. Publicado em 01 de junho de 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/ pelo-5-ano--brasil-e-ultimo-em-ranking-sobre-retorno-dos-impostos.html> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

10 Brasileiro trabalha mais de 5 meses do ano para pagar imposto, diz estudo. Publica-

A percepção negativa[11] é comum[12].

Nada evoluímos de Tiradentes para cá, a derrama de 1/5 saltou para quase 2/5 do PIB[13], sem o contar o sistema regressivo e desigual[14], já repudiado há 115 anos[15].

A mudança "deveria" ser interesse comum, mas não é. O Ministro Paulo Guedes ao tratar da reforma assim se pronunciou "(...) o que acontece com os tributos no Brasil, Willian, é 1/3 tem capacidade de fazer pressão política faz lobby, vem a Brasília e consegue ser desonerado, o outro terço não tem lobby político, mas tem dinheiro prefere pagar escritório de advocacia e acaba criando um contencioso de 2 trilhões com a União e só 1/3 paga (...)"[16].

Exemplos para a manutenção do *status quo insanus*, não faltam:

a) A Lei do Contribuinte Legal, que limitou o acesso ao CARF para causas superiores a 60 salários mínimos, alijando os pequenos devedores;
b) A estruturação do CARF, que garante os 11 conselheiros indicados pelo setor financeiro[17]. Não havendo representação da advocacia;

do em 03de junho de 2019. Disponível em <https://economia.uol.com.br/ noticias/redacao/2019/06/03/dias-trabalhados-ano-para-pagar-imposto.htm?cmpid =copiaecola> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

11 "Os contribuintes gastam em média 1.500 horas por ano para cumprir suas obrigações tributárias. O Brasil é dos países que tem a maior complexidade tributária (posição 184 do ranking), superado apenas pelo Congo, Bolívia, Republica Central Africana, Chade, Venezuela e Somália". A polêmica tributação dos dividendos. Publicado em 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/alessandra-okuma-polemica-tributacao-dividendos> Acesso em: 15 de julho. de 2020.

12 "Uma pesquisa com mais de mil profissionais brasileiros mostra que a maioria (91%) tem vontade de procurar uma oportunidade de trabalho no exterior para ter a chance de morar fora do país". Radar: o que motiva brasileiros que sonham em viver no exterior. Publicado em 14 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/ 2019/01/14/radar-o-que-motiva-brasileiros-que-sonham-em-viver-no-exterior.ghtml> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

13 Estudo aponta que carga tributária bateu recorde em 2019. Percentual de 35,17% do PIB supera o pico anterior, de 2008, quando foi a 34,76%; IR de empresas e ICMS puxam alta. Publicado em 13 de março de 2020. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/estudo-aponta-que-carga-tributaria-bateu-recorde-em-2019.shtml> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

14 As distorções de uma carga tributária regressiva. Publicado em 28 de março de 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com _content&id=3233> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

15 A reforma tributária é a mais importante para o Brasil superar a desigualdade social". Publicado em 11 de junho de 2019. Disponível em: < http://www.ihu. unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589925-a-reforma-tributaria-e-a-reforma-mais-importante-para-o-brasil-entrevista-especial-comrosa-angela-chieza>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

16 Brasil Pós-Pandemia. Entrevista Paulo Guedes. Publicado em 06 de julho de 2020. Disponível em:< https://www.youtube.com/watch?v=5WHA0zU82vE> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

17 Temos um oligopólio financeiro com grande representatividade e poder político, limitado a 5 bancos, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Itaú-Unibanco, Bradesco e Santander.

c) No Espírito Santo, foi noticiado que existem 16 mil potenciais comerciantes "criminosos", em razão da recente decisão do STF que criminalizou o não recolhimento do ICMS[18].

A título de desnudação das estruturas de poder, cabe analisar as origens e os destinos da reforma, a PEC de nº 45, defendida pelo Presidente da Câmara[19] foi idealizada pelo Centro de Cidadania Fiscal, que tem por financiadores a Vale, o Itaú, a Braskem, a Votorantim e a Natura[20].

De forma similar, a alíquota apresentada pelo Governo Federal para o setor financeiro é de 5,8%, menos da metade dos 12% para o comércio e serviço. Em resumo, além de garantir o estado de coisas[21] se aumenta a carga tributária[22] para os que mais empregam[23].

O DNA das propostas reflete um experimento testado há 40 anos, da tributação ótima, que não serviu as promessas liberais, de atrair o fluxo de capitais, de incentivar investimentos, de viabilizar os serviços públicos e de reduzir as desigualdades. Um plano frustrado para propósitos ambidestros, que apenas gerou concentração de renda[24].

Diante dessa conjuntura, se faz uma reflexão pró-majoritária, voltada para o povo, ignorado na equação tributária, para tanto se utiliza do instrumental teórico do Professor Adilson José Moreira tão bem elaborado na obra "Pensando como um negro", para romper com o paradigma da Banda do Fisco, composta por oligopólios e agentes políticos.

---

18 Mais de 16 mil empresas no ES embolsaram ICMS pago por consumidor. Publicado em 09 de julho de 2020: Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/mais-de-16-mil-empresas-no-es-embolsaram-icms-pago-por-consumidor-0720>Acesso em: 10 de julho de 2020.

19 "Patrocinada" por Rodrigo Maia, proposta do Centro de Cidadania Fiscal deve balizar termos da Reforma Tributária. Publicado em 06 de julho de 2020. Disponível em: <https://novovarejo.com.br/patrocinada-por-rodrigo-maia-proposta-do-centro-de-cidadania-fiscal--deve-balizar-termos-da-reforma-tributaria/> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

20 Bernardo Appy. Publicado em 21 de fevereiro de 2020. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Bernard_Appy> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

21 Reforma Tributária em tempos de crise: necessidade x cautela. Publicado em 08 de junho de 2020. Disponível em:< https://www.migalhas.com.br/depeso/328502/ reforma-tributaria--em-tempos-de-crise-necessidade-x-cautela> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

22 Reforma Tributária. Disponível em:< https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa / comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pec-045-19-reforma-tributaria/documentos/audiencias-publicas/BrunoMuratPillar.pdf> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

23 O setor de serviços e a produtividade no Brasil. Publicado em 4 de fevereiro de 2020. https://www.cofecon.org.br/2020/02/04/artigo-o-setor-de-servicos-e-a-produtividade-no-brasil/> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

24 A revisão da teoria da tributação ótima e o projeto fiscal do novo governo. Disponível em:<https://sep.org.br/anais/2019/Sessoes-Ordinarias/Sessao1.Mesas1 _10/Mesa3/032.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

3 Pensando como a banda do contribuinte

Pensar como a Banda do Contribuinte não significa a compreensão do texto de forma diferente da Banda do Fisco, mas sim que a experiência deva ser privilegiada em sua interpretação, criação e aplicação do direito.

A Banda do Contribuinte não é a *blue chip* [25]que tem poder, mas aquela que faz parte um grupo esmagadoramente majoritário, politicamente sem representação efetiva, o pequeno empresário, o profissional liberal, o autônomo, o informal e os vulneráveis, o cidadão que sonha com um bom sistema de saúde, de educação e de segurança, que vive e viverá o Brasil, que percebe a realidade a partir de uma posição distinta da Banda do Fisco, principalmente dos que conseguem negociar reformas e vivem no além-mar.

Notadamente, o contribuinte não tem as mesmas garantias e privilégios dos oligopólios e dos agentes políticos em juízo ou fora dele. Também não possui as mesmas condições de existência e de oportunidades materiais.

Não está representado nas diversas instituições, e isso impede que suas vozes e interesses sejam pontos relevantes para a agenda dos partidos. Raramente é ouvido, e as demandas, quando postas, são vorazmente combatidas para a manutenção das estruturas existentes, não tendo prioridade no processo decisório, a despeito da sua essencialidade social.

A Banda do Fisco composta por oligopólios, governantes, legisladores, juízes, procuradores, analistas e auditores, interpretam e criam as normas a partir de uma visão do Estado.

Os agentes políticos em sua grande maioria inseridos numa cultura tributária conceitualista, ignoram a realidade, os reais motivos, os interesses e as conseqüências da aplicação estéril do direito.

Dessa análise mecânica, estimulada pelo volumoso passivo, milhões de execuções em trâmite, acabam por perpetuar posições sociais específicas, em detrimento dos objetivos constitucionais e uma possibilidade de reflexão crítica.

O paradigma comum é calcado na objetividade do processo interpretativo, na legalidade e na isonomia formal, legitimado em prol da tributação, vista como um fim em si mesmo, de trato abstrato e corte linear, mas que encobrem os objetivos egoísticos de um pequeno grupo de poder na sua manipulação.

A interpretação do Direito a partir de sentidos sociais institucionalizados produz a reificação das relações. A realidade passa a ser representada como algo que tem um caráter fixo, como algo dado, objetivo,

25 *Blue Chips* são ações da bolsa que representam empresas de grande porte.

na medida em que os vários processos responsáveis pela sua criação são encobertos ou suprimidos.

A Banda do Contribuinte, maioria esmagadora da sociedade brasileira, existe no mundo real e passa por experiências diárias que estão presentes nas ideias que as representam.

Não tendo controle sobre o processo político são forçados a se submeterem a essas formas de reificação social porque elas determinam as características e o lugar social que ocupam, inclusive os servidores assim também se sentem e se submetem a esse sistema (im)posto.

A Banda do Fisco deve ter consciência de que NÃO é composta por sujeitos socialmente subalternos e, por isso podem pensar como pessoas genéricas.

A perpetuação desse pensamento estéril, de aplicação racional das leis, corrompe o Estado a um *Robin Hood* às avessas, que acaba por servir interesses egoísticos dos oligopólios, motivo pelo qual esses pressupostos intelectivos precisam ser examinados e refletidos.

Pensar como um Contribuinte é uma perspectiva mais aberta, apta a realizar os ideais emancipatórios e civilizatórios constitucionais. A compreensão da posição do sujeito no campo discursivo influencia a percepção e a interpretação do mundo.

Esse estado de coisas é um dos motivos pelos quais a Banda do Contribuinte não pode pensar o direito fora do seu contexto histórico, nem deixar levar-se pela promessa de realização de sua emancipação pelo tratamento simétrico, explicitamente evidenciado pelas 3 propostas que dominam todo o espaço de debate político e sugerem a tributação ótima.

Nunca haverá simetria na relação entre a Banda do Fisco e a do Contribuinte, tampouco há igualdade entre os grandes e os pequenos produtores de riquezas, mas a luta pelo equilíbrio deve ser buscada.

O *status* social e o *status* material devem ser transformados por meio de ações positivas das instituições estatais, com a abertura democrática do processo político e decisório.

Análises que possuam um caráter meramente procedimental impossibilitam a emancipação dos grupos sociais, porque elas estão preocupadas apenas com relações de racionalidade entre os meios e os fins.

Se enfatiza o caráter político do Direito. O poder deve ser compreendido a partir das relações sociais que o estruturam.

O sistema não pode ser separado da política porque legitima esses arranjos que permitem a reprodução de uma ordem social baseada na subordinação e na própria perpetuação do manicômio posto.

O *storytelling* permite uma revelação importante: a maneira a partir da qual o sistema jurídico está permeado por relações de poder, aspecto para o qual a Banda do Fisco que opera de acordo com a lógica liberal permanece alheia.

O liberalismo não permite a realização dos ideais emancipatórios.

A construção abstrata dos seres humanos frequentemente utilizada de forma estratégica para manter hierarquias sociais é aqui contraposta a uma forma de raciocínio que explora as possibilidades de transformação social do Direito.

A proposta paradigmática não se apega de forma abstrata aos princípios. O direito deve ser iluminado a partir da experiência dos contribuintes, oferecendo uma alternativa ao discurso dominante e comum, que conduz a maneira como os poderes editam, interpretam e aplicam as leis.

Devemos estar cientes de que somente haverá reforma com uma mudança de paradigma, não se pode mais partir daquele velho pressuposto epistemológico de uma consciência unitária que permite uma compreensão racional de si mesmo e também do mundo.

Não estamos mais em uma realidade social e política na qual as pessoas pensam que podemos fundamentar o conhecimento a partir de categorias metafísicas que expressam verdades transcendentais.

A Banda do Contribuinte não está interessada em buscar o sentido concreto das palavras presentes em um texto jurídico porque ele sabe que estes sentidos são construções sociais também responsáveis pela sua própria subjetividade. Ele precisa estar atento ao fato de que o processo de construção de sua subjetividade, de sua perspectiva interpretativa ocorre dentro de um horizonte histórico particular, motivo pelo qual a norma também adquire sentido dentro dessa dimensão.

4 Considerações finais

A revisão dos paradigmas que sustentam a engrenagem do nosso sistema tributário, com a percepção da realidade que se impõe e se anuncia se faz necessária.

Os grilhões que constrangem a dinâmica da vida, que a aprisionam devem ser rompidos, o brasileiro se sente consumido por um estado ineficaz, corrupto e corruptor.

O pacto social precisa ser resgatado, assegurando a participação política dos grupos sociais, para a proteção em relação aos oligopólios e a anarquia do capital.

As seguintes reflexões servem para a uma real tentativa de mudança:

1) O direito tributário deve se preocupar com as suas estruturas de domínio, com os jogos de poder e precisa refletir sobre o valor normativo das experiências daqueles que falam de um lugar distinto da Banda do Fisco;

2) O governante, o juiz, o legislador, o fiscal e o procurador devem pensar como um contribuinte e não podem deixar de considerar o caráter objetivo dos direitos fundamentais, mas devem estar atentos ao fato de que eles possuem uma dimensão própria e particular de submissão, a qual deve ser privilegiada para efetivar a justiça social;
3) A Banda do Contribuinte deve ter participação nos processos decisórios tributários nas instituições governamentais, de forma que eles possam ter voz na produção das normas que regularão suas vidas e nos órgãos administrativos de julgamento. Essas instituições não podem continuar a servir grupos dominantes focados em interesses particulares em prejuízo de uma esmagadora maioria. Em conjunto, esses elementos possibilitarão a construção de um processo de governo no qual os grupos econômicos estarão integrados no processo político, o que fortalece o regime democrático e civilizatório;
4) O jurista que pensa como um contribuinte deve ter em mente o pacto social. O poder estatal tem um papel fundamental na harmonia social e manutenção da democracia. O Estado deve servir ao povo e não o contrário.

Qualquer proposta CONSTITUCIONAL de reforma deve ser voltada numa direção civilizatória e emancipatória. Não haverá a efetiva mudança sem o rompimento dos paradigmas tradicionais. Necessário dar poder, voz, dignidade e centralidade ao povo, para o cumprimento dos objetivos expressos e literais de nossa República.

Portanto, já passou da hora do despertar da adolescência liberal e do amor platônico aos seus propósitos formais, alimentados pelas imagens que transcendem a escuridão da caverna, os vultos abstratos e genéricos que compõem as miragens desenhadas nas paredes internas, as quais nunca refletem o ser, a massa de contribuintes barrados e excluídos. A Banda do Fisco deve romper com os cadeados da modernidade, para viabilizar o destino prometido. A vida precisa ser libertada, os loucos e os pandêmicos não devem ser ignorados.

5 Referências

A polêmica tributação dos dividendos. Publicado em 28 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-28/alessandra-okuma-polemica-tributacao-dividendos> Acesso em: 15 de julho. de 2020.

A reforma tributária é a mais importante para o Brasil superar a desigualdade social". Publicado em 11 de junho de 2019. Disponível em: < http://www.ihu. unisinos.br/159-noticias/entrevistas/589925-a-reforma-tributaria-e-a-reforma-mais-importante-para-o-brasil-entrevista-especial-comrosa-angela-chieza>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

A revisão da teoria da tributação ótima e o projeto fiscal do novo governo. Disponível em:<https://sep.org.br/anais/2019/Sessoes-Ordinarias/Sessao1.Mesas1 _10/Mesa3/032.pdf>. Acesso em 09 de agosto de 2020.

As distorções de uma carga tributária regressiva. Publicado em 28 de março de 2016. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com _content&id=3233> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Teoria geral do direito tributário. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

Bernardo Appy. Publicado em 21 de fevereiro de 2020. Disponível em:< https://pt.wikipedia.org/wiki/Bernard_Appy> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Brasileiro trabalha mais de 5 meses do ano para pagar imposto, diz estudo. Publicado em 03de junho de 2019. Disponível em <https://economia.uol.com.br/ noticias/redacao/2019/06/03/dias-trabalhados-ano-para-pagar-imposto.htm?cmpid =copiaecola> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Brasil Pós-Pandemia. Entrevista Paulo Guedes. Publicado em 06 de julho de 2020. Disponível em:< https://www.youtube.com/watch?v=5WHA0zU82vE> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Hermenêutica e argumentação no direito*. Curitiba: CRV, 2014, p. 113.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 81.

ESTADÃO. Passivos da União Superam ativos em R$ 2,416 trilhões em 2018, di Tesouro . Publicado em 12 de junho de 2019. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/06/12/internas_economia,1061332/passivos-da-uniao-superam-ativos-em-r-2-416-trilhoes-em-2018-diz-tes.shtml. > Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Estudo aponta que carga tributária bateu recorde em 2019. Percentual de 35,17% do PIB supera o pico anterior, de 2008, quando foi a 34,76%; IR de empresas e ICMS puxam alta. Publicado em 13 de março de 2020. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/estudo-aponta-que-carga-tributaria-bateu-recorde-em-2019.shtml> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

FRANCO, Marcelo Veiga. *A Cobrança Extrajudicial de Dívida Ativa Como Meio de Enfrentamento do "Gargalo" das Execuções Fiscais*. Disponível em: <file:///C:/Users/Gustavo% 20Sipolatti/Downloads/33-Texto%20do%20artigo-155-1-10-20190628.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2020.

LISBOA, Marcos et al. *Uma agenda econômica pós-pandemia: parte I qualidade do gasto e tributação*. Disponível em:<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Uma-agenda-econ%C3%B4mica-p%C3%B3s-pandemia-parte-I.pdf>. Acesso em 03 de agosto de 2020.

Mais de 16 mil empresas no ES embolsaram ICMS pago por consumidor. Publicado em 09 de julho de 2020: Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/mais-de-16-mil-empresas-no-es-embolsaram-icms-pago-por-consumidor-0720>Acesso em: 10 de julho de 2020.

MIGALHAS. Brasil tem mais de 790 mil normas vigentes; foram mais de 6 mi editadas desde a CF/88. Publicado em 28 de outubro de 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/313899/brasil-tem-mais-de-790-mil-normas-vigentes-foram-mais-de-6-mi-editadas-desde-a-cf-88 - >. Acesso em 15 de julho de 2020.

MOREIRA, Adilson José. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Radar: o que motiva brasileiros que sonham em viver no exterior. Publicado em 14 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/recursos-humanos/noticia/ 2019/01/14/radar-o-que-motiva-brasileiros-que-sonham-em-viver-no-exterior.ghtml> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Reforma Tributária. Disponível em:< https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa /comissoes/comissoes-temporarias/especiais/56a-legislatura/pec-045-19-reforma-tributaria/ documentos/audiencias-publicas/BrunoMuratPillar.pdf> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Reforma Tributária em tempos de crise: necessidade x cautela. Publicado em 08 de junho de 2020. Disponível em:< https://www.migalhas.

com.br/depeso/328502/ reforma-tributaria-em-tempos-de-crise-necessidade-x-cautela> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

O setor de serviços e a produtividade no Brasil. Publicado em 4 de fevereiro de 2020. https://www.cofecon.org.br/2020/02/04/artigo-o-setor-de-servicos-e-a-produtividade-no-brasil/> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Patrocinada por Rodrigo Maia, proposta do Centro de Cidadania Fiscal deve balizar termos da Reforma Tributária. Publicado em 06 de julho de 2020. Disponível em: <https://novovarejo.com.br/patrocinada-por-rodrigo-maia-proposta-do-centro-de-cidadania-fiscal-deve-balizar-termos-da-reforma-tributaria/> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

Pelo 5º ano, Brasil é último em ranking sobre retorno dos impostos. Publicado em 01 de junho de 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/ pelo-5-ano-brasil-e-ultimo-em-ranking-sobre-retorno-dos-impostos.html> Acesso em: 10 de julho. de 2020.

1.6

AS CONTROVÉRSIAS SOBRE OS CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS FAZENDÁRIOS E SUA REPERCUSSÃO SOBRE AS EXECUÇÕES E PRECATÓRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

HENRIQUE ROCHA FRAGA*
ELIÉZER LINS SANT'ANNA**

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breve histórico da controvérsia; 3 A inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nos débitos fazendários. Decisão em sede de Recurso Extraordinário n° 870.947/SE sob o regime de Repercussão Geral, tema 810. Inexistência de modulação de efeitos – eficácia Ex Tunc; 4 Dos efeitos da posição do STF sobre as Execuções e Precatórios contra a Fazenda Pública; 5 As possíveis soluções para as principais controvérsias a respeito dos critérios de correção monetária das Execuções e Precatórios contra a Fazenda Pública 5.1. Qual o alcance da decisão do STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425? 5.2. Qual o alcance da decisão do STF no julgamento do Tema 810? 5.3. Como ficam as execuções contra a Fazenda Pública ainda em curso? 5.4. Como aplicar as conclusões do STF às decisões judiciais transitadas em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada, que fixaram outro critério de correção monetária? 5.5 E como ficam os precatórios já formados e não pagos? Devem ser revisados? E os precatórios pagos? Podem ser revisados? 6 A Emenda Constitucional 113/2021, e seus efeitos no cenário atual de índices de correção e juros aplicáveis à Fazenda Pública; 7 Conclusões; 8. Referências

RESUMO: Desde a edição da Lei 11.960/09, discute-se a constitucionalidade do índice da caderneta de poupança (TR) como critério de correção monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública. No RE nº 870.947ES (Tema 810), o STF reconheceu a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária dos débitos fazendários. As conclusões do STF e seus efeitos para os cofres públicos são objeto do presente trabalho, que aborda ainda a inserção da EC 113/2021 nesse cenário.

* Procurador do Estado do Espírito Santo; Advogado e Professor Universitário; Mestre em Direito Tributário pela Univ. Cândido Mendes (RJ); Ex-Procurador do Município de Vitória (ES); E-mail: henrique@rochaefraga.com.br.

** Procurador do Estado do Espírito Santo; Advogado; MBA em Direito Empresarial pela FGV; Ex- Analista Judiciário do INSS; E-mail: eliezer.santanna@pge.es.gov.br.

1 Introdução

A definição dos critérios de correção monetária aplicáveis às condenações judiciais e aos precatórios da Fazenda Pública tem sido objeto de calorosas controvérsias nos últimos anos, principalmente em razão de sucessivas alterações legislativas e constitucionais a respeito do tema, bem como por um extenso histórico de intervenções judiciais sobre o tema ao longo do tempo.

Inevitavelmente, essas discussões acabam por gerar insegurança jurídica no tratamento da matéria e a produção de decisões conflitantes, com relevantes repercussões econômicas sobre os valores das condenações judiciais e dos precatórios devidos pela Fazenda Pública.

A relevância da matéria e sua imensa repercussão econômica são motivos mais que suficientes para um estudo e enfrentamento do tema em questão, que teve recentes alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 113/2021.

2. Breve histórico da controvérsia

Para melhor compreensão do tema, torna-se indispensável apresentar uma linha temporal tanto da legislação quanto das intervenções judiciais nessa matéria. Isto porque, como ao longo do tempo ocorreram inúmeras alterações legislativas (constitucionais e infraconstitucionais), e ao mesmo tempo, tais mudanças também foram objeto de intervenções judiciais, sem a apresentação de um histórico, as controvérsias em torno do assunto tornam-se praticamente incompreensíveis.

Em 29 de junho de 2009, entrou em vigor a Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação à Lei nº 9.494/1997, e dispôs que o critério de correção monetária aplicável à Fazenda Pública era o da Caderneta de Poupança, nos seguintes termos:

> "Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."

Em 9 de dezembro do mesmo ano de 2009, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 62/2009, que incluiu no art. 100 da Constituição o § 12. O objetivo da referida emenda era tentar reorganizar a ques-

tão dos precatórios no Brasil, que estavam em grande atraso, sobretudo nos Estados da Federação. E assim dispôs o § 12 do art. 100 da Emenda nº 62, na mesma linha de entendimento da Lei Federal 11.960/09:

> "§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios."

Verifica-se, assim, que tanto a Lei Federal nº 11.960/2009, que modificou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, que disciplinou novo critério de correção monetária aplicável às condenações **da Fazenda Pública**, quanto a Emenda Constitucional nº 62/2009, que disciplinou o regime de **precatórios**, procuraram estabelecer que deveria ser aplicado o índice da caderneta de poupança para a correção monetária das **condenações judiciais e dos precatórios** devidos pela Fazenda Pública.

E desde 2009, o Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF vem sendo provocado a se manifestar acerca da inconstitucionalidade da fixação do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais e aos precatórios expedidos em desfavor da Fazenda Pública.

Apreciando inicialmente o tema, o **Supremo Tribunal Federal julgou as ADIs nº 4.357 e 4.425 que trataram da inconstitucionalidade do regime de precatório instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009**, e nas referidas ações reconheceram, por **arrastamento**, a inconstitucionalidade do art. 1°-F da Lei 9.497/97, com redação dada pela Lei n° 11.960/09, que definiu o índice de remuneração da caderneta de poupança (TR), como critério de correção monetária dos **precatórios** expedidos em face da Fazenda Pública.

Em 25 de março de 2015, apreciando Questão de Ordem nas referidas ADIs, a Corte Suprema modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade nas referidas ações diretas, para considerar válida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), de 01/07/2009 até 25/03/2015, a partir de quando deveria ser aplicado o IPCA-E, de forma a se resguardar situações consolidadas de **precatórios** pagos ou expedidos até 25/3/2015. Por sua relevância, transcreve-se a ementa da decisão nos seguintes termos:

> "QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). (...) 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.3. **Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)** e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. (...)" (DJe 4.8.2015).

Em 17 de abril de 2015, inobstante o julgamento das ADIs, ao analisar o Recurso Extraordinário de n° 870.947/SE, entendeu por bem o Supremo Tribunal Federal afetar o debate a respeito dos critérios de correção monetária das **condenações impostas à Fazenda Pública** como tema sujeito a repercussão geral.

Entendeu a Corte Suprema que as ADIs nº 4.357 e 4.425, embora tenham reconhecido a inconstitucionalidade dos índices oficiais de re-

muneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR)[1], o fizeram em relação ao regime de precatórios estabelecido pela EC 62/2209, surgindo a necessidade de manifestação expressa em relação aos critérios de correção monetária aplicável às condenações judiciais em geral. Segundo entendimento à época do STF:

> Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.

Para justificar ainda a afetação do Recurso Extraordinário de n° 870.947/SE ao regime de repercussão geral, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação. Essa limitação do objeto das ADIs consta expressamente das respectivas ementas, as quais, idênticas, registram o seguinte:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. (...) (...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido

1 Conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

> pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). (...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09- 2014 PUBLIC 26-09-2014)

Assim, o Recurso Extraordinário de n° 870.947/SE foi submetido ao regime de repercussão geral e tombado sob o nº 810, com a finalidade de esclarecer e ratificar os critérios de correção que devem ser aplicáveis tanto a precatórios quanto a condenações judiciais da Fazenda Pública. Eis a ementa do tema:

> 810 – Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009.

Em 29 de setembro de 2017, o Tema 810 foi apreciado e o mérito do Recurso Extraordinário de n° 870.947/SE julgado, ratificando o entendimento da inconstitucionalidade da TR como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, devendo se aplicar o IPCA-e.

Entretanto, desta decisão foram interpostos 4 (quatro) embargos de declaração buscando a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito da **modulação dos efeitos da decisão de mérito do RE 870.947**.

Em 24 de setembro de 2018, o Relator Ministro Luiz Fux deferiu efeito suspensivo aos embargos de declaração, suspendendo os efeitos da conclusão exposta no RE 870.947 até que o pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida fosse apreciado pelo Supremo.

Até que, enfim, em 3 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou os recursos de embargos de declaração no Recurso Extraordinário de n° 870.947/SE, fixando em definitivo a atual posição da Corte Suprema a respeito do Tema 810, submetido ao regime de repercussão geral.

E neste julgamento formou-se o entendimento de que o índice de correção monetária a ser aplicado aos débitos judiciais devidos pela Fazenda Pública é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

Especial (IPCA-E) e não a Taxa Referencial (TR). E mais, ao declarar a inconstitucionalidade da TR como fator de correção monetária nos débitos fazendários, a Corte entendeu por **não modular os seus efeitos**, retroagindo os efeitos da decisão até junho de 2009. Por sua relevância no deslinde da controvérsia, indispensável citar a ementa do acórdão:

> Ementa : QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDOS. (...) 5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. 6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma. 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada.

Feito esse resumo histórico legislativo e jurisprudencial, conclui-se que a atual posição do Supremo Tribunal Federal impacta todas as execuções contra a Fazenda Pública e os precatórios formados, fazendo surgir questionamentos que devem ser enfrentados neste trabalho, podendo-se destacar os principais:

1. Qual o alcance da decisão do STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425?
2. Qual o alcance da decisão do STF no julgamento do Tema 810?
3. Como ficam as execuções contra a Fazenda Pública ainda em curso?
4. Como aplicar as conclusões do STF às decisões judiciais transitadas em julgado que fixaram outro critério de correção monetária?

5. E como ficam os precatórios já formados e não pagos? Devem ser revisados?
6. E os precatórios pagos? Podem ser revisados?

A presente situação jurídica e o enfrentamento destes questionamentos são objetos do presente estudo.

3. A inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nos débitos fazendários. Decisão em sede de Recurso Extraordinário n° 870.947/SE sob o regime de Repercussão Geral, tema 810. Inexistência de modulação de efeitos – eficácia Ex Tunc

No intento de aclarar o objeto de estudo, é crucial salientar os efeitos provocados pela decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no RE n° 870.947/SE, julgado sob a sistemática do regime de repercussão geral, que é atualmente posicionamento atual e dominante da Corte Suprema a respeito do assunto.

Durante o julgamento, o Plenário do STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1º-F[2] da Lei n° 9.494/97, com a nova redação dada pela Lei n° 11.960, que entrou em vigor em 29/06/2009, na parte em que disciplina a Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública.

Decidiu o Pretório Excelso, que a utilização da atualização monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança **não se qualifica** como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Ao prever a utilização do índice da **TR** como fator de correção, o art. 1º-F da Lei n° 9.494/97 **viola o direito fundamental de propriedade**, disposto no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, pois não é capaz de preservar o poder aquisitivo da moeda e evitar a sua desvalorização nominal provocada pela inflação.

Com esse fundamento, a Corte decidiu pela aplicação do **Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)**, em detrimento da TR, no período anterior à expedição dos requisitórios para pagamento.

2 Art. 1°-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009).

Diante da existência de vício congênito de nulidade da alteração do art. 1º-F da Lei n° 9.494/97, inserida pela Lei n° 11.960/09, ante a sua incompatibilidade com o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal **declarou a sua inconstitucionalidade com eficácia retroativa (*ex tunc*), atingindo-a desde o momento em que foi inserida no ordenamento jurídico, em 29/06/2009**.

Em decorrência da decisão proferida, sucessivos embargos de declaração foram opostos para que fosse concedida a modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade, com efeitos prospectivos, a partir da data de 25/03/2015.

No entanto, destaca-se: o Tribunal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da TR, à luz da segurança jurídica e da proteção da confiança, inexistindo razões de interesse social para a modulação[3].

Portanto, decidindo a controvérsia, o Tribunal fixou a seguinte tese no ***Leading Case*** **RE n° 870.947, Tema 810**:

> "**(...) 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.**"

Posteriormente, o Plenário desta Corte rejeitou embargos declaratórios que buscavam modular os efeitos da decisão acima referida, por meio de acórdão assim ementado:

> "QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDOS. (...). **Prolongar a incidência da TR como critério de**

3 Nesses termos foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão : "Dessa feita, não vejo como a incidência da TR no período 2009/2015 possa atender a razões de segurança jurídica e interesse social. Ao contrário, é o prolongamento da eficácia do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/2009, que se afigura atentatório aos postulados da **segurança jurídica e da proteção da confiança**, na medida em que impede a estabilização de relações jurídicas em conformidade com o critério de correção apontado pela própria CORTE como válido. *Terceiros Emb.Decl. No Recurso Extraordinário 870.947/SE julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 03/10/2019*.

> **correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvazia o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma**. 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada" (RE 870.947-ED/SE, Rel. p/acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno – grifei)

Diante da relevância da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal para a controvérsia *sub examine*, faz-se importante destacar os seguintes fatos e consequências jurídicas advindos da decisão do STF:

1) Em 29/06/2009 entrou em vigor a Lei n° 11.960, que modificou o art. 1º-F da Lei 9.497/97 para determinar que a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública fosse realizada segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança;
2) O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n° 870.947/SE, declarou a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, determinada pela alteração da Lei n° 11.960/09;
3) A inconstitucionalidade foi declarada com eficácia retroativa, operando efeitos *ex tunc*, sendo negados os pedidos de modulação de efeitos apresentados nos Embargos de Declaração, com fundamento na segurança jurídica, da confiança legítima e do interesse social.
4) Na decisão do Tribunal, consignou-se a utilização do **IPCA-E** como fator de correção monetária em substituição à **TR**, devendo o primeiro ser aplicado aos débitos fazendários desde **06/2009**, período em que a alteração legislativa foi realizada.
5) O entendimento firmado pelo STF na apreciação do Tema 810[4] é o *leading* case que representa a atual e definitiva compreensão do STF sobre a matéria[5].

4 RE 870.947

5 Conforme entendimento firmado nas Rcls 44.490, 44.986, 44.045 e 44.137

Portanto, em decorrência lógica das conclusões jurídicas supracitadas, é indispensável analisar o alcance e os efeitos do atual entendimento firmado pelo STF no precedente acima citado sobre as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública formados desde 2009.

Primeiro, porque a decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado ou questionado tem eficácia contra todos (***efeitos* erga omnes**) e **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal[6].

Segundo, a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso-incidental, à semelhança do que ocorre em sede de controle concentrado-principal, implica na pronúncia da nulidade *ab initio* da lei ou do ato normativo atacado. Essa decisão produz efeitos *ex tunc*, retroagindo para fulminar de nulidade a norma impugnada desde o seu nascedouro[7].

Terceiro, um tema julgado sob o rito de repercussão Geral é responsável pela uniformização da interpretação judicial, e serve como verdadeiro norte a ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário, conferindo uma maior segurança jurídica e evitando conflitos de interpretação sobre as normas constitucionais.

Logo, a decisão do Tema 810 pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n° 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009, impacta as execuções e precatórios contra a Fazenda Pública de todo o Brasil.

4. Dos efeitos da posição do STF sobre as Execuções e Precatórios contra a Fazenda Pública

O ponto central da discussão em torno do assunto é que, ao longo do tempo, tanto a legislação quanto a jurisprudência foram sendo modificadas, sem que tenha havido uma solução de conflitos previamente existentes.

Consequência disso é um histórico de alterações legislativas e jurisprudenciais que vão se acumulando, trazendo insegurança jurídica e posições dissonantes a respeito de um único tema. E a solução para a compreensão da matéria só pode ser encontrada no histórico acima apresentado.

---

6 *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Dirley da Cunha Júnior – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM 2019. P.251.

7 *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Dirley da Cunha Júnior – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM 2019 P.257-258.

Em 2009 surge uma norma federal, a Lei Federal nº 11.960/2009, definindo que as condenações judiciais da Fazenda Pública serão corrigidas monetariamente pelo índice da caderneta de poupança. No mesmo ano de 2009, edita-se uma Emenda Constitucional (EC nº 62/2009), disciplinando o mesmo critério de correção para os precatórios judiciais expedidos em face da Fazenda Pública, qual seja: aplicação do índice de correção da caderneta de poupança como critério de correção monetária dos precatórios.

E o STF, ao apreciar a questão da inconstitucionalidade da fixação do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária das condenações judiciais e dos precatórios, acaba por formar 2 (duas) posições diferentes a respeito de um tema que parecia único. Isto porque, no decurso do tempo, o Pretório Excelso acabou por separar a análise da **correção monetária aplicável aos precatórios**, da análise da **correção monetária aplicável às condenações judiciais em geral da Fazenda Pública**[8].

E aí começa uma verdadeira "confusão" jurídica de âmbito nacional, porque "condenação judicial da Fazenda Pública" e "precatório em desfavor da Fazenda Pública", são conceitual, processual e materialmente a mesma coisa em momentos distintos. Mas em relação à definição de critérios de correção monetária aplicáveis às condenações judiciais e aos precatórios, foram tratadas como institutos jurídicos distintos pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se explica a seguir.

A **primeira posição** do Supremo Tribunal Federal foi formada no âmbito das **ADIs 4.357 e 4.425**. E ao final do julgamento destas Ações, a Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade do índice de caderneta de poupança como critério de correção monetária dos **precatórios judiciais**. Mas nesta ação, modulou-se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para considerar válidos os precatórios formados ou pagos até 25/03/2015, data em que foi apreciada a modulação da inconstitucionalidade.

É bem verdade que neste julgamento o Supremo Tribunal Federal declarou, por arrastamento[9], o art. 1º-F da Lei n° 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009. Mas como a própria Corte Supre-

8 Entendida essa como o momento anterior à formação do precatório.

9 A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, também conhecida como *inconstitucionalidade por atração ou inconstitucionalidade conseqüente de preceitos não impugnados*, deriva de uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se encontra positivada em qualquer norma constitucional ou legal de nosso sistema jurídico. Por esta teoria, o Supremo Tribunal Federal poderá declarar como inconstitucional, em futuro processo, norma dependente de outra já julgada inconstitucional em processo do controle concentrado de constitucionalidade. RUSSO, Diogo de Assis. *A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 07 agosto. 2008.

ma consignou, ela o fez no âmbito da análise da Emenda Constitucional nº 62/2009 e do regime de precatórios.

E foi exatamente por tal motivo, que o próprio Supremo reconheceu como relevante apreciar a constitucionalidade novamente em relação a condenações judiciais em geral. E assim e por isso, o RE 870.947/SE foi afetado pelo regime de repercussão geral, e consolidado como Tema 810.

Inobstante, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n° 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009 nas ADIs 4.357 e 4.425, com efeitos modulatórios até 25/03/2015, a maior parte dos tribunais pátrios passaram a aplicar o entendimento firmado no Supremo às condenações judiciais e precatórios.

Ocorre que, em 3 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal formou uma **segunda posição** sobre o assunto. Ao apreciar o RE n° 870.947 e o Tema 810, a Corte Suprema ratificou sua posição anterior, reconheceu a inconstitucionalidade do índice da caderneta de poupança (TR) como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais da Fazenda Pública, fixou a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária em substituição a TR, mas nesta oportunidade o fez sem reconhecer a modulação de seu entendimento anterior a 25/03/2015, como anteriormente consignado nas ADIs 4.357 e 4.425. Assim, os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida na apreciação do Tema 810, retroagiram a 2009, data em que foi editada a Lei 11.960/2009.

E aí reside a diferença de posicionamentos, que por certo dificultam a pacificação da questão em âmbito nacional. Em resumo:

1. O STF pronunciou-se em duas oportunidades sobre a inconstitucionalidade do índice de correção monetária como critério de correção monetária aplicável às condenações judiciais e precatórios da Fazenda Pública.
2. Nas ADIs 4.357 e 4.425, ao apreciar o **regime de precatório**, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, com efeitos modulatórios a 25/03/2015.
3. No julgamento do RE 970.847/SE e o Tema 810, ao apreciar o índice de correção monetária aplicável às **condenações judiciais** da Fazenda Pública, reconheceu-se a inconstitucionalidade da TR, mas sem efeitos modulatórios e retroagindo os efeitos da decisão a junho de 2009.

Feitas todas essas considerações, pode-se enfrentar os questionamentos práticos que surgem no curso das execuções judiciais em face da Fazenda Pública.

5. As possíveis soluções para as principais controvérsias a respeito dos critérios de correção monetária das Execuções e Precatórios contra a Fazenda Pública

Apresentados os posicionamentos legais e jurídicos que envolvem o tema objeto do presente trabalho, os critérios de correção monetária aplicáveis às condenações da Fazenda Pública, pode-se enfrentar melhor os principais questionamentos atuais em torno da matéria.

5.1 Qual o alcance da decisão do STF no julgamento das ADIs 4357 e 4425?

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435 foi direcionado para disciplinar o regime de precatórios.

Nesta oportunidade, o Supremo consignou ser inconstitucional a aplicação do índice da caderneta de poupança como critério de correção monetária dos precatórios formados em face da Fazenda Pública. Mas o fez com efeitos modulatórios a 25/03/2015, ou seja, considerando válidos os precatórios formados e pagos que aplicaram a TR até aquele momento.

Há de se ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça, órgão Judiciário competente para exercer o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário[10] e, no cumprimento deste papel, uniformizar a gestão do regime de precatórios em âmbito nacional, segue o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435.

Para tanto, editou a Resolução nº 303, de 18 de dezembro de 2019, recentemente modificada pela Resolução nº 448, de 25 de março de 2022, que trata de disciplinar no âmbito do Poder Judiciário a expedição, gestão e pagamento dos precatórios judiciais em âmbito nacional. E, nela consta expressamente, que os precatórios devem ser corrigidos, de 10/12/2009 a 25/03/2015 por TR, e após isso por IPCA-e e SELIC, ou seja, cumprindo as conclusões expostas pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 4.357 e 4.435, senão vejamos:

> Art. 21-A Os precatórios não tributários requisitados anteriormente a dezembro de 2021 serão atualizados a partir de sua data-base mediante os seguintes indexadores: (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)
>
> I – ORTN - de 1964 a fevereiro de 1986;

10 Artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

> II – OTN - de março de 1986 a janeiro de 1989;
>
> III – IPC / IBGE de 42.72% - em janeiro de 1989;
>
> IV – IPC / IBGE de 10.14% - em fevereiro de 1989;
>
> V – BTN - de março de 1989 a março de 1990;
>
> VI – IPC/IBGE - de março de 1990 a fevereiro de 1991;
>
> VII – INPC - de março de 1991 a novembro de 1991;
>
> VIII – IPCA-E/IBGE - em dezembro de 1991;
>
> IX – UFIR - de janeiro de 1992 a dezembro de 2000;
>
> X – IPCA-E / IBGE - de janeiro de 2001 a 9 de dezembro de 2009;
>
> **XI – Taxa Referencial (TR) – 10 de dezembro de 2009 a 25 de março de 2015**;
>
> XII – IPCA-E/ IBGE - de 26.03.2015 a 30 de novembro de 2021;
>
> XIII – Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) - de dezembro de 2021 em diante.
>
> (incluído pela Resolução n. 448, de 25.3.2022)

Destaca-se que o artigo 21-A da Resolução 303 do CNJ foi recentemente acrescentado pela Resolução nº 448/2022, editada posteriormente às conclusões do próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 810, que reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação da TR desde 2009, reforçando a tese de que a Corte Suprema diferencia a correção monetária de precatórios das demais condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

5.2 Qual o alcance da decisão do STF no julgamento do Tema 810?

O entendimento firmado pelo STF na apreciação do Tema 810[11] é o *leading case* que representa a atual e definitiva compreensão do STF sobre a forma de atualização das condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

Em decorrência deste julgamento, e na linha do posicionamento firmado em 03 de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal tem julgado diversas Reclamações Constitucionais e Recursos Extraordi-

11 RE 870.947/SE.

nários, sempre sustentando que a aplicação do índice de correção da caderneta de poupança (TR) é inconstitucional desde 2009.

Neste sentido, cabe destacar as conclusões expostas na Rcl 44.490, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.357/DF E 4.425/DF. INOCORRÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O entendimento firmado no julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral é aplicável à correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até o seu efetivo pagamento, o que abrange tanto período anterior quanto o posterior à data de expedição do precatório ou RPV. II – A modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária, teve alcance muito limitado no tempo, ao buscar apenas resguardar situações consolidadas de precatórios pagos ou expedidos até 25/3/2015. No caso em análise, o precatório ainda não foi pago em sua integralidade. III - Agravo regimental a que se nega provimento.

No mesmo sentido, foram julgadas as Rcl 44.986/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15.12.2020; Rcl 44.054, Rel Min. Alexandre de Moraes, DJe 19.10.2020 e Rcl 44.047/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 04.11.2020.

Cabe destacar ainda que o Supremo Tribunal Federal tem buscado distinguir seu entendimento em relação às condenações judiciais e aos precatórios, destacando que, em relação ao período anterior à expedição do precatório ou à requisição de pequeno valor (RPV), a questão é regida pelo Tema 810 da repercussão geral; e quanto ao período posterior, deve-se observar o decidido na Questão de Ordem das ADIs 4.357 e 4.425. Nesta linha de raciocínio, são as posições dos Ministros Gilmar Mendes e André Mendonça no julgamento da Rcl 46.451. Confiram-se os pronunciamentos, respectivamente:

> "Vê-se, portanto, que, em se tratando de fixação de índice de correção monetária dos débitos fazendários, há que se observar dois marcos temporais: fase anterior à expedição do precatório ou RPV (fase de conhecimento), este regulado pelo Tema 810-RG, e fase posterior à expedição do precatório ou pagamento do débito (regime de pagamento dos precatórios) na qual deve se observar os preceitos estabelecidos na ADI 4.357 e ADI 4.425, sobretudo na modulação de seus efeitos (período entre 2009 e 2015).

(...)

"Nesse sentido, os paradigmas decisórios emanados desta Suprema Corte, embora versem sobre a (in)constitucionalidade do mesmo índice de atualização monetária (a TR), demandam distinção quanto aos respectivos objetos: enquanto as ADIs 4.357 e 4.425 trataram especificamente da correção monetária dos requisitórios (precatórios e RPVs), o Tema 810 e a ADI 5.348 trataram da correção monetária das condenações judiciais impostas à Fazenda Pública."

Assim, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem procurado esclarecer que o julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral não atingiu a modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária de requisitórios (precatórios e RPVs) pagos ou expedidos até 25/3/2015.

Destacam-se as seguintes decisões proferidas no mesmo sentido: Rcl 44.046-MC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.2.2021; Rcl 46.427, Rel Min. Alexandre de Moraes, DJe 29.3.2021; e Rcl 46.423-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 6.4.2021.

5.3 Como ficam as execuções contra a Fazenda Pública ainda em curso?

Nesses casos, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, deve prevalecer a mais atual jurisprudência da Corte estabelecida no Tema 810, que reconheceu ser inconstitucional a aplicação do índice da caderneta de poupança como critério de correção monetária para as condenações judiciais da Fazenda Pública.

5.4 Como aplicar as conclusões do STF às decisões judiciais transitadas em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada, que fixaram outro critério de correção monetária?

Este ainda é um tema controverso no Supremo Tribunal Federal, e por corolário lógico, nos tribunais pátrios. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a matéria já foi objeto de tese no Tema Repetitivo nº 905 (REsp nº 1.495.146, REsp nº 1.492.221 e REsp nº 1.495.144), tendo aquela Corte Superior assentado que deve-se respeitar a coisa julgada que fixar outro critério de correção monetária diverso das conclusões expostas no Tema 810:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ.

> DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TESES JURÍDICAS FIXADAS. [...] 4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. [...]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já apreciou diversos Recursos Extraordinários determinando a aplicação do IPCA-e, mesmo quando a TR tenha sido fixada em decisão transitada em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada. Neste sentido, pode-se destacar:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL – TR. AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO DE EFEITOS DO TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. OFENSA À COISA JULGADA: INOCORRÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDOS (...) Na espécie, a garantia da coisa julgada não protege a norma declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4.357 e 4.425 e no Recurso Extraordinário n. 870.947. (...) Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário com agravo e ao recurso extraordinário (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), para, nos termos do Tema 810 de repercussão geral, determinar ao Tribunal de origem aplique o IPCA-E como índice de correção da condenação imposta à Fazenda Pública na espécie, invertidos os ônus de sucumbência.

Corroborando este entendimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem orientação no sentido de inexistir violação da coisa julgada quanto à incidência dos juros e correção monetária, senão vejamos:

> "Relativamente ao argumento em torno da coisa julgada, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em contexto ligeiramente diverso, já definiu que "a condenação ao pagamento de juros moratórios firmada na sentença com trânsito em julgado não impede a incidência

> da jurisprudência deste Tribunal, que afastou a caracterização da mora no prazo constitucional para pagamento de precatórios" (RE 1.271.571-AgR, Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe de 3/9/2020)." (ARE nº 1.313.751/SP-AgReg, Primeira Turma, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 05/05/21).

No mesmo sentido, são os RE 1.331.940, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 05/08/2021, ARE 1.317.431, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 29/6/2021, RE 1.314.414, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 26/03/2021, ARE 1.318.458, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 1º/7/2021, RE 1.219.741, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/7/2020, ARE 1.315.257, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 28/4/2021, ARE 1.311.556-AgR, Rel. Min. Nunes Marques, DJe de 10/8/2021.

Inobstante, e face à multiplicidade de recursos extraordinários em tramitação no Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário 1.317.982/ES foi afetado ao regime de repercussão geral, e tombado sob o nº 1.170 com a seguinte ementa:

> **Tema 1170 – Validade dos juros moratórios aplicáveis nas condenações da Fazenda Pública, em virtude da tese firmada no RE 870.947 (Tema 810), na execução de título judicial que tenha fixado expressamente índice diverso.**

Desta forma, embora a questão do respeito e prevalência da coisa julgada sobre as conclusões no Tema 810 esteja pacificada no STJ, perante o STF ainda se aguarda uma decisão em definitivo. O próprio Supremo Tribunal Federal externa preocupação em relação a multiplicidade de casos sobre o tema, no voto condutor que afetou o RE 1.317.982 ao Tema de Repercussão Geral nº 1.170:

> Portanto, é oportuna a submissão do tema discutido nestes autos ao regime da repercussão geral, a fim de se proceder à uniformização de entendimento em todo o território nacional, uma vez que a temática revela potencial impacto em outros casos, com multiplicidade de recursos sobre essa específica questão constitucional. Ademais, conforme levantamento realizado a partir do Acordo de Cooperação Técnica n. 5/2021, firmado entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, foi possível identificar pelo menos 67 recursos extraordinários ou recursos extraordinários com agravo, atualmente em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, com controvérsia similar à destes autos, que aguardam o trâmite do recurso especial, simultaneamente interposto, a fim de serem enviados

> a este Supremo Tribunal. (...) Destarte, é certo que a vexata quaestio veicula tema constitucional (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal) que transcende os limites subjetivos da causa, especialmente em virtude da multiplicidade de recursos extraordinários a versarem idêntica controvérsia. Ademais, não se pode olvidar a relevância jurídica da matéria, considerando-se a coisa julgada e a tese fixada no RE 870.947 (Tema 810) e, ainda, o aparente contraste com o entendimento firmado no Tema 905/STJ, o que reforça a necessidade de uma posição dialógica do Supremo Tribunal Federal, em face de julgamentos qualificados ocorridos em outros tribunais ou juízos. Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas econômica, política, social e jurídica (artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. Nesse sentido, tenho que a controvérsia constitucional em apreço ultrapassa os interesses das partes, avultando-se relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico.

5.5 E como ficam os precatórios já formados e não pagos? Devem ser revisados? E os precatórios pagos? Podem ser revisados?

Nestes casos, deve prevalecer o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado nas ADIs 4.357 e 4.425, de forma a se reconhecer válida a questão de ordem suscitada neste julgado, e se garantir a modulação de seus efeitos, de forma a se garantir a aplicação da TR entre os anos de 2009 a 2015, e a partir daí o IPCA-e.

No mesmo sentido, é a Resolução nº 303/19, modificada pela Resolução nº 448/22, que ratificam esse entendimento.

Assim, os precatórios expedidos ou pagos até 25/03/2015 não podem ser revisados. Essa matéria, inclusive, já foi pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e objeto de tese no Tema Repetitivo nº 905 (REsp nº 1.495.146, REsp nº 1.492.221 e REsp nº 1.495.144), que assim dispõe:

> 1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.
>
> A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices

diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

6. A Emenda Constitucional 113/2021, e seus efeitos no cenário atual de índices de correção e juros aplicáveis à Fazenda Pública

Como elucidado, uma diversidade de precedentes dos tribunais superiores se prestou a dar solução a diferentes entendimentos firmados a partir da leitura das normas de regência quanto aos juros e índices de correção monetária aplicáveis à Fazenda Pública. Num cenário em que ainda pairam dúvidas quanto a diversos pontos (como se verifica do Tema de Repercussão Geral nº 1.170), surgiu a Emenda Constitucional 113/2021 que, em seu artigo 3º, assim dispõe:

> Art. 3º Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente.

Verifica-se que EC determina a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) não só para recompor a desvalorização monetária do valor histórico da dívida, mas também para a remuneração do capital e a compensação da mora, inclusive do precatório, independentemente da natureza da condenação (aplica-se a dívidas previdenciárias, tributárias, etc).

Ressalte-se que a SELIC engloba tanto juros de mora quanto correção monetária[12], de forma que ela não poderá ser cumulada com qualquer outro índice. Daí surgem diversas questões que se confrontam com entendimentos até então firmados pelos tribunais superiores.

É certo que a SELIC se aplicará de imediato a partir de dezembro de 2021, ainda que aplicáveis índices pretéritos diversos. O problema surge quando, em um determinado período, há diferentes marcos temporais para a incidência de juros e de correção monetária, ou mesmo quando

12 Tema 359, STJ: A fixação de percentual relativo aos juros moratórios, após a edição da Lei 9.250/95, em decisão que transitou em julgado, impede a inclusão da Taxa SELIC em fase de liquidação de sentença, sob pena de violação ao instituto da coisa julgada, porquanto a referida taxa engloba juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização. (STJ, REsp 1.136.733/PR. Relator: Luiz Fux; Acórdão Publicado em 26/10/2010).

há a incidência de apenas um deles. A emenda constitucional não trouxe solução para essas hipóteses, pelo que tais pontos, por certo, ainda serão objeto de discussão judicial para a solução da controvérsia, ao menos nas hipóteses em que já não haja uma solução pretérita, equiparada.

É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, plena, alcançando os efeitos futuros de fatos passados, a chamada retroatividade mínima, não colhendo os fatos consumados no passado (retroatividade máxima)[13].

Assim, é certo que incidirá a taxa Selic a partir da vigência da EC n. 113/2021, mas os precedentes dos tribunais superiores indicam, em princípio, que essa aplicação não será irrestrita. Uma primeira hipótese de controvérsia existe quando o termo inicial da correção monetária anteceder ao dos juros de mora. Nessa hipótese, considerando que a taxa Selic engloba tanto juros quanto correção monetária, estar-se-ia gerando um enriquecimento ilícito do credor beneficiário.

Em julgamento de matéria trabalhista, o STF já se debruçou sobre a questão, e firmou entendimento de que a correção monetária deve incidir segundo o IPCA-E até o advento do termo inicial dos juros, momento em que, aí sim, incidirá unicamente a SELIC. Vejamos:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE. ÍNDICES DE CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS RECURSAIS E DOS DÉBITOS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 879, §7º, E ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13. 467, DE 2017. ART. 39, CAPUT E §1º, DA LEI 8.177 DE 1991. POLÍTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E TABELAMENTO DE JUROS. INSTITUCIONALIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO POLÍTICA DE DESINDEXAÇÃO DA ECONOMIA. TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF. APELO AO LEGISLADOR. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES, PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AO ART. 879, §7º, E AO ART. 899, §4º, DA CLT, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467, DE 2017. MODULAÇÃO DE EFEITOS. (...) 5. Confere-se interpre-

13 STF, 1ª Turma, AI 137.195 AgR, rel. min. Moreira Alves, DJ 17/5/1996 p. 16.330; STF, 1ª Turma, RE 161.320, rel. min. Moreira Alves, DJ 4/12/1998 p. 23.

> tação conforme à Constituição ao art. 879, §7º, e ao art. 899, §4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467, de 2017, definindo-se que, até que sobrevenha solução legislativa, deverão ser aplicados à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as hipóteses de condenações cíveis em geral (art. 406 do Código Civil), à exceção das dívidas da Fazenda Pública que possui regramento específico (art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009), com a exegese conferida por esta Corte na ADI 4.357, ADI 4.425, ADI 5.348 e no RE 870.947-RG (tema 810). 6. **Em relação à fase extrajudicial, ou seja, a que antecede o ajuizamento das ações trabalhistas, deverá ser utilizado como indexador o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de janeiro de 2001, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15/IBGE), em razão da extinção da UFIR como indexador, nos termos do art. 29, § 3º, da MP 1.973-67/2000. Além da indexação, serão aplicados os juros legais (art. 39, caput, da Lei 8.177, de 1991). 7. Em relação à fase judicial, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, considerando que ela incide como juros moratórios dos tributos federais** (arts. 13 da Lei 9.065/95; 84 da Lei 8.981/95; 39, § 4º, da Lei 9.250/95; 61, § 3º, da Lei 9.430/96; e 30 da Lei 10.522/02). **A incidência de juros moratórios com base na variação da taxa SELIC não pode ser cumulada com a aplicação de outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria *bis in idem*.** (...). 9. Os parâmetros fixados neste julgamento aplicam-se aos processos, ainda que transitados em julgado, em que a sentença não tenha consignado manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais). 10. Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas parcialmente procedentes. (destaquei) (ADC 58, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

Assim, entendemos ser este o entendimento aplicável à hipótese em referência, de forma que deva se aplicar o IPCA-E – condenações judiciais da Fazenda pública em geral – até o momento em que passa a incidir juros, instante a partir do qual deverá incidir a taxa Selic, isoladamente.

Outra opção, ao nosso ver mais complexa, é a hipótese na qual o momento da incidência de juros antecede ao da correção monetária, caso que ocorre, por exemplo, nas condenações em danos morais por ato ilícito. Tal qual na situação anterior, vê-se que aplicar indistinta-

mente a taxa Selic desde a data do dano **não se qualifica** como medida adequada a capturar a variação de preços da economia. Adota-se aqui o mesmo entendimento do STF para afastar a incidência da TR nas condenações judiciais em face da Fazenda Pública.

Na presente hipótese, compreende-se ser aplicável os juros incidentes sobre a caderneta de poupança até o momento em que passa a incidir, também, correção monetária, instante a partir do qual passará a incidir, unicamente, a SELIC. Isto com fundamento no § 12 do art. 100 da Constituição Federal, incluído pela Emenda nº 62/2009 e ainda vigente quanto aos juros, que assim prescreve:

> § 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (destaquei)

Por fim, importa deixar assente os efeitos da Emenda sobre o regime de pagamento de precatórios, especialmente considerando que a norma foi expressa – "*inclusive do precatório*" – acerca de sua incidência.

De pronto, faz-se necessário, para fins de delimitação da celeuma que se instaura, o entendimento prescrito na Súmula Vinculante nº 17: *durante o período previsto no § 1º (leia-se §5º) do art. 100 da CRFB, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos*. Com efeito, durante o denominado "período de graça" – hoje, em decorrência da EC 114/2021, correspondente ao período de 2 de abril de um ano até 31 de dezembro do ano seguinte –, não deve incidir juros de mora, mas tão somente a correção monetária do valor devido.

Com a determinação de aplicação da SELIC sobre os precatórios, que tem juros embutidos em sua formação, resta dúvida quanto à constitucionalidade de sua aplicação ou não, tendo por referência os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Poder-se-ia, num primeiro momento, buscar no próprio STF a solução para a questão, eis que no julgamento das ADIs 4.425/DF e 4.357/DF – ocasião em que afirmou, conforme acórdão citado alhures, que o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança não reflete os efeitos da inflação –, firmou entendimento de que a SELIC é índice idôneo para fins de atualização monetária e compensação da mora, impondo tal índice nas condenações da Fazenda Pública de natureza tributária, em respeito ao princípio da isonomia.

Contudo, entendemos que a aplicação irrestrita não deve ser levada a efeito, especialmente porque o fundamento justificante do entendimento perfilhado no julgamento das ADI's 4.425/DF e 4.357/DF, a isonomia, gerou uma diferenciação para os créditos tributários, pela sua natureza, não extensível aos demais débitos da Fazenda Pública, sobre os quais foi firmado entendimento diverso (IPCA-E).

Alinhado a esse entendimento, o CNJ - Conselho Nacional de Justiça, por ocasião de Sessão Plenária realizada no dia 22 de março de 2022, aprovou por unanimidade alteração da Resolução CNJ nº 303/2019, que dispõe sobre a gestão dos precatórios e respectivos procedimentos operacionais no âmbito do Judiciário. Importante, nesse ponto, fazer a citação da notícia do site[14] do próprio CNJ quanto ao tema:

> Com a aprovação do Ato Normativo n. 0001108-25.2022.2.00.0000, os tribunais deverão, por exemplo, comunicar à entidade devedora os precatórios com seu valor atualizado para a inclusão na proposta orçamentária até 30 de abril de cada ano. Na mudança do índice de correção, a EC 113/2021 definiu que, nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa Selic acumulado mensalmente, isso independentemente da natureza do precatório e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora.
>
> De acordo com o voto do relator, conselheiro Marcio Luiz Freitas, a Selic não é um índice de reajuste inflacionário, mas utilizado para empréstimos e que traz em seu bojo a correção e os juros. Dessa forma, a partir de dezembro de 2021, "deverá haver uma consolidação do débito referente a novembro de 2021, na qual se incluirão os juros e a correção, e a partir da data da consolidação desta dívida de valor incidirá somente a taxa Selic".
>
> Por sugestão do voto-vista do conselheiro Mauro Martins, apresentado durante a 347ª Sessão Ordinária do CNJ, **não poderá incidir juros de mora durante o período de graça** – compreendido entre a expedição do precatório e o efetivo pagamento, de 2 de abril até o fim do exercício financeiro seguinte, conforme o artigo 100 da Constituição Federal. O comando está previsto na Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal (STF). "Assim, ressalvados os precatórios de natureza tributária, que por isonomia são atualizados com os mesmos índices utilizados pela Fazenda Pública para seus cré-

14 https://www.cnj.jus.br/taxa-selic-sera-utilizada-como-indice-de-correcao-de-precatorios/

> ditos, **deverá incidir o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)** durante o período." (destaquei)

Perfilhamos de tal entendimento, no qual a taxa Selic somente passaria a incidir a partir do decurso do período de graça constitucional, que estará sujeito, exclusivamente, a correção monetária pelo IPCA-E, nos termos da jurisprudência consolidada anteriormente à EC 113/2021.

Importante ressaltar que muito pouco se debateu acerca dos efeitos da EC 113/2021 – sobre a qual já recaem duas ADI's, 7.047 e 7.064 – no âmbito dos tribunais, pelo que a consolidação dos entendimentos ainda demandará longa discussão acerca da incidência ou não da SELIC nas hipóteses conflitantes.

7. Conclusões

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 870.947/SE (Tema 810 da Repercussão Geral), fixou tese no sentido de julgar inconstitucional o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança. Posteriormente, o Plenário desta Corte rejeitou embargos declaratórios que buscavam modular os efeitos da decisão acima referida.

A imensa controvérsia atual sobre o tema consiste na compatibilização desse julgamento com a modulação de efeitos implementada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

Com base em todo o histórico evolutivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir que o julgamento do Tema 810 da Repercussão Geral não atingiu a modulação de efeitos adotada nas ADIs 4.357-QO/DF e 4.425-QO/DF, no tocante à questão da correção monetária de requisitórios (precatórios e RPVs) pagos ou expedidos até 25/03/2015.

A abordagem dos pontos acima apresentados revela-se importante, em especial porque a atual posição do Supremo Tribunal Federal impacta de forma extremamente relevante todas as execuções contra a Fazenda Pública e os precatórios formados em todo o Brasil.

Nesse cenário, em que ainda pendem dúvidas quanto à interpretação e momento de aplicação de decisões tidas em repercussão geral (Tema 1170 do STF), surge a EC 113/2021, que fixa a SELIC como índice de atualização monetária e compensação da mora. Ainda que, por um lado, isso represente uma facilitação – índice único e unificado para ações de qualquer natureza –, por outro lado a sua composição (juros e correção) pode culminar em distorções nas condenações impostas so-

bre a Fazenda Pública, atingindo diretamente entendimentos já consolidados no âmbito dos tribunais superiores.

8. Referências

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 113*, de 8 de dez. de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 114*, de 16 de dez. de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências.. Brasília, DF, dez. 2021.

BRASIL. *Lei Federal n. 10.406*, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. *Lei n. 9.494/97*, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências.. Brasília, DF, jun 1997.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Dirley da Cunha Júnior – 10. ed ver. ampl. E atual. – Salvador: JusPODIVM 2019.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Sessão Plenária de aprovação do Ato Normativo n. 0001108-25.2022.2.00.0000, de 22 de março de 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/taxa-selic-sera-utilizada-como--indice-de-correcao-de-precatorios/.

RUSSO, Diogo de Assis. *A teoria da inconstitucionalidade por arrastamento*. Disponível em http://www.lfg.com.br. 07 agosto. 2008.

1.7

NOVOS PARADIGMAS PARA A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As transformações do Estado Democrático de Direito e da Advocacia Pública consultiva: novos paradigmas de atuação. 2.1. Advocacia pública consultiva e igualdade de gênero. 2.2. Advocacia pública consultiva e novas tecnologias digitais. 2.3. Advocacia Pública consultiva e teletrabalho. 2.4. Advocacia pública consultiva nas licitações e contratações públicas. 3. Conclusões. 4 Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública consultiva – Igualdade de gênero – Novas tecnologias – Teletrabalho - Licitações e contratações públicas.

RESUMO: O presente artigo analisa algumas transformações do Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, da Advocacia pública consultiva, com vistas a verificar a existência de novos paradigmas de atuação do órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado, especialmente nas temáticas da igualdade de gênero, das novas tecnologias digitais, do teletrabalho e das licitações e contratações públicas, do modo a identificar as mudanças em acelerado curso.

1 Introdução

O presente artigo analisa algumas transformações do Estado Democrático de Direito e, nesse contexto, da Advocacia pública consultiva, com vistas a verificar a existência de novos paradigmas de atuação

* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela Universidad Castilla La Mancha – Espanha. Membro do grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC/UFF/PPGDC). Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FDV. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Gestão Pública da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Administrativo, Constitucional e Econômico da Pós-Graduação da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE). Professor convidado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), da Pós-Graduação em Direito Regulatório da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Fundação Getúlio Vargas – (FGV-RJ). Procurador do Estado do Espírito Santo.

do órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado, especialmente nas temáticas da igualdade de gênero, das novas tecnologias digitais, do teletrabalho e das licitações e contratações públicas, do modo a identificar as mudanças em acelerado curso.

O tema é relevante e atual, na medida em que as categorias jurídicas tradicionais inerentes ao Estado Democrático de Direito têm sido revisitadas, na atualidade, em razão de dois fenômenos distintos, embora relacionados, quais sejam, a intensificação do digital na vida societal e a crise pandêmica decorrente do Coronavírus, o que, inclusive, acelerou os processos públicos e privados de virtualização do Estado e das relações na sociedade global complexa, fragmentada, plural, multicultural e de riscos do século XXI.

Nesta ordem de ideias, o problema da presente pesquisa consiste em analisar se realmente estar-se-ia diante de uma mudança de paradigmas na atuação da Advocacia Pública consultiva e, em caso de resposta positiva, quais seriam alguns desses novos paradigmas balizadores do agir do órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado Democrático de Direito.

Como hipótese da presente pesquisa, admite-se a existência de novos paradigmas de atuação da Advocacia Pública consultiva, o que demandará, daqui para diante, uma releitura e ressignificação das suas funções constitucionais consultivas, de modo a melhor atender os complexos interesses públicos que justificam a sua atuação no assessoramento jurídico do Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa tem como objetivos analisar algumas transformações do Estado Democrático de Direito e da Advocacia pública consultiva e verificar a existência de novos paradigmas de atuação do órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado, especialmente nas temáticas da igualdade de gênero, das novas tecnologias digitais, do teletrabalho e das licitações e contratações públicas.

Adota-se o método dedutivo, com metodologia baseada na pesquisa documental e bibliográfica sobre o tema.

O presente artigo está dividido em duas partes essenciais. Na primeira, analisam-se algumas transformações do Estado Democrático de Direito e da Advocacia pública consultiva, com vistas a verificar a existência de novos paradigmas de atuação do órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado. Na segunda parte, investigam-se as temáticas da igualdade de gênero, das novas tecnologias digitais, do teletrabalho e das licitações e contratações públicas e seus impactos na Advocacia pública consultiva, do modo a identificar as mudanças em acelerado curso.

Espera-se, como resultado da presente pesquisa, que a mesma possa viabilizar mais aprofundadas reflexões, teóricas e práticas, acer-

ca do papel constitucional da Advocacia pública consultiva do Estado Democrático de Direito, visando o seu constante aprimoramento, em benefício da sociedade.

2 As transformações do estado democrático de direito e da advocacia pública consultiva: novos paradigmas de atuação

O Estado Democrático de Direito tem passado por grandes transformações em seus elementos fundantes. Ideias jurídico-políticas clássicas, relacionadas à própria concepção do Estado, como soberania, território, povo e cidadania estão sendo revisitadas na atualidade, de modo a atender as necessidades de uma sociedade global, complexa, fragmentada, plural, multicultural, de riscos e crescentemente tecnológica no século XXI.

Dois fenômenos contribuíram, decisivamente, para as mudanças em curso. Primeiro, a virtualização do Estado e da sociedade, em seus respectivos âmbitos de atuação, mudando, com intensidade crescente, o exercício das funções públicas e a forma de viver e conviver em sociedade. Segundo, a aceleração dos processos de digitalização pública e privada da vida, em razão da crise pandêmica mundial decorrente do Coronavírus.

Destarte, a soberania vai deixando de ser um poder quase absoluto e incontrastável, para admitir aberturas e flexibilizações, em vista de objetivos comuns em relação aos demais Estados, blocos comunitários e organizações públicas e privadas de caráter transnacional. Em outros termos, existem problemas e soluções que demandam a atuação concertada do Estado e demais atores internacionais, o que enseja um repensar da ideia de soberania.

O mesmo acontece com a ideia de território, como espaço material e jurídico-político onde o Estado exerce poder e, portanto, a sua soberania. Essas noções estão sendo revisitadas, em especial, em razão da diluição das fronteiras, seja em pela citada digitalização das relações sociais e econômicas, independentemente de um espaço físico, quer em razão de eventos que desrespeitam as noções convencionais inerentes ao território, como, por exemplo, a pandemia decorrente do Coronavírus.

As ideias nucleares de povo e cidadania também têm sido objeto de revisão jurídico-política, seja pela virtualização da vida, quer pela existência, cada vez maior, de cidadanias transnacionais, como é o caso dos cidadãos da União Europeia.

O Direito também vem sofrendo mudanças, a começar pela forma de criação da norma jurídica, cada vez mais submetida à normatividade

técnica e à produção da regra jurídica para além do Estado, decorrentes de organismos públicos e privados transnacionais, fora, portanto, da arena inerente aos poderes constituídos do Estado clássico. Nada obstante, essa normatividade jurídica produzida fora do Estado exerce influência nas atividades desenvolvidas no interior do Estado, o que demanda adequada regulação jurídica dessas conexões entre normatividade jurídica estatal e normatividade técnico-jurídica produzida fora do Estado.

A Democracia também tem sido revisitada contemporaneamente, seja pelo advento das novas tecnologias digitais, sobretudo as redes sociais e a internet, que viabilizam um maior conjunto de informações e desinformações[1] às pessoas, modificando o modo de participação cidadã nos processos de tomada de decisões públicas e privadas, quer em razão do crescente desgaste dos modelos clássicos de democracia representativa, ensejando o descolamento cada vez maior entre governantes e governados.

Esse amplo quadro de mudanças jurídicas, políticas, sociais e econômicas, em nível doméstico e internacional, repercute no exercício da Advocacia pública do Estado, já que o próprio Estado Democrático de Direito, cada vez mais, vai mudando as suas missões, o seu modo de agir e os seus instrumentos jurídicos de intervenção na vida social e econômica, com vistas a realização, cada vez mais intensa, dos direitos humanos e fundamentais das pessoas. Consequentemente, temas como os direitos e deveres fundamentais digitais, humanização e internacionalização da administração pública, planejamento e fomento públicos na formulação e implementação de políticas públicas, consensualidade, transparência e controle também estão sendo revisitados[2].

Essas mudanças correspondem a novos paradigmas de atuação do Estado e da Advocacia pública?

Para responder a essa indagação, é importante retomar o conceito de paradigma desenvolvido por Thomas Kuhn. Assim, paradigma é um modelo ou padrão aceito pela comunidade científica. Esta, a seu turno, é o conjunto de cientistas que compartilham um mesmo paradig-

1 Sobre o tema, cf.: EMPOLI, Giuliano Da. *Os engenheiros do caos*. Tradução de Arnaldo Bloch. 1 ed, São Paulo: Vestígio, 2019.

2 Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Presumidamente, toda ação, pública ou privada, deve ser eficiente, de outro modo não atingirá o resultado que dela se espera. Mas este logro de resultados, que até certo ponto possa ser meramente dispositivo na gestão privada de interesses, é rigorosamente mandatório, quando referido à gestão de interesses públicos pelo Estado. Em razão dessa distinção, a eficiência na condução dos interesses públicos merece não apenas ser constitucionalmente enunciada, como de fato o é (art. 37, CF), mas ser interpretada como um mandamento constitucional inafastável, de modo que o devido processo legal, por meio do qual se que realiza a gestão pública, a aparelhe com os meios técnicos (tais como índices, parâmetros, prazos, verificações, etc.) necessários para que ela venha a ser controlada em todas suas fases, até a efetiva realização dos resultados". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 126.

ma e realizam a mesma atividade científica, cujo objetivo é identificar as falhas do paradigma ou extrair dele todas as suas consequências[3].

Como rapidamente se destacou acima, em razão dos limites do presente trabalho, os paradigmas fundantes do Estado Democrático de Direito estão sendo revisitados. O modelo e o padrão de atuação estatal de ontem já oferece dificuldades para a solução dos problemas da sociedade complexa, plural, multicultural, de riscos e digital do século XXI. Ademais disso, a atuação unilateral, imperativa e hierarquizada do Estado já apresenta disfuncionalidades em seus instrumentos e resultados, revelando as falhas desses paradigmas. Essas mesmas premissas alcançam a Advocacia pública consultiva, na medida em que a sua atuação é fundamental para que o Estado Democrático de Direito realize, dentro dos quadros de juridicidade, os seus fins e missões.

Daí porque é possível falar em mudanças de paradigmas na atuação do Estado Democrático de Direito e da Advocacia pública consultiva, que confere juridicidade ao agir estatal. Nesse contexto, dentre as mudanças paradigmáticas em curso, merecem destaque, sem qualquer pretensão exauriente do assunto, as temáticas inerentes à igualdade de gênero, às novas tecnologias digitais, ao teletrabalho e ao papel da Advocacia pública consultiva nas licitações e contratações públicas. É o que se passa a fazer nos itens seguintes.

2.1 Advocacia pública consultiva e igualdade de gênero

O primeiro novo paradigma se relaciona à humanização e internacionalização da Advocacia pública consultiva. Entenda-se aqui humanização e internacionalização no sentido de maior abertura do órgão de assessoramento jurídico do Estado à realização institucional de valores, normas, princípios e direitos humanos e fundamentais, com espectro de juridicidade na Constituição e na ordem jurídica internacional, como é o caso da igualdade de gênero no acesso às funções de chefia e assessoramento no âmbito interno da Advocacia pública.

Destarte, a busca da efetiva igualdade de gênero ainda é uma causa inacabada da humanidade, mundo afora e no Brasil. A despeito dos avanços significativos na sociedade hipercomplexa do século XXI, ainda existem discriminações injustas, negativas, proibitivas e desproporcionais no acesso, pelas mulheres, à realização prática dos seus direitos

3 Segundo o autor: "Considero "paradigmas" as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência." KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, prefácio.

humanos e fundamentais, com igualdade substancial de chances em relação aos homens.

Essa igualdade de chances no acesso aos direitos humanos e fundamentais pelas mulheres é uma das perspectivas mais relevantes do feminismo, embora se deva reconhecer, na atualidade, a banalização e o desgaste da expressão no senso comum e nos machismos, misoginias e sexismos que teimam em permanecer como partes injustas da falsa retórica em parcela da sociedade contemporânea, onde os homens ainda têm mais oportunidades sociais, econômicas e profissionais do que as mulheres.

Não é por outra razão, aliás, que o objetivo nº 5 de desenvolvimento sustentável planetário fixado pela Organização das Nações Unidas (ONU), a ser alcançando até o ano de 2030, é a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, promovendo-se, na maior medida possível, o feminismo substancial, com efetiva igualdade de acesso aos direitos humanos e fundamentais, na mesma proporção que os homens.

Ainda no cenário internacional, a União Europeia discute atualmente um guia para a década digital no mencionado bloco comunitário, contemplando, dentre os seus objetivos, que, até o ano de 2030, se tenham 20 milhões de especialistas em tecnologias da informação e comunicação formados e empregados, entre homens e mulheres, igualitariamente.

No Brasil, embora seja crescente o número de acesso de mulheres aos cargos, empregos e funções públicas, mediante prévio concurso público, em todos os níveis federativos de poder e nos variados núcleos de poderes da República, é possível e necessário avançar no alcance e ocupação das mulheres dos altos cargos da administração pública e nas posições estratégicas de comando, tomada de decisões e controle na gestão pública.

A par disso, a Associação Nacional do Procuradores e Procuradoras dos Estados e do Distrito Federal (ANAPE) tratou do tema prevendo, em seu estatuto, a distribuição igualitária em 50% dos seus cargos de direção entre procuradoras e procuradores, já para as próximas eleições, no ano de 2023.

Nesse contexto, vale destacar a iniciativa da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, ao disciplinar a Lei Complementar nº 1101, de 06 de abril de 2022, que estabeleceu a Política de Consensualidade no âmbito da administração pública estadual direta e indireta, criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo (CPRACES) e instituiu a Procuradoria de Projetos Estratégicos (PPE).

Ao instalar a Procuradoria de Projetos Estratégicos, foram nomeadas quatro procuradoras e quatro procuradores do Estado para atuarem na respectiva setorial, que será chefiada por duas procuradoras do Estado. Cuida-se, pois, da consagração, real e prática, da igualdade de gênero na ocupação dos cargos da alta administração e funções estratégicas da Advocacia Pública do Estado do Espírito Santo.

Outras medidas visando a efetiva igualdade de gênero na Advocacia Pública do Estado podem ser adotadas e estão em estudo na Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo. Sem a pretensão de esgotar a matéria, vale citar algumas. Primeiro, a distribuição igualitária dos cargos e funções de alta administração na Procuradoria-Geral do Estado, entre procuradoras e procuradores do Estado. Segundo, a inserção, no planejamento estratégico da Procuradoria-Geral do Estado, da igualdade de gênero como meta específica a ser atingida, com a maior brevidade possível, na ocupação dos cargos e funções no âmbito do órgão constitucional em exame.

Terceiro, a inclusão da igualdade de gênero como conteúdo curricular na Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria-Geral do Estado, de modo a difundir a cultura de equidade de gênero no Estado. Quarto, a criação de um Núcleo de Igualdade de Gênero no âmbito da estrutura administrativa da Procuradoria-Geral do Estado, vinculado ao gabinete do chefe da instituição, garantindo-se a sua participação na formulação, implementação e controle de políticas públicas de igualdade de gênero na gestão pública do Estado, dentro e fora do órgão. Quinto, a distribuição igualitária de vagas entre homens e mulheres no Programa de Residência Jurídica da Advocacia Pública do Estado.

Essas medidas sugeridas, por certo, não resolvem, em definitivo, a problemática da desigualdade de gênero na Advocacia Pública. Todavia, dão um passo importante na redução dessas assimetrias onde elas existem, alterando-se o *mindset* institucional desse importante órgão constitucional vocacionado à promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais das maiorias e minorias, fim maior do Estado Democrático de Direito Digital do século XXI.

2.2 *Advocacia pública consultiva e novas tecnologias digitais*

O segundo novo paradigma relevante diz respeito à virtualização da Advocacia pública consultiva, como decorrência da virtualização do próprio Estado Democrático de Direito e da reconfiguração do seu agir para o cumprimento das suas complexas missões do século XXI.

Neste contexto, a pandemia em razão do Coronavírus e o desenvolvimento exponencial das novas tecnologias, sobretudo as digitais, como dito, fizeram com que o futuro chegasse bem antes do que esperávamos. Estado, gestão pública e sociedade tiveram que se reinventar diante dos novos desafios globais e locais impostos à humanidade planetária. O mesmo se deu com a Advocacia pública do Estado, que precisou alterar o seu *mindset* institucional para melhor assessorar, sob o ponto de vista da juridicidade, e de forma tempestiva, a formulação e

implementação de políticas públicas emergenciais para o enfrentamento do vírus devastador.

E os desafios não pararam por aí, pois os avanços no desenvolvimento e na aplicação das tecnologias pelo Estado, especialmente as digitais, demandaram e exigirão uma atuação jurídica estatal cada vez mais célere, especializada, eficiente e eficaz. Em última análise, uma Advocacia pública de Estado conectada e intensamente comprometida com a realização concreta, pragmática e consequencialista, dos direitos humanos, a partir de uma atuação funcional, seja na consultoria jurídica, quer na representação judicial do Estado, substancialmente aderente aos valores e princípios constitucionais voltados à densificação do direito fundamental à boa administração pública.

Cabe, pois, à Advocacia pública do Estado indicar aos gestores públicos, respeitadas as legítimas escolhas democráticas, os caminhos de juridicidade possíveis para o alcance dos objetivos constitucionais fundamentais previstos no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, relacionados ao desenvolvimento socioeconômico sustentável, que deverá ser, cada vez mais, inclusivo, tecnológico e inovador.

Neste sentido, a Advocacia Pública do Estado, para ser ainda mais sustentável, deverá direcionar a sua atuação, em especial, para dois grandes eixos transformadores. Primeiro, à consultoria jurídica promotora da inovação e do uso das tecnologias digitais, sempre que esses caminhos inovadores e digitais se revelarem mais aptos ao atendimento de interesses públicos e direitos fundamentais dos cidadãos. Segundo, à efetiva implementação do princípio da consensualidade na resolução, sobretudo digital, das controvérsias e litígios envolvendo o Estado, suas entidades administrativas, as demais entidades federativas e os segmentos socioeconômicos envolvidos nas problemáticas jurídicas postas ao crivo da Advocacia Pública do Estado.

Destarte, deve-se reforçar, na atuação do órgão constitucional de consultoria jurídica do Estado, os paradigmas inalienáveis inerentes à criatividade e à sensibilidade humanísticos, adicionados às novas tecnologias digitais, essas últimas sempre a serviço do ser humano, e em prol da ótima aplicação do Direito, com vistas à realização eficiente dos objetivos constitucionais desenvolvimentistas acima descritos.

É nesse contexto de inovações humano-digitais que o Estado do Espírito Santo, por meio da Lei Complementar nº 1101, de 06 de abril de 2022, estabeleceu a política de consensualidade no âmbito da administração pública estadual direta e indireta, criou a câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos do Espírito Santo – CPRACES e instituiu a Procuradoria de Projetos Estratégicos – PPE.

Esse último órgão especializado é fruto da evolução e aprimoramento das competências desenvolvidas pelo núcleo de infraestrutura, parcerias e inovação – NINFRA, da Procuradoria da Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral do Estado, nos termos da Portaria PGE nº 006-S, de 20 de janeiro de 2021, com atuação nas matérias relacionadas às concessões e demais parcerias público-privadas, obras e serviços de engenharia, tecnologia da informação, empréstimo internacional e contratos de gestão.

Segundo o art. 29-B da Lei Complementar nº 1101/2022, reforça-se a especialização setorial e a atuação sinérgica e estratégica da Procuradoria-Geral do Estado, interna e externa com os demais órgãos e entidades do Estado, na condução jurídica dos processos pertinentes aos projetos considerados estratégicos.

Destacam-se, em especial, as competências para o assessoramento jurídico preliminar, preventivo e proativo, com o opinamento em processos e a representação judicial e extrajudicial do Estado nos mesmos; a interlocução entre o contencioso judicial e a consultoria administrativa; a criação de estratégias de acompanhamento e de atuação para o incremento de atividades relacionadas à sua competência; o fomento à capacitação e a atualização, com auxílio da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado - ESPGE, dos Procuradores do Estado e servidores dos órgãos e entidades da administração estadual; à promoção de estudos para atualização e proposição de alterações legislativas ou normativas sobre as matérias de sua competência e a padronização e manutenção atualizada das minutas e procedimentos administrativos.

Cuida-se, pois, de importante marco jurídico, que tem por finalidade precípua viabilizar que a Advocacia pública consultiva no Espírito Santo seja o melhor que ela possa ser, na realização do seu papel constitucional. Busca-se maior especialização a serviço da sociedade, em última análise, uma atuação mais célere e eficiente diante dos desafios do Estado e da sociedade hipercomplexa digital do século XXI, de modo a proporcionar melhores e mais seguros resultados, sob a ótica do Direito, nas entregas públicas à sociedade, o que é o desejo de todos.

2.3 Advocacia pública consultiva e teletrabalho

O terceiro novo paradigma a ser destacado se relaciona com os dois anteriores, seja porque densifica a ideia de virtualização da Advocacia pública consultiva, quer pelo fato de que também é relevante instrumento de promoção da igualdade de gênero no órgão constitucional de assessoramento jurídico do Estado.

Neste sentido, a Advocacia pública consultiva do Estado, na era digital, sem prejuízo de outras medidas, para ser sustentável[4], deverá direcionar a sua atuação: (i) à consultoria jurídica promotora da inovação e do uso das tecnologias digitais, sempre que esses caminhos inovadores e digitais se revelarem mais aptos ao atendimento de interesses públicos e direitos fundamentais dos cidadãos; (ii) ao assessoramento jurídico na formulação, implementação e controle de políticas públicas voltadas à inovação digital na gestão pública; (iii) à atuação consultiva na formatação de arranjos jurídicos e parcerias administrativas promotoras da inovação e do uso dos recursos digitais na gestão pública; (iv) à atuação consultiva no monitoramento inovador e digital da execução de políticas públicas legitimamente formuladas, reorientando ações que se afastem da juridicidade administrativa; (v) à atuação consultiva na elaboração de propostas normativas e iniciativas inovadoras promotoras da administração pública digital; (vi) à criação de um núcleo de inovação e difusão de tecnologias digitais, no âmbito da Advocacia pública do Estado, promovendo uma atuação jurídica inovadora e digital para dentro e para fora da advocacia pública; (vii) à efetiva implementação do princípio da consensualidade na resolução, sobretudo digital, das controvérsias e litígios envolvendo o Estado, suas entidades administrativas, as demais entidades federativas e os segmentos socioeconômicos envolvidos nas problemáticas jurídicas postas ao crivo da advocacia pública do Estado[5] e (viii) à efetiva implementação prática da Advocacia Pública digital, com a utilização de recursos tecnológicos e inovadores, que tornem a função do advogado público do Estado mais dinâmica, como ocorre por meio do teletrabalho.

Sobre esse último tema, merece elogios a normatização do teletrabalho no âmbito do Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, por meio da Portaria nº 017-R, de 02 de outubro de 2019, concretizadora da Lei Complementar nº 874, de 14 de dezembro de 2017, de modo otimizar recursos públicos, humanos e de tempo nas entregas da Advocacia pública consultiva ao Estado, à sociedade e à gestão pública, em forma de

4 Autor. Ver, também: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 41.

5 Confira-se a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*). Em suma, a *consensualidade* como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 41 - grifos no original.

serviços públicos mais eficientes e eficazes aos cidadãos. Essa importante medida coloca o Estado do Espírito Santo no rumo certo para a concretização prática da Advocacia pública consultiva inovadora e digital, tema que se insere no contexto maior do governo digital ou eletrônico.

Ou seja, em tempos de crises, escassez de recursos públicos e desencantos da população, em razão de uma infinidade de demandas sociais, econômicas e ambientais não atendidas pelo Poder Público, é natural que se pensem em reformas, notadamente administrativas, de modo a tornar a administração pública mais eficiente, célere, transparente e eficaz na entrega de resultados de interesse público primário à sociedade, especialmente nos campos dos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública.

Nesse ambiente, o teletrabalho se apresenta como importante instrumento da gestão pública brasileira, em especial, porque: (i) atende o princípio do planejamento, permitindo ao administrador público alocar, em conformidade com o perfil profissional da sua equipe, os servidores públicos que devem e os que não devem exercer suas funções em regime de teletrabalho; (ii) concretiza o princípio da eficiência administrativa, pois permite ao gestor público maximizar e potencializar o desempenho da função pelo servidor público, que terá um nível de esforço mais elevado para manter o regime de teletrabalho; (iii) realiza o princípio da eficácia, pois prioriza a administração pública de resultados, em detrimento da administração pública burocrática e formalista, pois o servidor público tem metas objetivas e transparentes, normalmente acima das metas fixadas pelos servidores públicos em regime presencial, como forma de compensar a maior flexibilidade no cumprimento das suas tarefas de trabalho; (iv) cumpre o princípio da economicidade, pois o teletrabalho pode reduzir os custos estatais com despesas correntes, normalmente incorridas pelo Estado quando o servidor público se encontra presencialmente na sede da repartição pública; (v) realiza os princípios da hierarquia e da responsabilidade funcional do servidor público, reforçando seu juízo de autorresponsabilidade, pois a manutenção do teletrabalho fica impreterivelmente condicionada ao cumprimento das metas e resultados fixados pela administração pública e (vi) atende aos princípios da publicidade e transparência, já que as metas de trabalho são explícita e objetivamente fixadas em termo de compromisso firmado com a administração pública, com a devida publicação no sítio oficial do órgão ou entidade.

O teletrabalho na Advocacia pública consultiva do Estado, portanto, dá mais um passo no caminho da virtualização da administração pública. Assim, em plena era digital, reforça-se o uso das tecnologias da informação e a digitalização de processos e procedimentos administrativos, melhorando-se o desempenho de funções públicas.

Esse rol, vale repetir, não esgota os limites e possibilidades de participação jurídica da Advocacia pública consultiva do Estado na temática da inovação, sobretudo digital, na gestão estatal, já que a atuação no controle da juridicidade deverá, como regra, acompanhar o contexto, os efeitos e as consequências das disrupções tecnológicas no âmbito da gestão pública, de modo a tornar a atuação da Advocacia pública cada vez mais eficiente. Até porque, como ensina Marcos Juruena Villela Souto, somente aos governos totalitários ou corruptos pode interessar uma Advocacia pública enfraquecida ou esvaziada[6].

Nada obstante, o teletrabalho reforçará a constante atualização e aprimoramento dos Advogados públicos consultivos do Estado, notadamente em relação ao mundo digital, já que as manifestações jurídicas vão demandar, cada vez mais, algum nível de conhecimento dessas realidades digitais e seus impactos no desempenho da função de administrar interesses públicos.

Isso não significa que o advogado público da consultoria do Estado deva se substituir ao administrador público no conhecimento e na definição dos conteúdos técnicos e econômicos das políticas públicas de inovação, sobretudo digitais. Também não quer dizer que o órgão jurídico deva conhecer profundamente os detalhes técnicos e aspectos das tecnologias e inovações digitais pertinentes ao seu campo de apreciação jurídica.

Esse conhecimento técnico e econômico continua a ser da responsabilidade privativa dos agentes públicos competentes para tanto, que deverão fornecer os subsídios técnicos e econômicos ao órgão jurídico do Estado para as suas manifestações de juridicidade pertinentes.

Todavia, seria, no mínimo, irreal, ignorar que, quanto maior o conhecimento que o Advogado público do Estado tiver a respeito dos domínios inovadores, tecnológicos e digitais extrajurídicos, sem dúvida alguma, mais eficiente e eficaz será a sua atuação profissional, em benefício do Estado e, sobretudo, da sociedade, o que é o desejo de todos.

É nesse contexto da Advocacia pública consultiva digital e do trabalho digital que o teletrabalho se apresenta como instrumento para uma renovada consultoria jurídica do Estado.

Bem por isso, o teletrabalho na Advocacia pública consultiva do Estado é um instrumento de gestão de pessoas que deve ser fomentado, estruturado e acompanhado de uma maior produtividade qualificada na representação judicial e consultoria jurídica da administração pública.

6 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 403.

Cuida-se de mecanismo de gestão de talentos públicos com forte potencial de geração de valores e resultados na Advocacia pública consultiva, desde que se tenha, como no caso da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, uma adequada estrutura de governança no planejamento e na fixação de metas específicas e resultados públicos, e que ensejam um serviço público de melhor qualidade às pessoas, destinatárias maiores das prestações estatais, o que é o desejo de todos.

2.4 Advocacia pública consultiva nas licitações e contratações públicas

O quarto novo paradigma a ser destacado diz respeito ao aperfeiçoamento estratégico da forma de atuação da Advocacia pública consultiva, diante dos novos desafios do Estado Democrático de Direito da atualidade, na temática das licitações e contratações públicas. Destarte, a nova lei de licitações e contratações públicas constitui uma janela de oportunidades para a Advocacia Pública consultiva.

Isto porque, o art. 53 da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021 - o novo marco jurídico das licitações e contratações públicas – institucionaliza e explicita a possibilidade de reconfiguração do assessoramento jurídico nessa seara, de modo a viabilizar maior eficiência nas análises jurídicas feitas daqui para diante. No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, esse redesenho da Advocacia Pública consultiva se deu, em especial, nos termos do artigo 29-B na Lei Complementar estadual nº 1011, de 06 de abril de 2022.

Essa normatividade extraível do artigo 53 da Lei nº14.133/2021 acima citado leva em conta algumas premissas. Desde logo, a natureza constitucional das funções exercidas pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, nos termos do artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ademais, em especial, os princípios da legalidade, transparência, publicidade e eficiência no assessoramento jurídico das licitações e contratações públicas e demais parcerias administrativas, no âmbito do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Além disso, a necessidade de maior segurança jurídica, eficiência e reforço à força normativa dos precedentes administrativos no assessoramento jurídico das licitações e contratações públicas e demais parcerias administrativas no âmbito do Estado, nos termos, em especial, do artigo 30 da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

Igualmente relevante, o objetivo nº 16 de desenvolvimento sustentável planetário fixado pela Organização das Nações Unidas (ONU), a ser alcançando até o ano de 2030, qual seja, a consolidação de insti-

tuições públicas mais eficientes, eficazes, responsáveis e inclusivas. No Estado do Espírito Santo, essa diretriz internacional foi internalizada nos termos do artigo 3º, XIV, da Lei Complementar estadual nº 929, de 25 de novembro de 2019, que estabelece como objetivo de desenvolvimento sustentável do Estado a consolidação de instituições públicas mais eficientes, eficazes, responsáveis e inclusivas.

Em outros termos, são imensas as possibilidades de aprimoramento da Advocacia Pública consultiva nas licitações, contratações e demais parcerias administrativas do Estado. Para tanto, é fundamental, desde logo, uma disciplina normativa, expedida pelo Chefe da instituição, após a discussão e aprovação no âmbito do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Além, é claro, da oitiva das setoriais de consultoria especializadas no tema, de modo a estabelecer a estrutura de organização e funcionamento da assessoria jurídica nas licitações, contratações públicas e demais instrumentos de parcerias administrativas do Estado.

Essa estrutura de governança jurídica das licitações, contratações públicas e demais parcerias administrativas do Estado será a normatividade organizacional geral, vinculante para os órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado, salvo as empresas estatais, em razão de regime jurídico próprio licitatório e contratual dessas últimas entidades.

Nesse contexto, é fundamental que essa normatividade consolide e estabeleça bons instrumentos jurídicos para o seguro, transparente, eficiente e, sempre que possível, padronizado exame de juridicidade nos processos licitatórios, contratuais e demais arranjos de parcerias administrativas estatais, sempre com reforço à força normativa dos precedentes administrativos, a partir dos instrumentos acima mencionados.

Sem qualquer pretensão de esgotamento da matéria, nos termos do artigo 53 da Lei nº 14.133/2021, vale citar alguns instrumentos relevantes e úteis para o aprimoramento da Advocacia Pública consultiva nas licitações, contratações públicas e demais parcerias administrativas do Estado.

Primeiro, a expedição de enunciados administrativos pelo Conselho Superior da Procuradora-Geral do Estado que, uma vez editados, dispensam a análise da Procuradoria-Geral do Estado nas licitações, contratações públicas e demais parcerias administrativas estatais, devendo a autoridade administrativa certificar e demonstrar, nos autos do processo administrativo, o cumprimento integral dos mesmos.

Segundo, a emissão de pareceres jurídicos paradigmas em licitações, contratações públicas e demais parcerias administrativas estaduais para todos os órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado. Terceiro, a análise jurídica nas licitações, contratações públicas e de-

mais parcerias administrativas estaduais por amostragem, nos termos definidos em enunciado administrativo.

Quarto, o assessoramento jurídico aos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado na elaboração de editais de licitação, minutas de contratos e outros instrumentos jurídicos de parcerias administrativas estaduais padronizados, nos termos do art. 19, IV, da Lei nº 14.133/2021.

Quinto, o assessoramento jurídico aos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado na elaboração de listas de checagens padronizadas referentes aos editais de licitação, minutas de contratos e outros instrumentos jurídicos de parcerias administrativas estaduais. Sexto, o assessoramento jurídico aos órgãos e entidades do Poder Executivo do Estado na elaboração de manuais de boas práticas referentes às licitações, contratações e outros instrumentos jurídicos de parcerias administrativas estaduais.

Sétimo, a criação de núcleo de planejamento jurídico estratégico para as licitações, contratações públicas e outros instrumentos de parcerias administrativas estaduais, formados pelas Procuradoras e Procuradores do Estado com atuação na consultoria administrativa, sem prejuízo da participação de outros membros da carreira, a partir de convite e designação do Procurador-Geral do Estado.

Oitavo, a implementação de sistema de assessoramento e parecer jurídico conjunto nas manifestações jurídicas nas licitações, contratações públicas e demais parcerias administrativas do Poder Executivo do Estado, desde que haja indicação do uso desse instrumento pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Subprocurador-Geral do Estado e pela Chefia da consultoria administrativa.

Essas medidas não esgotam as potencialidades da nova Advocacia Pública consultiva nas licitações, contratações públicas e demais instrumentos de parcerias administrativas do Estado. Todavia, constituem um passo relevante no aprimoramento da Advocacia do Estado enquanto função essencial à justiça, o que interessa a todos, governantes, gestores e cidadãos.

3 Conclusões

Pelo brevemente exposto, é possível perceber a necessidade de abertura do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da Advocacia pública consultiva estatal, aos novos paradigmas acima indicados, de forma exemplificativa, eis que os mesmos estão em construção, diante das complexas mutações do Estado e da sociedade no século XXI.

Nada obstante a construção de novos paradigmas, é correto dizer que a Advocacia pública, revisitada e aderente aos valores da huma-

nização, internacionalização e virtualização, continuará permanentemente renovada e intensamente presente enquanto função essencial à justiça no Estado Democrático de Direito, na forma do artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Bem por isso, é essencial a contínua estruturação institucional e formação profissional e humanística das Procuradoras e Procuradores do Estado, de modo que as missões institucionais da Advocacia pública consultiva possam ser cumpridas de forma cada vez mais eficiente, eficaz e promotora dos direitos humanos e fundamentais, fins maiores, em última análise do Estado Democrático de Direito do século XXI.

4 Referências

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30. abr. 2021.

EMPOLI, Giuliano Da. *Os engenheiros do caos*. Tradução de Arnaldo Bloch. 1 ed, São Paulo: Vestígio, 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, prefácio.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 126.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 403.

1.8

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

KLAUS COUTINHO BARROS*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Considerações sobre Responsabilidade Patrimonial. 3 Sobre a Responsabilidade Tributária. 4 Breves considerações sobre a Lei de Execução Fiscal. 5 Desconsideração da Personalidade Jurídica. 5.1 Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil. 5.2 Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar a compatibilidade entre o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código de Processo Civil – CPC/2015 e o processo de execução fiscal regido pela Lei 6.830/80.

Na esteira do arcabouço jurídico construído na vigência do Código Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado no sentido de que, preenchidos os requisitos legais, despicienda era a propositura de Ação Autônoma para levar a termo a desconstituição da personalidade jurídica da empresa executada visando atingir os bens dos sócios, alcançando este objetivo, incidentalmente, por simples petição nos autos.

A novel legislação processual civil brasileira, após a edição da Lei 13.105/2015, disponibiliza ao operador do direito um procedimento destinado a assegurar o contraditório prévio para os casos em que a desconsideração da personalidade jurídica se imponha como lícita e necessária, permitindo que os sócios, vinculados às empresas devedoras, conheçam da pretensão executória que pode autorizar a invasão de seu patrimônio.

* Graduado pela Universidade Federal do Espírito Santo em 1988, tornou-se Procurador do Estado do Espírito Santo em 1994. Concentrou seus estudos no ramo do direito tributário, tendo sido membro do Conselho Estadual de Recursos Fiscais SEFA/ES. É pós-graduado em Direito Tributário pela Consultime, em Direito Processual Civil pela PUC/SP e pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Tem artigos publicados nas áreas de Direito Tributário e Direito de Família em revistas jurídicas de circulação nacional. É inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Espírito Santo e membro da Associação dos Advogados de São Paulo.

Neste contexto emerge que a responsabilidade tributária dos sócios, disciplinada no artigo 135 do Código Tributário Nacional, possui umbilical relação com a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil, sendo certo que, embora se possa até vislumbrar critérios sensíveis à aplicação deste instituto sob a ótica do abuso de personalidade, tanto no desvio de personalidade, quanto no desvio patrimonial, o órgão jurisdicional, em especial na seara trabalhista, ao se deparar com a menor dificuldade em encontrar bens da pessoa jurídica não hesita em despejar sobre a pessoa natural do sócio esta responsabilidade.

Se de um lado a doutrina e a jurisprudência ainda não obtiveram êxito em chegar a uma definição clara de quais são os critérios para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, o que, em última análise poderia desestimular a atividade empresarial como um todo, face ao risco envolvido, de outro, tem-se que a autonomia da personalidade jurídica não pode se confundir com tolerância e complacência diante de seu uso para fins fraudulentos e ilícitos encobrindo manobras inescrupulosas dos sócios que se aproveitam deste escudo legal para obter vantagens indevidas.

A questão que se impõe e se pretende deslindar é se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é aplicável às execuções fiscais, cuja sustentação está fincada em Lei Complementar Específica direcionada com ritos, procedimentos próprios e peculiaridades intrínsecas a esse procedimento.

Então, sob a égide da complexidade, morosidade e baixa eficiência da execução fiscal no Brasil, este trabalho é vislumbrado à luz do seguinte questionamento: o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, descrito no artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil, se apresenta como um vetor de melhoria ou agravamento deste quadro?

2 Considerações sobre Responsabilidade Patrimonial

Cinge-se que é da natureza humana a busca pela autopreservação gerando situações de imposição ou de sobreposição de uns frente aos outros resultando a história humana em uma profusão de contendas de mínimas ou incomensuráveis proporções.

Ingenuamente, é possível conceber que o homem é bom por natureza, como dispôs J.J. Rousseau, e tende a procurar a paz quando esta é impossível, sem aceitar o uso da guerra com toda a sua magnitude para adquiri-la, conforme lecionou Maquiavel.

Neste diapasão, mostra-se tangível o discurso de Hobbes e Rousseau que afirma a criação de um "contrato social" como forma de mediar conflitos de interesses e regulamentar mecanismo legal que obriga a todos cumprirem as regras pactuadas, competindo ao Estado o direito de punir os desvios a este.

Assim, demonstra-se que a natureza humana na sociedade moderna está subjugada à lei, nos mais diversos campos e segmentos, ao indicar condutas, conduzir comportamentos, coibir ou ponderar excessos.

Por óbvio a natureza humana é transgressora na sua essência e, ainda que haja um "pacto" indicando a sanção pelo descumprimento dos preceitos, em muitos casos, principalmente aqueles destinados a conduzir as relações intersubjetivas consubstanciadas em uma lide, a vontade de uma das partes não ficaria satisfeita, pois nem toda força cogente conferida a lei leva ao cumprimento voluntário das obrigações.

Sob este âmbito, Cândido Rangel Dinamarco instrui que a sanção de Direito Material nunca se prestaria a transpor a resistência do "devedor obstinado ao inadimplemento", porque, simplesmente, não traz em seu cerne as ideias de **sujeição e coerção** próprias da sanção processual[1]. Arremata o eminente mestre processualista:

> Assim como o direito concreto material nasce do encontro de um fato com a norma abstrata que o disciplina, também a vontade sancionatória concreta é o resultado do encontro de dados fatos com as normas (processuais) que regulam a imposição da sanção executiva. Tais fatos, chamados *títulos executivos*, tornam adequadas, porque a lei assim o dispõe (CPC.882), às medidas executivas – as quais poderão ser impostas, para a atuação do direito substancial concreto. Assim, por exemplo, a sentença que condena o devedor a dar ao credor determinada soma anteriormente tomada em empréstimo, é, em si, o fato constitutivo da vontade sancionatória concreta, pois é em virtude dela que a execução se torna um meio processual adequado. Como se vê, são dois fenômenos distintos, o da concreção da norma de direito substancial e o da concreção das normas referentes à sanção[2].

Quando o devedor obstinado ao inadimplemento não realiza de forma voluntária a prestação pela qual houver se comprometido ou condenado a fazê-lo, configurado está o inadimplemento ou lesão, pressuposto essencial de toda e qualquer atividade executiva. Ocorri-

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 132.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 133.

do o inadimplemento com a não efetivação da prestação, necessária à execução forçada, o patrimônio do devedor e de terceiros, quando a lei assim o determinar, responderá pelo seu cumprimento.

Os operadores do direito travam batalhas diuturnas visando identificar ou revelar qual a massa patrimonial sobre a qual incidirá a execução, caminhando sobre a tênue linha que separa a obrigação e a responsabilidade.

De fato, a discussão não é nova e tem origem formulada pelo alemão Alois Brinz, que divide a obrigação em *schuld* (débito) e *haftung* (responsabilidade), teoria dualista na qual defende que o débito e a responsabilidade coexistem na relação obrigacional, mas a responsabilidade só emerge com o inadimplemento. Carnelutti adaptou essa teoria à ciência contemporânea, assim como Liebman e Alfredo Buzaid que incorporaram-na à doutrina brasileira.

Inclusive, hodiernamente, a teoria de Brinz é abraçada pela maioria dos doutrinadores brasileiros que

> [...] defendem que o dever jurídico imposto ao devedor de cumprir a prestação é objeto de *relação obrigacional*. Já a *responsabilidade* seria a susceptibilidade do patrimônio do devedor (e outros) à execução, para satisfação da dívida, típica *relação de direito processua*l, vínculo travado no campo processual entre o responsável e o Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor[3].

Em contrapartida, há alguns doutrinadores que aderem à visão unitarista, a qual sustenta que a obrigação não se divide em débito e responsabilidade, sendo esta uma sanção ao descumprimento daquela, de modo que ambas comporiam uma mesma relação obrigacional. De acordo com os defensores desta teoria, não há que se falar em natureza material da obrigação nem em natureza processual da responsabilidade, posto que seriam fenômenos intrínsecos ao vínculo obrigacional.

Vale mencionar que a responsabilidade, contudo, nem sempre foi patrimonial. O exemplo mais citado, mas que caracteriza de forma definitiva a amplitude da responsabilidade, encontra-se o direito romano. Naquela sociedade, o sistema jurídico autorizava que a execução incidisse sobre a própria pessoa do executado, podendo transformá-lo em escravo do credor como forma de pagamento da sua dívida.

3 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução, v. 5. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 334.

Todavia, com a evolução social, tal conduta não mais é aceita e a responsabilidade assumiu seu caráter essencialmente patrimonial. O que se admite nos dias de hoje, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, que se aproxima da ação direta sobre o sujeito é a coerção pessoal, como o exemplo descrito no seguinte artigo do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará *providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente*.

Assim, pode-se afirmar que, em regra, é o patrimônio do devedor que será compelido a adimplir a obrigação, ou seja, não mais se tolera que o corpo do devedor arque com sua dívida. A responsabilidade moderna nas obrigações é a patrimonial, sendo norma posta que "o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei" (Art. 789 do CPC).

Deste modo, como o patrimônio do devedor que responde pela dívida e o vínculo obrigacional encerra débito e responsabilidade, a doutrina aponta dois tipos de responsabilidade patrimonial, a saber: a primária e a secundária.

A responsabilidade do devedor que assumiu a obrigação cujo patrimônio responderá diretamente é a primária, também denominada de originária. De outro lado, a lei prevê situações nas quais um sujeito que não participou da relação obrigacional seja responsável pela sua satisfação. Esta é a denominada responsabilidade secundária ou derivada e emerge justamente da distinção entre *Schuld* e *Haftung*.

A responsabilidade secundária estatuída no artigo 790 do CPC transmuda por força de lei o cumprimento de uma obrigação a alguém que não era, originalmente, obrigado ao débito, sendo, portanto, denominado como terceiro. A exemplo tem-se:

- **O sucessor**: nos casos de obrigações reais (recai sobre a coisa) ou reipersecutórias (direito de sequela);
- **Sócios**: incide nos casos em que a lei expressamente permitir que os bens dos sócios sejam atingidos pelo ato de execução, como: a. desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC e art. 28 do CDC); b. art. 135 do CTN;
- **Ex-sócio** por até dois anos depois de sua retirada da sociedade; e de dissolução irregular (art. 1.024, CC).

- **Terceiro possuidor de bens do devedor**: os bens do devedor ficam sujeitos à execução em curso, quando transferidos a terceiro, seja em fraude de execução ou não.
- **Cônjuge**: a responsabilidade do cônjuge é estabelecida por lei. O regime matrimonial diz a possibilidade ou não dos bens do cônjuge serem atingidos pelos atos de execução[4].
- **Companheiro**: a lei processual coloca o companheiro ao lado do cônjuge, mas só será possível a defesa dos bens pelo companheiro quando a existência da relação não tiver que ser provada nos autos da execução.

A figura da responsabilidade não é exclusividade da ciência jurídica, sendo um fenômeno encontrado nos mais diversos âmbitos da vida social organizada, vinculando-se sempre, tal instituto, à ideia de que alguém é recrutado ou indicado para responder por certas situações ou atos causados por si ou por outrem.

Salienta-se ainda que a figura da responsabilidade não é exclusividade da ciência jurídica, sendo um fenômeno encontrado nos mais diversos âmbitos da vida social organizada, vinculando-se sempre, tal instituto, à ideia de que alguém é recrutado ou indicado para responder por certas situações ou atos causados por si ou por outrem.

Neste ínterim, Guido Zanobini[5] esclarece que o termo "responsabilidade" serve para indicar a situação especial daquele que, por qualquer título, deva arcar com as consequências de um ato danoso.

Ao transportar a responsabilidade para o universo jurídico, a sua caracterização se revela na medida em que uma determinada pessoa, ofendendo a ordem jurídica, causa dano a outrem, devendo esta recompor o equilíbrio dessa ordem, reparando o dano.

Por oportuno, destaca-se que o eminente professor Bernardo Ribeiro de Moraes[6] diz que "responsabilidade", portanto, é a obrigação que a ordem jurídica imputa a determinada pessoa em razão da violação da norma jurídica. Isto é, com o inadimplemento da obrigação (violação ou descumprimento de um dever jurídico), surge uma relação jurídica secundária (derivada), com as normas características da obrigação, denominada responsabilidade.

4 A dívida contraída para economia doméstica, independentemente do regime matrimonial, permite que os bens do cônjuge sejam atingidos pelos atos de execução.

5 ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*: I mezzi dell'azione amministrativa, vol. I. 6ª ed. Giuffrè: 1950, p. 269.

6 DE MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 501.

3 Sobre a Responsabilidade Tributária

Ao trazer estas ideias para o ramo específico do Direito Tributário, dispõe-se que o instituto da responsabilidade tributária é uma consequência da obrigação tributária, mas com esta não se confunde, sendo certo que para ambas, a fonte primária é a Lei.

É curial que a Constituição Federal específica e delimita todos os aspectos da hipótese de incidência tributária, mormente seu aspecto pessoal através do qual são descritos os sujeitos da relação jurídica tributária, sendo o Estado, em sentido amplo, sujeito ativo dessa relação. Quanto ao sujeito passivo, o CTN o indica no artigo 121, podendo o legislador competente indicar outra pessoa física ou jurídica que adquirirá capacidade tributária apta a integrar a relação jurídica fiscal.

A sujeição passiva tributária é matéria delineada constitucionalmente, não havendo na carta política descrição direta do contribuinte vinculando-o diretamente a determinado imposto, havendo sim um arquétipo do qual retira-se os elementos de definição tanto do sujeito ativo quanto do sujeito passivo. Tal princípio encontra-se no Parágrafo 7° do artigo 150 da Constituição Federal. Vejamos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]
>
> § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

O Código Tributário Nacional impõe responsabilidade tributária não àquele diretamente inserido na relação jurídica tributária (art. 121, I do CTN), mas ao terceiro, sujeito que responde pela obrigação tributária em vez do contribuinte, ou, juntamente com este.

Com efeito, a vinculação fática ou jurídica ao fato gerador é o fator desencadeador e autorizativo para atribuir responsabilidade aos terceiros. Neste sentido, balizada doutrina apresenta uma divisão conceitual estabelecendo duas situações distintas: numa imputa-se responsabilidade ao terceiro que estiver vinculado ao fato gerador pelo legislador ordinário, conforme o art. 128 do CTN, noutra ele não precisa necessariamente estar vinculado umbilicalmente ao fato gerador, a luz do que

se dessume dos artigos 121, 124, 131, 132 e em alguns casos do artigo 135, todos do CTN.

A obrigação tributária e a responsabilidade tributária não se confundem, existindo entre ambos os pontos de intercessão que aproximam os institutos. Dentre eles, encontra-se a Lei, já que sem esta não se pode falar em obrigação tributária e nem muito menos em transferência desta à terceiro como responsável tributário.

É consentâneo que a obrigação tributária nasce com a ocorrência da situação fática descrita na norma, e caminha para sua extinção com a efetiva prestação por parte do sujeito passivo.

Quando se age contra disposição de lei, ou quando se omite em atuar conforme determina a norma jurídica posta, resta violada a obrigação tributária, revelando-se para o ente tributante o direito de ver restabelecido o equilíbrio da ordem jurídica com a recomposição em seu patrimônio. Outrossim, o inadimplemento da obrigação tributária se constitui em fonte de dever jurídico que surge para o sujeito passivo quando não acudida a prestação tributária.

Este dever de indenizar é conhecido por responsabilidade, e, seu fundamento encontra-se na regra básica de que quem infringe um dever jurídico deve ressarcir o prejuízo que causou.

Para mais, observa-se que o CTN, em capítulo próprio, classifica a responsabilidade da seguinte forma: responsabilidade por sucessão (art. 129 a 133), responsabilidade de terceiros (art. 134 e 135) e responsabilidade por infrações (arts 136 a 138).

A responsabilidade dos sucessores encontra-se disciplinada nos arts. 129 a 133 do CTN e, quanto à sua origem, trata-se de responsabilidade tributária por transferência. Nesse sentido, o art. 129 preceitua que o regramento sobre tal responsabilidade aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição na data dos atos praticados, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

No presente estudo, destaca-se a responsabilidade de terceiro prevista no art. 132 e 135 do CTN, especialmente a terceira pessoa que torna-se responsável pelo pagamento do crédito tributário de obrigações resultantes de atos praticados por excesso de poderes ou infrações à lei, contrato social ou estatuto, e, conforme reconhecimento jurisprudencial, casos de dissolução irregular.

Com isso, a partir do momento que o sujeito passivo da obrigação principal age de forma a ferir a norma do art. 135 do CTN, por intermédio das pessoas descritas neste artigo, nasce, para todos, a sujeição passiva tributária, vinculando-os ao pagamento ou cumprimento desta obrigação.

Registra-se, por oportuno, que, nos casos de dissolução irregular, o Superior Tribunal de Justiça de forma unânime, reconhece que a certificação desta condição deve ser feita pelo Oficial de Justiça, sendo este servidor a longa manos do Magistrado que constatará a efetiva situação da empresa, no que toca o seu regular funcionamento.

4 Breves considerações sobre a Lei de Execução Fiscal

É curial que a pretensão da Fazenda Pública de cobrar seus créditos por uma ação própria tem como base legal o artigo 1º da Lei de Execuções Fiscais, o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal e o artigo 17 do Código de Processo Civil. Essas balizas legais norteiam os procedimentos adotados nas ações de execução fiscal, em especial às regras gerais do devido processo legal.

O artigo 1º da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80) dispõe que "a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil".

Adiciona-se ainda que o título executivo próprio da execução fiscal é o documento emitido pela Administração que constitui o crédito em Dívida Ativa (Certidão de Dívida Ativa), que pode possuir natureza tributária ou não tributária, nos termos da Lei nº 4.320/64.

Para mais, o ato de inscrição, embora seja um ato unilateral da Fazenda Pública, deve ser precedido de procedimento administrativo com a garantia da participação em contraditório do administrado (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

No que diz respeito à veracidade do título executivo fiscal, o art. 204 do CTN aduz: "A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída", bem com o art. 3º da LEF: "a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez."

Por outro lado, é que conquanto a dívida ativa goze de presunção de certeza e liquidez, esta pode ser afastada por prova em contrário (*inequívoca e a cargo do executado* ou de terceiro, a quem aproveite), nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

No tocante a petição inicial da execução fiscal, salienta-se a existência de requisitos próprios e especiais (art. 6º da LEF) que não podem ser exacerbados a pretexto da aplicação do Código de Processo Civil, o qual, por conviver com a *lex specialis*, somente se aplica subsidiariamente.

Consequentemente, é desnecessária a apresentação do processo administrativo, bem como do demonstrativo de cálculo na execução fiscal, uma vez que a Lei n.º 6.830/80 dispõe expressamente sobre os

requisitos essenciais para a instrução da petição inicial e não elenca o demonstrativo de débito entre eles[7].

É cabível observar que o despacho proferido pelo Juiz a propósito do recebimento da Execução Fiscal tem por consequência imediata a citação do executado. Assim, o primeiro ato imprescindível no procedimento executivo fiscal é a determinação da citação para pagamento e oferecimento de bens à penhora (art. 8º, *caput*, da LEF).

Não havendo o adimplemento da dívida ou não garantida a execução cumpre ao Poder Judiciário proceder à penhora de bens e direitos que integram o patrimônio do devedor. Significa dizer que posteriormente a citação viabilizam-se os atos de constrição judicial sobre os bens do(s) devedor(es), seguindo o desfecho do procedimento executivo.

Percebe-se, pois, que a responsabilidade patrimonial deve ser compreendida como situação de sujeição potencial do patrimônio de determinada pessoa às medidas executivas, para satisfazer o direito material de outrem. Isto é, na execução, devem ser atingidos apenas e tão somente os bens do devedor que está sendo demandado.

Nessa linha, quando o nome do terceiro responsável consta do título em execução regularmente inscrito em dívida ativa, compete a este desconstituir a responsabilidade a si imputada pelos meios processuais disponíveis, notadamente os embargos à execução ou exceção de pré-executividade.

A "defesa" na Execução Fiscal se dá, ordinariamente, por meio de Embargos à Execução, que possui verdadeira natureza de ação incidental, porém a oposição de Embargos só é possível após garantida a execução (art. 16, §1º, da LEF). Trata-se de sistemática específica do procedimento executivo fiscal.

O artigo 16, parágrafo 2º, da Lei 6.830/80 preceitua que "no prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite".

Entretanto, o caput do artigo 914 do CPC/15, que reproduz o artigo 736 do CPC/73, quando prevê que a oposição dos Embargos não mais depende de garantia do Juízo, vai de encontro ao que prescreve o parágrafo 1º do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais, que estabelece claramente que "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução"; pelo que, quanto ao particular, o CPC não tem aplicação subsidiária às Execuções Fiscais.

7 Precedentes do STJ: REsp n.º 384.324/RS, Segunda Turma, Rel. Min João Otávio de Noronha, DJU de 29/03/2006; REsp n.º 693.649/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 21/11/2005

Nesse sentido, depreende-se que a execução fiscal é procedimento concebido com a finalidade de atender ao credor do título executivo constituído por ente público. Daí porque se afirma, segundo o princípio da disponibilidade, que a execução, fiscal ou não, se realiza em proveito do credor.

Ademais, de acordo com o princípio do resultado, a tutela jurisdicional executiva e, consequentemente, a prática dos atos que se fazem necessários para a sua prestação devem ser pensadas com vistas à satisfação do exequente. Acresça-se, no magistério de Cássio Scarpinella Bueno, que

> [...] parelho a este princípio é bastante frequente haver menção a outro, o da 'máxima utilidade da execução', construído a partir do disposto nos arts. 577, 579, 599, 600 e 601, [782, 772, 774, do CPC/15] que expressamente reconhecem o múnus público do Estado-juiz ao longo da prestação da tutela jurisdicional executiva, autorizando-o a tomar providências, até mesmo de ofício, para, a um só tempo, criar condições de prevalecimento do direito tal qual reconhecido no título – e, consequentemente, a satisfação plena do exequente – e reprimir quaisquer atos do executado (ou de terceiros) que, de alguma forma, busquem ilegitimamente frustrar aquela função[8].

Tais princípios, não é despiciendo aduzir, permeiam todas as espécies executivas, uma vez tratarem de princípios gerais da tutela executória. Sua aplicação pode se dar nos mais diversos momentos do procedimento executivo, desde a nomeação de bens à penhora até a fase da alienação dos bens em hasta pública.

Sob outra perspectiva, não se nega que havendo alternativas à prestação da tutela jurisdicional executiva, o modo menos gravoso deve ser eleito ao executado (art. 805 do CPC/15). Do balanceamento destes princípios e dispositivos normativos tem-se a "execução equilibrada".

Assim, o que não se pode perder de vista é que a execução é feita no interesse do exequente e não do executado. Além do mais o STJ[9] já afirmou que o princípio da menor onerosidade para o devedor não prepondera, em abstrato, sobre o da efetividade da tutela executiva. Com efeito, o objetivo fundamental da execução fiscal é a promoção e a proteção do crédito público.

---

8 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: tutela jurisdicional executiva, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22

9 E.v. REsp 1287915/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

Destaca-se que "as execuções fiscais correspondem a um terço dos processos que tramitam no Brasil"[10] , porém, estima-se que a efetividade delas é de algo próximo a dois por cento, ou seja: de cada cem execuções fiscais, duas satisfazem o exequente. Com isso, firma-se a ideia de que após a publicação do novo Código de Processo Civil a próxima tarefa na atualização e aperfeiçoamento da legislação processual brasileira é a reforma desta lei, cuja edição remonta ao ano de 1980.

Nessa quadra, é oportuno considerar a hipótese de atribuir a responsabilidade patrimonial de modo geral por meio da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine).

5 Desconsideração da Personalidade Jurídica

Muito se discute sobre a aplicação da teoria no âmbito de variados conflitos de interesses envolvendo diversas áreas do Direito. Como cediço, tal instituto propende reprimir abusos e irregularidades cometidas por dirigentes de sociedades em prejuízo de sócios, acionistas ou de terceiros, cuja aplicação foi desenvolvida na jurisprudência e, posteriormente, positivada no direito brasileiro.

> Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer ao estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso[11].

Deve-se esclarecer que não se pretende anular a personalidade jurídica em toda sua extensão, mas, sim, promover o reconhecimento de sua ineficácia com relação a determinado efeito, como resultado do desvio de sua finalidade legítima (abuso de direito), violando a lei ou prejudicando terceiros. Ou seja, a desconsideração da personalidade jurídica não implica na anulação da pessoa jurídica – esta subsiste –, mas tão somente dos atos nocivos, atribuindo-se os efeitos às pessoas dos administradores.

10 DIDIER JUNIOR, Fredie. Prefácio. In: MELO FILHO, João Aurino; CHUCRE, Augusto Newton (Coord). *Execução Fiscal Aplicada*: Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.15.

11 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 410, dez., 1969, p. 12

> Como se percebe, o que propõe a teoria da *disregard* é a relativização da clássica noção de que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos membros que a compõem. É claro que, em princípio, não se questiona a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e a consequência que disto advém para seus sócios, acionistas ou administradores. Porém, caso se verifique que estão sendo praticadas atividades fraudulentas sob o manto protetor da personalidade jurídica, aí sim cabe flexibilizar a cisão e superar a pessoa jurídica para se responsabilizar o membro que tenha agido em desacordo com o Direito, atingindo seu patrimônio pessoal[12].

Nesse contexto, acórdão proferido no leading case sobre a matéria no Brasil declara que a "*assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça (...)*"[13].

A teoria da desconsideração foi, com o tempo, largamente acolhida e aplicada pelos Tribunais brasileiros, "apesar da inexistência de expressa previsão legal que contemplasse a possibilidade de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios ou membros de pessoas jurídicas que, em sua atuação, negligenciassem princípios gerais de direito"[14].

Anterior ao ingresso do instituto no direito positivo, algumas legislações especiais prenunciavam a repressão de abusos e irregularidades cometidos por dirigentes de sociedade, tal qual era o artigo 36 da Lei nº 6.024/74, que previa a indisponibilidade dos bens dos administradores responsáveis pela má condução dos negócios da entidade, causadoras da intervenção do Banco Central do Brasil, e tivessem sua liquidação extrajudicial decretada (*cracking open the corporate shell*)[15].

Somente no início da década de 90, consagrou-se no direito positivo nacional a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo-a expressamente no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

---

12 MONTEBELLO, Mariana. Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. In: *Direito Administrativo*: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. (coords) OSÓRIO, Fábio Media; SOUTO, Maços Juruena Villela. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 227.

13 Apelação Cível n.º 9.247, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Revista dos Tribunais, 238/394).

14 MONTEBELLO, Mariana. Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. In: *Direito Administrativo*: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. (coords) OSÓRIO, Fábio Media; SOUTO, Maços Juruena Villela. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 227.

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 336-337

> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violador dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também poderá ser efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
>
> § 1° (Vetado).
>
> § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.
>
> §5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Tal dispositivo reproduz todas as hipóteses materiais de incidência que fundamentam a aplicação da *disregard doctrine* às pessoas jurídicas, a saber: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito e violação dos estatutos ou contrato social. Fincado em tais premissa, Denari preleciona que "o dispositivo protege amplamente o consumidor, assegurando-lhe livre acesso aos bens patrimoniais dos administradores sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de quaisquer das práticas abusivas elencadas no dispositivo"[16].

Registra-se, porém, que não há ligação dos §§ 2ª, 3° e 4° com o *caput* do art. 28, já que tratam de regras de responsabilização dos parceiros econômicos. No § 2°, está prevista a subsidiariedade dos grupos de sociedades – controladoras e controladas que tenham atividades em empreendimentos comuns (art. 265, Lei das S.A.). No tocante ao § 3°, há solidariedade entre consorciadas – consórcio para a execução de um empreendimento específico (art. 278, Lei das S.A.). Por fim, o § 4° dispõe a responsabilidade subjetiva das coligadas – associadas sem controle acionário (§ 1°, art. 243, Lei das S. A.). Chama a atenção entendimento da aplicação do teor do vetado parágrafo primeiro[17].

16 DENARI, Zelmo. *Código Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 194.

17 Redação do §1º "a pedido da parte interessada o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os

O segundo dispositivo a fazer menção à desconsideração foi o art. 18 da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste):

> A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

De igual modo, o artigo 4º da Lei n.º 9.605/98, consagrou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Finalmente, o Código Civil promulgado em 2002 incorporou definitivamente a *disregard doctrine* ao direito positivo brasileiro, dispondo que:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Tais dispositivos consolidam as teorias sobre a desconsideração, quais sejam: a teoria maior, cuja aplicação autoriza o juiz ignora a patrimonial das pessoas jurídicas, como meio de abnegar fraudes e abusos praticados por meio dela, e a teoria menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial[18].

À evidência, no âmbito subjetivo, os elementos autorizadores da desconsideração são a fraude e o abuso de direito; já pela formação objetiva, a confusão patrimonial, sendo a importância dessa diferença ligada à facilitação da prova em juízo"[19].

---

sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram". "... o dispositivo vetado deve ser invocado pelas partes interessadas e utilizado pelo aplicador da norma, para deslinde das questões de legitimidade passiva." DENARI, Zelmo. Op. cit., p. 196.

18 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 36.

19 id., p. 45.

De modo geral, aplica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[20] que chancelou o caráter objetivo-subjetivo dos requisitos da desconsideração, exigindo a presença de duas facetas: a) a inexistência de ativo patrimonial do devedor, apto a arcar com as consequências do débito e b) a utilização maliciosa da pessoa jurídica desfalcada de ativo patrimonial por parte do sócio detentor dos haveres negados à pessoa jurídica deles exausta.

Vale mencionar ainda a possibilidade da chamada desconsideração inversa, isto é, o afastamento da autonomia patrimonial da pessoa jurídica do sócio para responsabilizar a sociedade.

Frente ao exposto, discute-se a aplicação do citado instituto nas diversas esferas jurídicas, com o ínterim de relativizar a autonomia patrimonial societária e, consequentemente, salvaguardar a pessoa jurídica de possíveis artimanhas.

5.1 Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil

Após um período gestacional de mais de quatro anos, o legislador pátrio concebeu um novo Código de Processo Civil[21] que tem como uma das principais novidades a norma insculpida no artigo 133 e seguintes, instituidora do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Com isso, o incidente tornou-se instrumento apto a estabelecer e garantir um contraditório preliminar aos sócios das empresas devedoras, sobre os quais poderia pesar a pretensão de responder em juízo por débitos originalmente constituídos em desfavor da sociedade da qual faziam ou fazem parte, expondo o patrimônio pessoal destes.

Em verdade, o direito material pronunciado pelo artigo 50 do Código Civil foi institucionalizado e instrumentalizado pelos citados artigos do Códex Processual. Inclusive, utilizado amiúde, outrora, na justiça laboral, sistematizando a situação em que se materializa o denominado redirecionamento das execuções trabalhistas, em especial quando estas se afiguram infrutíferas contra as empresas devedoras, sendo autorizado, de forma subsidiária, o atingimento de bens materiais dos respectivos sócios.

---

20 Diversos acórdãos nesse sentido, cf. REsp 970.635/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 01/12/2009; REsp 1200850/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 22/11/2010; REsp 693.235/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 30/11/2009.

21 São várias as justificativas para um novo Código de Processo Civil. Apenas para pontuar e sem nos deter, são levantados os seguintes argumentos que justificam a elaboração de um novo código: simplificação e sistematização, após muitas reformas; adequação aos princípios da Constituição de 1988; valorização dos precedentes; e aceleração do procedimento.

À luz do CPC/73, estabelecia-se que a desconsideração da personalidade jurídica independeria do ajuizamento de ação autônoma, bem como se aplicaria somente nos casos de abuso de direito, desvio de finalidade ou confusão patrimonial tomava-se esta providência. Todavia, com o advento do CPC/15, resta evidenciado que se trata de questão a ser resolvida incidentalmente.

Como aponta Marinoni e Mitidiero[22], trata-se de medida que tem por escopo resguardar o direito ao contraditório daqueles que podem ter suas esferas jurídicas afetadas por decisão judicial, sobre a qual não tiveram a oportunidade de influir na formação.

Pontua-se ainda que a desconsideração da personalidade jurídica é possível desde que presentes os requisitos previstos em lei. Quanto ao momento adequado para a desconsideração, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que esta pode ocorrer em qualquer fase do processo, não ocorrendo decadência do direito potestativo.

Inclusive, o artigo 134, caput, do CPC/15 elimina qualquer questionamento nesse sentido, pois prevê que o incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. Após sua instauração, os sócios serão citados para se manifestarem sobre o pedido de desconsideração, lembrando-se que, em caso da desconsideração inversa em ação movida contra sócio, a pessoa jurídica será citada.

Em seguida, será prolatada decisão interlocutória que acolherá ou rejeitará o pedido, sendo impugnável por agravo de instrumento. Atentando para o fato de que, se o pedido for resolvido na sentença, caberá apenas apelação.

Segundo José Miguel Garcia Medina[23], a decisão que julga procedente ou improcedente o pedido de desconsideração, é considerada decisão de mérito, sujeita a ação rescisória.

Sabe-se que, no direito brasileiro, para cada pessoa existe patrimônio único, ou seja, o devedor responde suas obrigações com todos os seus bens, sejam eles presentes ou futuros, exceto os inalienáveis e impenhoráveis. Para mais, não há diferença essencial entre pessoa jurídica, natural ou entidade despersonalizada, na verdade, a distinção está no campo da autonomia patrimonial no que se refere à pessoa jurídica e seus membros, visto que, em caso de inadimplemento de uma pessoa jurídica, seus sócios não responderão.

22 O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

23 Curso de direito processual civil moderno. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 235.

5.2 *Da impossibilidade de aplicação do incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal*

A partir do momento em que o legislador processual insere de forma geral um procedimento de desconsideração da personalidade jurídica para se aquilatar a responsabilidade do sócio vinculada à empresa executada, pode emergir conflito de princípios, inclusive de índole constitucional, que norteiam o Código de Processo Civil.

Se de um lado, encontra-se o artigo 133 e seguintes do CPC que atende aos princípios da não surpresa e do efetivo contraditório (artigos 7º, 9º e 10 CPC), de outro, há o processo executivo fiscal promovendo e protegendo o crédito público através da Lei nº 6.830/80 que reclama a aplicação do princípio da especialidade atraindo a incidência de norma específica a qual não será aplicada apenas se não houver conflito com a norma geral (CPC).

Mostra-se inegável que o novo Código de Processo Civil conferiu à desconsideração da personalidade jurídica uma posição de relevo, sistematizando o instituto, aproveitando toda a construção doutrinária e jurisprudencial advinda da aplicação do artigo 50 do Código Civil, bem como abraçando todos os elementos derivados dos microssistemas que compõem o ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Por certo, a aplicação ou não da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais perpassam pela interpretação da Lei de Execução Fiscal (LEF), dos artigos 133 a 137 do CPC, e do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

Alguns autores se mostram favoráveis a aplicação do Incidente às Execuções Fiscais. Lívia Dalla Bernardina Abreu e Caio de Sá Dal'col, analisando os reflexos do Novo CPC nas Execuções Fiscais, afirmam:

> Por conferir ao possível atingido pela medida o direito de se manifestar e contribuir para a decisão do magistrado em incluí-lo ou não no processo em curso, de forma a evitar a prática de arbitrariedades, a utilização do novo incidente se faz imprescindível para proteger as garantias do cidadão[24].

Nessa linha, entendem que o Incidente mostra-se indispensável "como medida assecuratória dos constitucionais princípios do contra-

24 ABREU, Lívia Dalla Bernardina; DALCOL, Caio de Sá. Reflexos do CPC/2015 nas execuções fiscais. In: José Henrique Mouta; Leonardo Carneiro da Cunha; Marco Antônio Rodrigues. (Org.). *Repercussões do Novo CPC: Fazenda Pública*. v. 3. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84.

ditório e da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana"[25]. Sob tal premissa, Leonardo Carneiro da Cunha defende a aplicação do Incidente como forma de garantir o contraditório ao terceiro:

> Na verdade, o aludido incidente é uma forma de intervenção de terceiro, que, como todas elas, tem por finalidade fazer com que um terceiro passe a aturar no processo, adquirindo a condição de parte. Para que passe a ter responsabilidade e sofra as consequências disso, é preciso que se assegure o contraditório ao terceiro para, somente então, passar a inseri-lo como parte, sobretudo quando se está diante de um processo de execução[26].

Argumenta-se que diante da omissão na Lei de Execução Fiscal, lei especial, "deve-se aplicar o disposto na lei geral, qual seja, o Código de Processo Civil de 2015, cuja aplicação subsidiária é prevista expressamente tanto no próprio *Codex* processual, quanto na referida Lei 6.830/1980"[27].

Por outro lado, disserta-se que a melhor tese é aquela que defende que o sistema executivo fiscal é incompatível com a inovação legislativa que prevê o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Na verdade, se de fato o legislador processual pretendesse estender a aplicação do referido incidente aos procedimentos específicos, o teria feito expressamente como fê-lo no caso dos juizados especiais, conforme estatuído no artigo 1.062 do CPC.

Por óbvio, a inexistência de regra similar específica e clara visando subsumir os executivos fiscais a regra do artigo 133 e seguintes do CPC revela de forma incontroversa a clara opção do legislador em proteger e priorizar a Lei de Execução Fiscal, mantendo a celeridade e a simplicidade deste procedimento específico.

> A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica a um procedimento específico, previsto em lei especial (Lei 6.830/80), como é o caso dos executivos fiscais, somente poderia ocorrer por forca de dispositivo expresso do Novo Código de Processo Civil, a exemplo do que ocorreu no caso dos juizados espe-

25 GENARO, 2018, p. 8 "A decisão judicial que equipara o terceiro ao devedor, sem a sua prévia intimação para manifestação, acaba violando o devido processo legal e as garantias processuais introduzidas pela Constituição Federal de 1988, e, ainda, que se pretenda assegurar tais direitos para após a decisão judicial, já há efetivo dano processual e, inclusive, em sua esfera de direitos e patrimônios" (idem, p. 7).

26 Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 423.

27 GENARO, 2018, p. 6.

> ciais (art. 1.062 do Novo CPC). A ausência de regra similar específica no caso dos executivos fiscais revela clara opção do legislador em priorizar a celeridade, simplicidade e duração razoável do processo, mantendo a defesa do responsável tributário concentrada nos embargos à execução[28].

Vale trazer à baila à distinção de *lacuna e silêncio da lei*[29]. Há silêncio eloquente quando o legislador intencionalmente não incluiu na lei disposições específicas. A lei precisamente neste aspecto não contém lacuna.

Assim sendo, não se sustenta a argumentação de que na omissão da Lei de Execuções Fiscais, lei especial, aplica-se o Incidente previsto no Código de Processo Civil, lei geral. A solução não se encontra no âmbito da lacuna, mas sim na de possível antinomia. Para se manter a coerência do ordenamento jurídico, o antigo critério da especialidade traz resposta satisfatória.

Segunda clássica lição de Norberto Bobbio, "lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, *ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)*"[30].

Endossa-se que, se a Lei de Execuções Fiscais prioriza a celeridade, simplicidade e duração razoável do processo, mantém-se a defesa do responsável tributário concentrada nos embargos à execução, cuja interposição só é possível após a garantia do juízo, não se admitindo, portanto, interpretação que aplique lei de caráter geral para sobrepor-se à sistemática na lei especial. Em outras palavras,

> o manejo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito da execução fiscal, traria a vantagem ao executado de afastar, ao mesmo tempo, as condicionantes para oposição dos embargos à execução – garantia da execução - e para propositura da exceção de pré-executividade - matérias que não dependam de dilação probatória. Fere-se, com isso, toda a lógica sistêmica da Lei 6.830/80[31].

Isto posto, não se preceitua a mitigação do princípio da ampla defesa dos administradores ou sócios gerentes, sendo certo que não hou-

---

28 BOMFIM, Gilson Pacheco, e BERTAGNOLLI, Ilana. Da não aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de responsabilização tributária por ato ilícito. Revista de Direito Privado/ RT. Vol. 78/2017, p. 6.

29 KARL, Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 525.

30 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 98, grifou-se.

31 QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal. *Consultor Jurídico*. Fev 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal.

ve qualquer supressão ou diminuição das possibilidades do exercício do contraditório. Isso porque, os responsáveis tributários continuarão tendo a faculdade de aduzir suas objeções e produzir o mais amplo espectro de provas através dos embargos à execução, ou ainda, utilizando-se a via da exceção de pré-executividade[32].

Assegura-se que a lógica processual da execução fiscal autoriza a constrição antes da defesa, e mesmo que um terceiro se torne parte, o contraditório será oportunizado segundo a sistemática própria da execução fiscal.

Ademais, é importante consignar a distinção entre responsabilidade tributária e desconsideração da personalidade jurídica, e por isso possuem tratamento distinto em âmbito processual.

> A teoria da desconsideração foi moldada justamente porque não era possível a constrição (ou sujeição) direta sobre o patrimônio dos sócios ou terceiros que se valiam da personalidade jurídica da empresa da qual faziam parte. Dessa forma, nos casos em que é possível a responsabilização direta de um terceiro/sócio/administrador (fiança civil, responsabilidade por sucessão civil, responsabilidade civil dos sócios, responsabilidade tributária dos administradores por ato ilícito etc.), evidentemente, não é necessária a utilização da desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente porque já é possível atacar (responsabilizar) diretamente o patrimônio dos terceiros/sócios/administradores com base na lei[33].

No caso da responsabilidade tributária atribuída a terceiro por ato ilícito (art. 135, CTN), sua responsabilidade decorre diretamente da lei. Logo, não há que se falar em procedimento para afastar a personalidade jurídica da sociedade empresária.

Se o incidente fosse aplicado a todas as hipóteses de responsabilização de terceiros, seria cogitável (absurdamente) utilizá-lo na execução de bens de um fiador ou de um sucessor, por exemplo.

> Diante de tantas diferenças, fica difícil sustentar que o legislador, quando fez menção à obrigatoriedade do novel incidente, para o fim de desconsideração da personalidade jurídica, tenha equiparado desconsideração da personalidade jurídica e possibilidade de responsa-

32 BOMFIM, Gilson Pacheco, e BERTAGNOLLI, Ilana. Da não aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de responsabilização tributária por ato ilícito. Revista de Direito Privado/ RT. Vol. 78/2017, p. 7.

33 BOMFIM, Gilson Pacheco, e BERTAGNOLLI, Ilana. P. 5.

> bilização de terceiros (inclusive na seara tributária). Se a intenção fosse tornar obrigatória a aplicação do incidente para todas as hipóteses de responsabilidade de terceiros (civil e tributária), o legislador teria feito menção expressa nesse sentido, fato que não ocorreu[34].

No presente trabalho, argumenta-se que o incidente de desconsideração não deve ser utilizado para responsabilização do sócio por atribuição direta de lei. É notório que o incidente criado pelo novo diploma processual cuida apenas da responsabilização decorrente da desconsideração da personalidade jurídica (casos como o artigo 50 do CC), não podendo ser estendendo a outras hipóteses de responsabilização que não exijam a desconsideração.

Frise-se que o artigo 135 do CTN não apresenta hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas de solidariedade passiva entre a sociedade e o sócio administrador. Neste caso, não é necessário levantar o véu para reconhecer a responsabilidade do sócio. O reconhecimento da responsabilidade pessoal do sócio com poderes de gerência não exclui a responsabilidade da pessoa jurídica.

É de se notar que esta distinção obedece a interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil. João Aurino de Melo Filho chama a atenção para o artigo 790, que trata daqueles que estão sujeitos à execução, apontando as duas hipóteses tratadas em incisos diferentes: "do sócio, nos termos da lei" (inciso II) e o "responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica" (inciso VII). Destarte, o referido autor pontua que

> a sujeição passiva do sócio em razão de atos específicos previstos em leis também específicas, "*nos termos da lei*" [...], enquadra-se no inciso II do artigo 790, não se confundindo com a hipótese do inciso VII, que exige, no âmbito de um incidente tópico, a comprovação da confusão patrimonial e/ou do abuso de personalidade jurídica, e, enfim, a desconsideração desta. E qualquer interpretação que defenda ter o CPC/2015 utilizado um conceito amplo de desconsideração da personalidade jurídica ao cuidar do incidente, a abarcar todos os casos de responsabilização de terceiro, terá que concluir pela inutilidade da norma do inciso II do artigo 790[35].

34 BOMFIM; BERTAGNOLLI, 2017, p. 5-6.

35 Modificações no polo passivo da execução fiscal: consequências da falência, da morte, da dissolução irregular da pessoa jurídica e da sucessão empresarial no processo executivo. In: MELO FILHO, João Aurino; CHUCRE, Augusto Newton (Coord). *Execução Fiscal Aplicada*: Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 493. O referido autor aceita a aplicação do em outras situações que não se referiam a dissolução irregular.

Embora o tema seja novo a incipiente jurisprudência, tem se revelado uníssona em deixar claro a incompatibilidade entre o artigo 133 e seguintes do CPC que regulamenta o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a Lei de Execuções Fiscais.

Todos os cinco Tribunais Regionais Federais possuem precedentes no sentido da desnecessidade de interposição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haja vista sua incompatibilidade com o procedimento executório fiscal:

> Defiro a suspensão da eficácia da decisão agravada que determinou ao IBAMA/exequente requerer a instauração do incidente de desconsideração de personalidade jurídica nos termos dos arts. 133 e seguintes do NCPC em execução fiscal. Está demonstrada a probabilidade de provimento deste recurso bem como o risco de dano grave se iniciar-se o cômputo do prazo prescricional intercorrente do art. 40 da Lei 6.830/1980 (NCPC, arts. 995, p. único e 932/II). A Lei 6.830/1980 é uma lei especial que regula a execução fiscal. Embora seja omissa acerca da desconsideração da personalidade ou do redirecionamento, não se aplica o "incidente de desconsideração de personalidade jurídica" previsto no arts. 133 e 134 do NCPC. Esse incidente, evidentemente, comprometeria a satisfação do crédito público. Comunicar ao juízo de origem para cumprimento desta decisão (3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal/RO) e intimar o IBAMA/PRF. Apresente o agravado sua resposta em 15 dias (NCPC, art. 1.019/II). Publicar. Brasília, 03.03.2017 NOVÉLY VILANOVA DA SILVA REIS Des. Federal Relator.
>
> (**TRF-1**. 00043541020174010000 0004354-10.2017.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NOVÉLY VILANOVA, Data de Julgamento: 03/03/2017, Data de Publicação: 28/03/2017).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência pátria vem se manifestando no sentido da inaplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de redirecionamento da execução fiscal. A uma, pois o requerimento se baseia na responsabilização do sócio por ato próprio e não na utilização abusiva da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil. A duas, pela incompatibilidade do incidente com o rito previsto na Lei de Execuções Fiscais. Precedentes. Na mesma linha, o Enunciado nº 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados dispõe que "O redirecionamento da execução fiscal

para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015". 2. Agravo de instrumento conhecido e provido.

(**TRF-2** - AG: 00092648720164020000 RJ 0009264-87.2016.4.02.0000, Relator: JOSÉ ANTONIO NEIVA, Data de Julgamento: 02/12/2016, 7ª TURMA ESPECIALIZADA).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE. PROCEDIMENTO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. I. A desconsideração da personalidade jurídica não se restringe a desvio de finalidade ou confusão patrimonial; alcança outras situações previstas em leis diversas do Código Civil, como o CTN, o CDC e a Lei nº 12.529/2011 - infração à lei, excesso de poder, má administração. II. A responsabilidade tributária de sócio também é fruto, assim, de despersonalização, reclamando abuso de liberdade associativa, especificamente da autonomia da organização civil ou empresarial. III. Entretanto, o procedimento reservado pela lei processual à desconsideração da personalidade jurídica não se aplica à execução fiscal. IV. A Lei nº 6.830/1980 prevê como sujeito passivo o responsável tributário (artigo 4º, V), reconhecendo-lhe imediatamente legitimidade e dispensando a formação de título executivo específico, que constitui um dos efeitos do incidente de despersonalização. V. Desde que estejam presentes indícios de excesso de poder ou de infração à lei, contrato social ou estatuto (artigo 135 do CTN), o redirecionamento é deferido, para que o sócio pague ou nomeie bens à penhora. Ele não recebe citação para exercer o contraditório, que se processa posteriormente, através de exceção de executividade ou de embargos do devedor. VI. O próprio Código de Processo Civil acolhe essa singularidade da cobrança judicial de Dívida Ativa: diferentemente do sócio declarado devedor no incidente, o artigo 779, VI, relaciona como sujeito passivo imediato da execução extrajudicial o responsável tributário, descartando a composição de título específico, exigível no primeiro caso (artigo 790, VII). VII. Pode-se dizer que o procedimento de desconsideração decorre de norma geral superveniente, que não acarreta a revogação de regra especial (artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942). A Lei nº 6.830/1980 já trazia uma metodologia própria para o redirecionamento, que não correspondia a uma etapa especial de cognição. VIII. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(**TRF-3** - AI: 00208751020164030000 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Data de Julgamento: 07/06/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. 1. A responsabilização tributária do sócio-gerente em razão da dissolução irregular da sociedade devedora não depende de desconsideração da personalidade jurídica, pois é responsabilidade tributária pessoal atribuída na condição de administrador, razão pela qual o pedido de redirecionamento não se submete ao incidente previsto no Código de Processo Civil. 2. Agravo de instrumento provido.

(**TRF-4** - AG: 50529412820164040000 5052941-28.2016.404.0000, Relator: ROBERTO FERNANDES JÚNIOR, Data de Julgamento: 07/02/2017, SEGUNDA TURMA).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONDICIONADO À INTERPOSIÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 135, DO CTN. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Agravo de instrumento interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão que, em sede de executivo fiscal, condicionou o pedido formulado pela exequente à interposição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada com o escopo de assegurar a inclusão dos sócios-administradores no polo passivo da demanda, nos termos do art. 133 do CPC. 2. Recorrente postula que se declare a desnecessidade de interposição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haja vista sua incompatibilidade com o procedimento executório, redirecionando a execução para dois sócios da empresa devedora. 3. Situação fática consubstanciada na existência de dois cadastros perante o CNPJ, com datas de abertura (03/08/1998 e 24/09/2009) e objetos sociais similares. Cobrança de débitos relativos ao período de 2001/2003. 4. O encerramento irregular da pessoa jurídica é causa suficiente para a responsabilização pessoal do sócio, a teor do art. 134, VII, do Código Tributário Nacional, sendo desnecessário que esteja presente, simultaneamente, qualquer das situações descritas no art. 135, III, do mesmo Código. Nesta hipótese, o ato ilícito ensejador da responsabilização pessoal do sócio-gerente é unicamente a extinção irregular da pessoa jurídica, independentemente de qualquer outro praticado no momento do fato gerador da obrigação tributária. Precedente do STJ (AgRg no REsp 1545342/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015).Não há que se falar, portanto, em desconsideração da personalidade jurídica, tampouco na instauração do respectivo incidente. 5. Hipótese em que a dissolução irregular da pessoa jurídica está associada à constituição de uma

> nova empresa com nome e objeto social similar. Embora a dissolução irregular da sociedade só tenha sido constatada em 2013, tal circunstância está relacionada com a fundação da nova empresa sucessora que se deu em 24.09.2009, momento em que um dos recorridos ainda detinha a condição de sócia da executada, vez que apenas foi excluída da entidade societária em 26.08.2009. A saída da sócia-agravada um mês antes da fundação da empresa sucessora entremostra que houve continuidade da empresa, com indícios de que houve dissolução irregular da sociedade devedora. Redirecionamento da execução para a sócia-agravada. 6. Impossibilidade de se autorizar a inclusão do outro sócio-agravado, já que este deixou de integrar a empresa devedora desde 25.11.2004. Parcial plausibilidade das alegações. 7. Agravo de instrumento parcialmente provido.
>
> (**TRF-5** - AG: 08114668320174050000 SE, Relator: Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, Data de Julgamento: 25/05/2018, 4ª Turma).

Alguns Tribunais de Justiça, igualmente, têm decidido pela incompatibilidade do incidente nas execuções fiscais:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. REDIRECIONAMENTO A SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. FORTES INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. I - Cabível é o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da pessoa jurídica executada, quando configurados atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos, na forma do art. 135 do CTN. Também é possível na hipótese de dissolução irregular, quando deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, como previsto no enunciado nº 435 da Súmula do STJ. II - O ônus de demonstrar tal situação é do exequente, no caso de não constar o nome dos sócios da CDA, do que se desincumbiu o Estado. Interpretação, a contrário senso, do REsp 1104900/ES, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC. III - Existem indícios de dissolução irregular da empresa, que deixou de funcionar no endereço cadastrado perante o fisco e Junta Comercial, inclusive porque a própria sócia gerente, no bojo das razões do agravo de instrumento, admite que a empresa executada encerrou suas atividades. IV - A exceção de pré-executividade, por constituir mero incidente processual, via de regra, não enseja o arbitramento de verba honorária advocatícia. Apenas quando seu acolhimento der causa à extinção parcial ou integral da execução é cabível a fixação

de honorários sucumbenciais. Hipótese em que, diante da rejeição da exceção, descabida a condenação da agravante/excipiente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

(**TJ-GO** - AI: 213003620168090000, Relator: DES. NORIVAL SANTOME, Data de Julgamento: 16/08/2016, 6A CAMARA CIVEL, Data de Publicação: DJ 2096 de 24/08/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - SÓCIOS - NOME NA CDA - AUSÊNCIA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÚMULA N. 435 DO STJ - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - DESNECESSIDADE - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA - RESP N. 1.371.128/RS. - Não tendo sido incluído o nome dos sócios coobrigados no título exequendo torna-se imprescindível que se demonstre algumas das causas de responsabilidade estabelecidas no Código Tributário Nacional, sem as quais inviável o redirecionamento da ação executiva fiscal. - A certidão emitida por Oficial de Justiça atestando que a empresa não mais funciona no endereço cadastrado junto aos órgãos fiscais é suficiente para autorizar o redirecionamento da execução fiscal aos sócios, ainda que seus nomes não constem da CDA, nos termos da Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça. - Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, albergado no julgamento do Representativo da Controvérsia REsp 1.371.128/RS, "não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo em nenhum dos casos a exigência de dolo". - Em se tratando de execução fiscal a responsabilização pessoal dos sócios não se dá através do incidente de desconsideração de personalidade jurídica previsto no artigo 133 do Código de Processo Civil, e sim nos termos previstos pelo Código Tributário Nacional, bem como pela Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça.

(**TJ-MG** - AI: 10024143047496001 MG, Relator: Paulo Balbino, Data de Julgamento: 20/11/2017, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/11/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DECISÃO QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, PREVISTO NO CPC/15 (ARTS. 133 E SEGUINTES). DESCABIMENTO.

INVIABILIDADE DE USO DO INCIDENTE EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. INCOMPATIBILIDADE SISTEMÁTICA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJ-PR - AI: 15801606 PR 1580160-6 (Acórdão), Relator: Sérgio Roberto N Rolanski, Data de Julgamento: 04/04/2017, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2007 10/04/2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU ABERTURA DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA. REFORMA DA DECISÃO.

Art. 135, III, do CTN e verbete nº 435, do STJ. Incompatibilidade do incidente em relação à execução fiscal. Responsabilidade tributária dos sócios, prevista pelo artigo 135, do CTN, por ser subjetiva, pessoal e direta, não configura caso de desconsideração da personalidade jurídica. Garantia do juízo obrigatória, que impossibilita também o incidente. RECURSO PROVIDO.

(**TJ-RJ** - AI 00078715220188190000; Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor; Relator Nilza Bitar; Publicação13/04/2018; Julgamento11 de Abril de 2018).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTO NOS ARTS. 133 E SEGUINTES DO CPC. INAPLICABILIDADE. ENUNCIADO Nº 53 DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM. Tratando-se de firma individual em que há confusão de patrimônio com a pessoa física, possível a penhora de seus bens pessoais. APELO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077584639, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 06/06/2018).

(**TJ-RS** - AC: 70077584639 RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Data de Julgamento: 06/06/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/06/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DECISÃO QUE INDEFERIU A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. Inaplicabilidade do artigo 133 do novo CPC. Incidência da Súmula 435 do STJ e artigo 135 do CTN. Presunção de encerramento irregular. Possibilidade de redirecionamento aos sócios da empresa executada. Enunciados nº 53 da ENFAM e nº 6 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região. Precedentes. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(**TJ-SP** 21070150420178260000 SP 2107015-04.2017.8.26.0000, Relator: Marcelo Semer, Data de Julgamento: 21/08/2017, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/08/2017).

Tais orientações são referendadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) que no enunciado de nº 53, proclamou o seguinte: "o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC/2015".

Ademais, no Fórum de Execuções Fiscais da Segunda Região (Forexec), edição 2015, reunindo juízes federais atuantes nas varas federais especializadas em execuções fiscais, aprovou-se o Enunciado de número 6, dispondo que "a responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015".

A controvérsia posta neste trabalho, alcançou o Superior Tribunal de Justiça[36], inaugurando uma divergência que esteve próxima de ser dirimida. Isso porque, a Primeira Turma defende o entendimento de que necessário é a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica de modo a possibilitar o exercício de defesa prévia antes do redirecionamento da execução fiscal[37]. Já a Segunda Turma, por sua vez, vem decidido de forma reiterada no sentido de ser desnecessário instaurar o incidente, sob o pálio de que há incompatibilidade entre o regime geral do Códex Processual e a Lei de Execução Fiscal[38].

Essa discrepância jurisprudencial foi levada ao Plenário através de Embargos de Divergência, não se obtendo êxito, até o momento, de se uniformizar o entendimento, posto que o Órgão Colegiado considerou o julgamento incompatível por ausência de similitude fática[39].

No Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, hodiernamente, a divergência jurisprudencial posta no Superior Tribunal de Justiça, não se verifica, constatando-se uma evidente tendência em acompanhar o entendimento da Primeira Turma da Corte Cidadã, no sentido de ser imprescindível a instauração do IDPJ, havendo dissidência em sentido diametralmente oposto, capitaneado pelo Eminente Desembar-

36 VITAL, Danilo. STJ reforça divergência sobre defesa prévia em redirecionamento de execução fiscal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-03/cabe-desconsideracao-pessoa-juridica-execucao-fiscal>. Acesso em: 10 dez. 2020.

37 REsp 1804913/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 02/10/2020.

38 AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1866901 - SC (2020/0061664-5); RECURSO ESPECIAL Nº 1.775.269 - PR (2018/0280905-9).

39 AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.786.311 - PR (2018/0330536-4).

gador Arthur José Neiva de Almeida[40], que se filia a orientação no sentido da desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, em sede de ação de execução fiscal.

6 Considerações finais

Conforme trabalhado no decorrer desse artigo, é possível observar que a desconsideração da personalidade jurídica foi erigida em razão dos recalcitrante abusos e fraudes que deturparam os efeitos da personalidade da sociedade jurídica, sendo conduzida como um antídoto legal para atingir, em casos excepcionais, os bens dos sócios, acionistas ou terceiros que obtiveram frutos do estratagema.

Por certo, a desconsideração da personalidade jurídica adquiriu contornos acentuados com a novel legislação processual civil brasileira, após a edição da Lei 13.105/2015, haja vista a sistematização do instituto, com a junção do arcabouço doutrinário e jurisprudencial provido da aplicação do artigo 50 do Código Civil, bem como a integração dos elementos presentes nos microssistemas do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, a inovação também propiciou acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade do citado instituto nos processos de execução fiscal, sob a observância da Lei de Execução Fiscal (LEF), dos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, e do artigo 135 do Código Tributário Nacional.

Isso porque, o artigo 133 e seguintes da CPC evidenciam o princípio da não surpresa e do contraditório, sob o pálio de que não é possível instaurar o incidente sem oportunizar o exercício da defesa prévia. Em contrapartida, às ações executivas fiscais buscam resguardar o crédito público com o respaldo da Lei nº 6.830/80, cuja essência se encontra no princípio da especialidade, atraindo, pois, o uso da norma específica em detrimento da norma geral, qual seja o Código de Processo Civil.

Nesse ínterim, sob respaldo jurisprudencial e doutrinário, o presente trabalho acoberta-se pela incompatibilidade do sistema executivo fiscal com a inovação legislativa do CPC que prevê as diretrizes gerais da desconsideração da personalidade jurídica.

40 TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 100190041333, Relator: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 23/11/2020, Data da Publicação no Diário: 01/12/2020; TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 035199007499, Relator : RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 10/11/2020, Data da Publicação no Diário: 18/12/2020.

Em primeiro plano, parte-se da premissa de que a utilização do incidente no procedimento específico, como é o caso das execuções fiscais (Lei 6.830/80), apenas poderia ocorrer diante de disposição expressa no CPC/15, como feito aos juizados especiais, previsto no artigo 1.062 do aludido texto legal.

Neste diapasão, a falta de regra específica para os executivos fiscais demonstra, por óbvio, escolha do legislador em antepor os princípios da celeridade e simplicidade adjacentes à Lei de Execução Fiscal, conservando a defesa do responsável tributário nos embargos à execução, cuja interposição só é possível após garantia do juízo, ou até, pela exceção de pré-executividade. Assim, não há que se falar em supressão ou redução do exercício do contraditório, de modo que há meios que permitem que os responsáveis suscitem seus descontentamentos e produzam provas.

Ademais, firma-se que a teoria da desconsideração não deve ser utilizada para a responsabilização do sócio por atribuição da lei, já que é claro que o incidente concebido pela novidade legislativo é direcionado unicamente às responsabilizações decorrentes da desconsideração da personalidade jurídica, não abarcando, portanto, outras hipóteses que não imponham a aplicação do citado instituto, a exemplo da responsabilização de terceiros.

Por derradeiro, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, maculado pelo princípio do contraditório, mostra-se conflitante às pretensões das ações de execução fiscal, sendo sua aplicação mero vetor de agravamento do cenário fiscal atual, cuja premissa da celeridade processual dá lugar a alta complexidade, morosidade e baixa eficiência.

7 Referências

ABREU, Lívia Dalla Bernardina; DALCOL, Caio de Sá. Reflexos do CPC/2015 nas execuções fiscais. In: José Henrique Mouta; Leonardo Carneiro da Cunha; Marco Antônio Rodrigues. (Org.). *Repercussões do Novo CPC: Fazenda Pública*. v. 3. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999.

BOMFIM, Gilson Pacheco, e BERTAGNOLLI, Ilana. Da não aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos casos de responsabilização tributária por ato ilícito. *Revista de Direito Privado*/ RT. Vol. 78, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella, *Curso Sistematizado de direito processual civil*: tutela jurisdicional executiva, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2008

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DE MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DENARI, Zelmo. *Código Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Execução, v. 5. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

_____. Prefácio. In: MELO FILHO, João Aurino; CHUCRE, Augusto Newton (Coord). *Execução Fiscal Aplicada*: Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

GENARO, Leandro Lopes. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e as execuções fiscais. *Revista dos Tribunais*. Vol. 978, abril, 2017.

KARL, Larenz. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELO FILHO, João Aurino; CHUCRE, Augusto Newton (Coord). *Execução Fiscal Aplicada*: Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal. 6.Ed. Salvador: Jus Podivm, 2017

MONTEBELLO, Mariana. Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. In: Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. (coords) OSÓRIO, Fábio Media; SOUTO, Maços Juruena Villela. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. *Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal*. Consultor Jurídico. Fev 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 410, dez., 1969.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Discurso sobre as ciências e as artes. Vol. II, (Coleção Os Pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1997.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*: I mezzi dell'azione amministrativa, vol. I. 6ª ed. Giuffrè: 1950, p. 269.

1.9

SOBRE A POSSIBILIDADE DE O PROCURADOR DO ESTADO EXERCER A ADVOCACIA PRIVADA PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NA DEFESA DE GESTOR MUNICIPAL

LÍVIO OLIVEIRA RAMALHO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Impedimento de o servidor público exercer advocacia contra o ente federado a que se encontra vinculado. 3 Compreensão quanto aos contornos do impedimento do servidor público de exercer advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera. 4 Aplicação da compreensão quanto ao impedimento do servidor ao exercício da advocacia em face do poder público a que se encontra vinculado ao caso dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas do mesmo ente federado. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

A atividade da advocacia, pública (arts. 131 e 132) ou privada (art. 133), tem assento constitucional, no capítulo da Carta de 1988 correspondente às funções essenciais à Justiça, ladeada pelo Ministério Público (art. 127) e pela Defensoria Pública (art. 134)[1].

1 CRFB/1988. "*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

(...)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

(...)

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

(...)

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e mani-

* Procurador do Estado do Espírito Santo; Corregedor-Geral da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo; Presidente do Colégio Nacional de Corregedores das PGEs e PGDF; Professor da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

Desde que não haja vedação no ordenamento jurídico, o exercício paralelo da advocacia pública e no âmbito privado é, a princípio, compatível, observadas as restrições e limites do cargo público.

Saliente-se, por oportuno, que não é objetivo deste ensaio analisar se haveria vício na proibição dessa atuação concomitante, como ocorre, por exemplo, com os integrantes das carreiras vinculadas à Advocacia-Geral da União (ex vi do art. 28, I, da Lei Complementar nº 73/1993[2], e do art. 6º da Lei nº 11.890/2008[3]).

Este estudo, para a solução da problemática proposta, considera para o membro da advocacia pública a mesma premissa estendida ao servidor público em geral, no sentido de que não há vedação intrínseca, resguardados os limites da lei, à prática de atividades remuneradas no âmbito privado, desde que compatível com jornada e com as restrições do respectivo cargo.

É o entendimento que se aplica, *verbi gratia*, ao caso da carreira de procurador do Estado do Espírito Santo, quanto à qual não há previsão de impedimento à prática da advocacia privada em sua legislação de regência (Lei Complementar nº 88/1996, que é a lei orgânica da carreira, e Lei Complementar nº 46/1994, esta referente aos servidores civis do Estado do Espírito Santo); repise-se, com ressalva para as restrições estabelecidas pelo ordenamento, tais como, no que interessa ao que se pretende discutir, aquela inserta no artigo 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia, que veda ao servidor público o exercício da advocacia contra a Fazenda Pública que o remunere.

Nessa esteira, exsurge indagação quanto aos limites de tal impedimento diante do caso em que o advogado público estadual se propõe a exercer a advocacia privada perante o Tribunal de Contas do respectivo ente federativo, considerada, dentre outras questões, a possibilidade de que do julgamento expedido pela Corte de Contas decorra aplicação de

festações no exercício da profissão, nos limites da lei.

(...)

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal."

2 LC nº 73/1993. "Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:
I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais; (...)"

3 Lei nº 11.890/2008. "Art. 6º Os ocupantes dos cargos de que tratam os incisos I a III e V do caput e o § 1º do art. 1º da Lei nº 11.358, de 19 de outubro de 2006, são impedidos de exercer outra atividade, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, nos termos da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. (...)"

sanção pecuniária cuja execução seria incumbida ao órgão de advocacia pública a que integra.

Assim, a questão que será abordada refere-se, mais especificamente, ao exame da compatibilidade da atuação do procurador do Estado perante o Tribunal de Contas do respectivo ente federativo, consideradas as atribuições institucionais e as características da atuação da Corte de Contas.

2 Impedimento de o servidor público exercer advocacia contra o Ente Federado a que se encontra vinculado

Os ocupantes de cargos da advocacia pública, além de servidores públicos vinculados ao respectivo ente federativo, são, *prima facie*, advogados inscritos na respectiva seccional da Ordem dos Advogados do Brasil e habilitados, a princípio, ao exercício pleno desse múnus que a Constituição Federal elevou ao grau de atividade indispensável à administração da justiça (artigo 133 da Carta de 1988).

Para os casos em que a legislação aplicável à carreira não prescreve restrição ao advogado público para o exercício da advocacia privada, tal atuação encontra algumas limitações nas regras gerais insculpidas no capítulo próprio do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994), cognominado "*das incompatibilidades e impedimentos*".

No que interessa ao tema, os impedimentos para exercício da advocacia vêm inscritos no artigo 30, inciso I, do Estatuto. Eis o teor do dispositivo legal:

> Art. 30. *São impedidos de exercer a advocacia*:
>
> I - *os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere* ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;
>
> II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.
>
> Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

Os procuradores do Estado são servidores da Administração Pública estadual e, em razão dessa qualidade, enquadram-se no disposto no inciso I do dispositivo transcrito.

A dicção posta-se no sentido de que, nos exatos termos da lei, os servidores públicos são impedidos de exercer a advocacia CONTRA a Fazenda Pública que os remunera.

A exata identificação das balizas da expressão utilizada pelo legislador federal é imprescindível para corretamente delinear o alcance do impedimento, porquanto se trata de restrição à regra da liberdade ao exercício das atividades profissionais consignada no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal[4].

3 Compreensão quanto aos contornos do impedimento do servidor público de exercer advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera

O exame acurado da regra prevista no artigo 30, I, da Lei nº 8.906/1994, revela que a vedação ali gravada consiste em exercer a advocacia "*contra*" a Fazenda Pública que o remunera, isto é, a preposição escolhida pelo legislador carreia a noção de contraposição de vontades.

Trazendo a questão à luz da terminologia processual, é vedada a advocacia privada ao servidor público quando se verificar conflito de interesses em que se posicione a Administração Pública de um lado e, de outro, o direito defendido pelo servidor na condição de advogado.

A interpretação conferida no pormenor deve ser restritiva, como recomenda a melhor aplicação da hermenêutica, vez que se trata, como dito, de limitação a direito constitucionalmente assegurado. Quanto ao ponto, pertinente invocar a lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

> Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleológicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe-se, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los. Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 291)

4 CRFB/1988. "Art. 5º. (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;"

Maria Helena Diniz, conquanto considere a interpretação restritiva efeito do ato interpretativo, e não propriamente técnica de interpretação, traz lição na linha do que ora se propugna:

> Outras vezes, o intérprete e o aplicador da norma devem valer-se da *interpretação restritiva*, limitando a incidência do comando normativo, impedindo que produza efeitos injustos ou danosos, porque suas palavras abrangem hipóteses que nelas, na realidade, não se contêm. Esse ato interpretativo não reduz o campo da norma, determina-lhe tão-somente os limites ou as fronteiras exatas, com o auxílio de elementos lógicos e de fatores jurídicos-sociais, possibilitando a aplicação razoável e justa da norma de modo que corresponda à sua conexão de sentido. (DINIZ, 2009, p. 444-445)

A jurisprudência carreia acórdãos que guardam a mesma percepção, mostrando-se pertinente a colação do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL APOSENTADO. INSCRIÇÃO NA OAB. IMPEDIMENTO DO ART. 30, I, DA LEI 8.906/1994.
>
> INAPLICABILIDADE.
>
> 1. Controverte-se a respeito da decisão proferida pela OAB/Seção de Santa Catarina, que deferiu, com a restrição prevista no art. 30, I, da Lei 8.906/1994, o pedido de inscrição em seus quadros, formulado por Delegado de Polícia Federal aposentado.
>
> 2. *A limitação ao exercício profissional possui o seguinte teor: "Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora"*.
>
> 3. A recorrente defende a tese de que o legislador não delimitou o termo "servidores" e que, ademais, a aposentadoria, por si só, não retira "do interessado sua condição de servidor público" (fl. 238, e-STJ). Por essa razão, a norma deve ser interpretada no sentido de que inclui tanto os ativos como os inativos.
>
> 4. A interpretação conferida, data venia, é destituída de juridicidade e de razoabilidade.
>
> 5. *Em primeiro lugar, por questão de hermenêutica: as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente*, o que, aplicado ao

> caso concreto, recomenda que o impedimento parcial do exercício da advocacia incida apenas em relação aos servidores ativos.
>
> 6. Ademais, o dispositivo legal em análise visa a evitar conflito de ordem moral e ética que haveria se o servidor pudesse se valer das informações a que tem acesso, pela sua condição, e, simultaneamente, atuasse no sentido de promover suas atividades profissionais como órgão integrante do Poder Público e de, contraditoriamente, patrocinar causas contra o respectivo ente federativo.
>
> 7. A extinção do vínculo estatutário, decorrente da aposentadoria, faz cessar esse conflito. Nesse sentido, reporto-me ao entendimento adotado à unanimidade pelo próprio Conselho Federal da OAB: Recurso nº 0140/2003/PCA-SC, Relator Conselheira Ana Maria Morais (GO), DJ 24.04.2003, p. 381, S1.
>
> 8. Recurso Especial não provido.
>
> (STJ. REsp 1471391/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

A questão contida na ementa acima dizia respeito à interpretação do mesmo dispositivo ora analisado, no que se refere à aplicabilidade do impedimento aos servidores inativos, sendo o posicionamento da Corte firmado no sentido da não extensão da dita vedação, pois representaria interpretação ampliativa de norma restritiva de direitos.

Feita essa ressalva, a interpretação cabível no caso deve ser no sentido de que o impedimento para exercício da advocacia privada, nos termos do artigo 30, I, da Lei nº 8.906/1994, dá-se apenas nas hipóteses em que o litígio a ser potencialmente patrocinado pelo servidor vier a ser proposto em face ("*contra*") do Poder Público ao qual se encontra funcionalmente vinculado.

Isso porque o resultado da subsunção normativa deve ser obstar que o servidor público represente, como advogado privado, pretensão cujo comando decisório guarde potencial risco de gerar derrota ou prejuízo à Administração que integra, à qual se comprometeu a preservar quando da assunção do cargo público.

Posta essa premissa e aplicando-se as balizas fixadas, passa-se a enfrentar a indagação central, relativa à possibilidade de o servidor público, notadamente o procurador do Estado, exercer a advocacia privada perante o Tribunal de Contas do ente federativo a que é vinculado, sobretudo em razão da natureza do órgão fiscalizatório, como se verá adiante.

4 Aplicação da compreensão quanto ao impedimento do servidor ao exercício da advocacia em face do poder público a que se encontra vinculado ao caso

dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas do mesmo ente federado

Como adiantado, a hipótese de que se lança mão para tornar mais tangível o enfrentamento do questionamento proposto é a do procurador do Estado que se dispõe a exercer a advocacia privada perante o Tribunal de Contas do Estado a que se encontra funcionalmente vinculado.

O Tribunal de Contas estadual é órgão pertencente à pessoa jurídica de direito público correspondente ao respectivo ente federativo sobre o qual espraia sua competência.

Entrementes, tal circunstância não é assaz a obstar que o procurador do mesmo Estado exerça a advocacia perante referida Corte de Contas.

Logicamente, a discussão apenas tem sentido se a atuação se der perante o Tribunal de Contas do mesmo Estado ao qual o procurador é vinculado. Perante as Cortes de outros entes federados, não remanesce qualquer dúvida quanto à possibilidade, sob a perspectiva do impedimento analisado.

E mais, para o correto recorte do questionamento que se propõe, o estudo se volta para a possibilidade, ou não, da assunção da defesa de gestor não vinculado ao ente federado que tem o advogado em seus quadros, na qualidade de servidor público. Quando o julgamento perante o Tribunal de Contas envolve gestor vinculado ao mesmo ente que o defensor (servidor público) ou recursos oriundos daquela mesma esfera federativa, por certo, não se mostra admissível o exercício da defesa, no âmbito privado, pelo advogado público, ante o inevitável conflito de interesses que se desenharia.

Assim, mantendo as balizas alvitradas, e para conferir contornos de concretude ao ensaio, a análise verte-se para a possibilidade de defesa de gestor municipal por procurador do Estado, perante o Tribunal de Contas estadual.

Quando exerce a advocacia privada perante o Tribunal de Contas, isto é, quando o advogado (que é paralelamente procurador do Estado) defende gestor municipal em procedimento de prestação de contas não está a litigar *contra* o Tribunal de Contas, mas *perante* a Corte, o que é bastante diverso.

Lançando mão de alegoria no desiderato de ilustrar a diferença, o impedimento reside em advogar tendo o ente público como oponente. Na questão em exame, o Tribunal de Contas não é o adversário processual, mas a "arena" em que se desenvolverá o debate jurídico-processual.

Por conta disso, não se conformaria a vedação inscrita no Estatuto da Advocacia.

Entendimento contrário conduziria ao contrassenso de obstar que o advogado público estadual litigasse, no exercício da advocacia pri-

vada, até mesmo perante o Tribunal de Justiça estadual, ainda que o processo não envolvesse matéria atinente a sua atuação funcional. Isso porque, tal como a Corte de Contas, o Tribunal de Justiça é órgão despersonalizado, mas vinculado à pessoa jurídica do Estado-membro. E, por conta disso, atuar perante o órgão jurisdicional não consubstancia advocacia contra a Fazenda Pública.

Situação diversa se verificaria no caso de propositura de ação judicial dirigida a questionar julgamento já finalizado do Tribunal de Contas. Nessa hipótese, a pretensão constitutiva negativa teria como requerida a própria pessoa jurídica do Estado, a quem o Tribunal de Contas é vinculado, já que se trata de ente despersonalizado. Nessa situação, o procurador do Estado não poderia advogar em favor do particular objetivando a desconstituição do julgamento do Tribunal de Contas, visto que, nesse caso sim, estaria a advogar "contra" a Fazenda Pública que o remunera. Até porque, o Estado naturalmente seria representado pelo órgão de advocacia ao qual o profissional é vinculado.

Mesma conclusão seria alcançada se a postulação se dirigisse a ato atribuído ao Tribunal de Justiça, em sua função administrativa, por exemplo, quando se discute lesão a direito de servidor do Poder Judiciário. Também na espécie opor-se-ia o impedimento, pois estaria sendo a pretensão judicial manifestada contra a Fazenda Pública que remunera o servidor público, isto é, a Administração estadual, conceito em que se insere o Judiciário para tal análise.

No entanto, enquanto "arena" de debate jurídico – mais uma vez recorrendo à alegoria utilizada para facilitação da compreensão – o Tribunal de Contas assume feição assemelhada à Corte de Justiça, não se colocando na posição de litigante ou pretendente de qualquer objetivo. Assume o Tribunal de Contas, em seus julgamentos, postura de terceiro imparcial, de forma assemelhada ao que se dá com o Judiciário, e não de mero órgão administrativo de auditoria de gastos – conquanto não seja pertencente ao Judiciário, já que se submete à revisão de seus atos pela jurisdição.

Oportuna a colação dos seguintes excertos de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, a ilustrar tal constatação:

> Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legisla-

> tivo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.
>
> (STF. ADI 4.190 MC-REF, rel. min. Celso de Mello, j. 10-3-2010, P, DJE de 11-6-2010)
>
> As cortes de contas seguem o exemplo dos tribunais judiciários no que concerne às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, das quais decorre, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da Constituição Federal.
>
> (STF. ADI 4.418, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-12-2016, P, DJE de 3-3-2017)
>
> Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos tribunais de contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal.
>
> (STF. RE 190.985, rel. min. Néri da Silveira, j. 14-2-1996, P, DJ de 24-8-2001)

Diante dessas prerrogativas, para a análise que ora se desenvolve, o Tribunal de Contas não figura como órgão da Administração Pública atuando "contra" aqueles que estão submetidos a sua competência, mas como órgão imparcial do Estado, com atribuição para aplicação do Direito, com força coercitiva decorrente das atribuições constitucionais e prerrogativas equiparadas ao Judiciário.

Dessa forma, não se sustenta raciocínio no sentido de que, ao se proceder à defesa de gestor municipal, no intuito de justificar condutas e afastar a aplicação de sanções, estará o advogado atuando contra a Administração. Diversamente, estará exercendo seu múnus constitucional de advogado perante órgão julgador imparcial e independente da vontade do Estado enquanto Poder Executivo ou mesmo Legislativo.

Então, desde que o procurador do Estado não se arvore da posição de advogado para proceder, perante o Tribunal de Contas, à defesa de gestor estadual, dado o impacto direto com a esfera de atuação da

advocacia pública estadual, não haverá restrição ao seu exercício profissional por imperativo legal.

A tensão entre a regra da liberdade de atuação do advogado e os limites e impedimentos previstos no Estatuto da Advocacia foi enfrentada pelo Conselho Nacional de Justiça no que diz respeito aos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais pertencentes à classe dos juristas.

No voto condutor do Pedido de Providências nº 200710000014851, da Relatoria do Conselheiro Técio Lins e Silva, assentou-se o seguinte:

> Ainda com base nessas premissas, enfrento a indagação sobre a possibilidade de os advogados membros-juristas de Tribunais Eleitorais exercerem o seu munus privado "perante o Judiciário da União (certo que os Tribunais Eleitorais são órgãos judiciários da União)".
>
> Como ressaltado no início do voto, o Supremo Tribunal Federal assegurou aos Advogados destacados para exercerem, por um período de 3 anos, a função de membro-jurista de Tribunais Eleitorais, a possibilidade de, concomitantemente, exercerem a advocacia privada.
>
> Tal decisão, é bem verdade, não adentrou nos meandros de eventuais impedimentos decorrentes dessa atuação conjunta, porém delineou claramente a amplitude da interpretação constitucional aplicada à matéria, de modo que qualquer restrição que lhe for imposta só será legal se decorrer de cabal impedimento ético ou processual não retratado na decisão referida.
>
> O adendo serve apenas para situar a questão e demonstrar que, assim como à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal a possibilidade do exercício da advocacia por advogados integrantes de Tribunais Eleitorais dá-se de forma ampla, num segundo momento, sob a ótica de um exame teleológico do sistema jurídico vigente, também não se vislumbra qualquer impedimento para o exercício dessa advocacia perante as Justiças Federal (comum), do Trabalho ou Militar.
>
> Apesar de serem Justiças, assim como a Eleitoral, organizadas e mantidas pela União, cada qual possui objetos próprios e distintos, razão pela qual recebem, constitucionalmente e mediante lei complementar, regulamentação específica.
>
> Assim, o só fato de integrar um órgão da Justiça Eleitoral como membro-jurista não acarreta qualquer impedimento, seja de ordem ética ou processual, para o exercício da advocacia junto às demais Justiças também organizadas e mantidas pela União.

Decidiu-se, portanto, no sentido da liberdade do exercício profissional, com as limitações interpretadas estritamente, estendendo a ve-

dação para a advocacia em face da Fazenda Pública que os remunera (no caso, a União), mas não obstando a atuação perante outros órgãos judiciários pertencentes à estrutura da União Federal.

Não altera esse entendimento a possibilidade de o procedimento havido perante o Tribunal de Contas redundar na aplicação de multa que será posteriormente inscrita em dívida ativa e, eventualmente, ser objeto de execução fiscal a ser conduzida pela Procuradoria-Geral do Estado.

Primeiramente, porque a aplicação de multa não representa interesse público apto a nortear cegamente a atuação da Administração e, muito menos, de um órgão julgador com assento constitucional. Ao Estado não se pode admitir possuir interesse em aplicar multa ou arrecadar inadvertidamente. Apenas é compatível com o Estado Democrático de Direito que se busque a efetivação desse objetivo arrecadatório se decorrente da correta aplicação do Direito e das normas que compõem seu arcabouço.

Assim, o Estado não deve sustentar interesse financeiro na aplicação e cobrança das multas pelo Tribunal de Contas. Também a Corte não deve estar atenta, por dever ser imparcial, a qualquer desiderato de sancionar o gestor avaliado. Somente se pode deferir ao Estado praticar qualquer ato em atenção à ordem jurídica, ou seja, somente deve aplicar e exigir multa decorrente da correta interpretação do Direito, nunca com o objetivo de potencializar a arrecadação estatal. Em súmula: a atuação do Poder Público deve pautar-se na garantia ao interesse público dito primário, devendo o secundário ter sua persecução vinculada à proteção daquele.

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia interesse público primário e interesse público secundário da seguinte maneira:

> Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser deferido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 98-99)

Em verdade, não parece a mais adequada a distinção doutrinária clássica entre *interesse público* primário e secundário, na linha da lição de Alessi, vez que a conceituação de interesse público deve residir entre as balizas do que se convencionou classificar como sendo o *primário*, de

modo que o que se define como sendo o *secundário* não compõe o conceito de interesse público, mas de *interesse individual do Estado*.

Firma-se esse entendimento nas lições de Claudio Madureira:

> Nessa perspectiva, somente esses interesses ditos *primários* qualificam-se como interesse público. É que os interesses ditos *secundários* se apresentam como interesses individuais do Estado, e por isso são correlatos aos interesses particulares (por exemplo, cobrar tributos). Esses interesses particulares do Estado só merecem proteção jurídica quando instrumentais ao interesse público (por exemplo, cobrar tributos dentro dos limites legais, para tornar viável o fornecimento de serviços públicos). Por isso é que, para Bandeira de Mello, o interesse público consiste no "interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida", pressupondo, assim, uma correta aplicação do direito; e funciona, destarte, como limitador da intervenção estatal na esfera das disponibilidades jurídicas do cidadão, de modo que essa intervenção se opere apenas nas hipóteses taxativamente admitidas pelo ordenamento jurídico-positivo. (MADUREIRA, 2016, p. 59-60)

Nada obstante, o aprofundamento quanto ao tema nesta sede nada acrescenta ao debate em curso, razão pela qual prosseguir-se-á utilizando os conceitos já consolidados quanto à matéria. Como se extrai das lições dos administrativistas, interesse público primário é o verdadeiro interesse a que deve vassalagem a Administração Pública, pois se volta ao interesse da coletividade. Decorre tal direito da dimensão pública dos direitos de indivíduos inseridos em dado contexto social. Já os interesses secundários transcorrem de toda manifestação de vontade do Estado enquanto pessoa jurídica. Referem-se ao controle do erário, das finanças públicas, do Estado enquanto ente dotado de interesses patrimoniais. São, neste aspecto, interesses, em sentido *lato*, patrimoniais.

Entrementes, o interesse público, longe de constituir categoria oposta, convive com o direito individual propriamente considerado, não estando divorciado dos seus interesses, afirmação esta que fica clara na visão de Celso Antonio Bandeira de Melo, quando afirma que "*o interesse público nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais; ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade*" (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 60).

Destarte, enquanto a questão das contas do gestor municipal estiver em apreciação perante o Tribunal de Contas, o Estado, como pessoa jurídica administrativa, não possui qualquer interesse na fixação de multa, apenas na correta aplicação da ordem jurídica. Em verdade, caso não praticada conduta pelo gestor que justifique a aplicação da

sanção pecuniária, devem os agentes do Estado se posicionar pela sua não imposição, não importando, no particular, o resultado financeiro ao ente público.

De toda sorte, ainda que não se aquiesça com a ponderação acima, tem-se que emanou do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento proferido sob o pálio da repercussão geral, entendimento que afugenta qualquer dúvida nesse pormenor. Eis a ementa do precedente:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL, POR DANOS CAUSADOS AO MUNICÍPIO. PARTE LEGITIMADA PARA A EXECUÇÃO DESSE CRÉDITO: MUNICÍPIO PREJUDICADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
>
> 1. Um dos mais basilares princípios jurídicos é o de que o acessório segue a sorte do principal. Aplicado desde o direito romano (accessio cedit principali), está positivado no direito brasileiro há mais de um século (Código Civil/1916, art. 59: Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal; Código Civil/2002, art. 92. Principal é o bem que existe sobre si, abstrata ou concretamente; acessório, aquele cuja existência supõe a do principal).
>
> 2. Nesta situação em análise, a multa foi aplicada em razão de uma ação do agente público em detrimento do ente federativo ao qual serve, o Município. Não há nenhum sentido em que tal valor reverta para os cofres do Estado-membro a que vinculado o Tribunal de Contas.
>
> 3. Se a multa aplicada pelo Tribunal de Contas decorreu da prática de atos que causaram prejuízo ao erário municipal, o legitimado ativo para a execução do crédito fiscal é o Município lesado, e não o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de enriquecimento sem causa estatal
>
> 4. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 642, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "O Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal. ".
>
> (STF. RE 1003433, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 11-10-2021 PUBLIC 13-10-2021)

Como extrai do acórdão, a legitimação para execução da multa aplicada por Tribunal de Contas em razão de prejuízo causado a ente municipal caberia tão-somente ao próprio Município, e não ao Estado.

Ora, se a destinação dos recursos decorrentes das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas, por lesão a ente municipal, consubstanciaria vedação para o exercício da advocacia privada por procurador do Estado, diante do julgamento vinculante em que se conclui que apenas o próprio Município prejudicado pela conduta sancionada é legitimado para a execução do crédito, não mais haveria impeditivo ao servidor estadual, pois nada caberia ao Estado em decorrência da atuação constitucional do Tribunal de Contas nesse caso.

Conclui-se, dessa forma, não haver impedimento para que procurador do Estado atue perante o Tribunal de Contas estadual na defesa de gestor municipal, por não se configurar advocacia *contra* a Fazenda Pública que o remunera.

5 Conclusão

A possibilidade de prática da advocacia privada por advogado público deve ser considerada no âmbito da liberdade ao exercício das atividades profissionais consignada no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, não devendo ser limitada senão pelo próprio ordenamento jurídico e com vistas à compatibilidade da atuação particular paralelamente à função pública.

Além disso, a interpretação quanto às restrições estabelecidas nas normas deve ser restritiva, uma vez que se trata de limitação a direito assegurado pela própria Constituição Federal.

Portanto, o impedimento para exercício da advocacia pelo servidor público *contra* a Fazenda Pública que o remunera (art. 30, I, da Lei nº 8.906/1994) deve ser interpretado à luz da teleologia da norma.

Quando o procurador do Estado exerce advocacia privada perante Tribunal de Contas estadual não está a litigar *contra* a Fazenda Pública, eis que referida Corte, no cumprimento de sua competência constitucional, atua como órgão julgador imparcial e independente da vontade do Estado enquanto Poder Executivo ou mesmo Legislativo.

Assim, ao assumir a defesa de gestor municipal perante Tribunal de Contas, o procurador do Estado não se depara com o impedimento inscrito no Estatuto da Advocacia, pois não se configura, no caso, advocacia contra a Fazenda Pública.

A potencialidade de a aplicação de multa a ser executada pelo Estado não deve ser suficiente a obstar tal atividade, pois não deve haver

"interesse" meramente sancionador ou arrecadatório por parte do Estado ou da Corte de Contas, senão na correta aplicação do Direito.

Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal expediu precedente no sentido de que a legitimidade para execução das multas fixadas por Tribunal de Contas estadual em decorrência de prejuízo gerado ao Município cabe apenas à própria municipalidade, e não ao Estado.

Assim sendo, não há impedimento para que procurador do Estado atue perante Tribunal de Contas do respectivo Estado na defesa de gestor municipal, quando não se houver em discussão a utilização de recursos públicos estaduais, por não se configurar em tal conduta a prática de advocacia *contra* a Fazenda Pública que o remunera.

6 Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

1.10

A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

MÔNICA JÚDICE*

SUMÁRIO: 1. A Jurisdição Brasileira: Conceito e Acepções do Termo Jurisdição 2. Revisão Atualizada de Jurisdição e Acesso à Justiça 3. O pluralismo Participativo 4. Conclusão 5. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição. Estado Constitucional. Acesso à Justiça. Arbitragem. Jurisdição Compartilhada. Novo Código de Processo Civil. CPC/15.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo uma breve análise da evolução do conceito do instituto da *jurisdição*, a fim de vislumbrar a possibilidade de exercício de atividade jurisdicional fora do âmbito exercido pelo Poder Judiciário – a exemplo do instituto da arbitragem, tendo sido esta questão tratada no CPC/15, no capítulo das normas fundamentais do processo civil, quando trata do acesso à justiça em harmonia com o instituto da arbitragem.

1 A Jurisdição Brasileira: Conceito e Acepções do Termo Jurisdição

De acordo com a etimologia, a palavra JURISDIÇÃO *deriva do latim "jurisdiction"* (ação de administrar a justiça), formada, como se vê, pelas expressões "*jus dicere*", "*juris dictio*". É usada precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça.

Assim, em sentido jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e o limite do poder de julgar de um juiz. E isso porque, em sentido *lato*, jurisdição quer significar todo poder ou autoridade conferida à

* Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP e LLM em Direito Marítimo pela Universidade de Oslo (UIO). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Membro da Associação Brasileira de Direito Marítimo (ABDM). Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual Civil (IPDP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Autora do livro "O Direito Marítimo no Código de Processo Civil". Certificada em Mediação Empresarial (ESMAGES e CBMAE). Advogada cível, empresarial e marítima, com atuação especializada em mediação e contencioso estratégico.

pessoa, em virtude da qual pode conhecer certos negócios públicos e os resolver. E nesse poder, em que se estabelece a medida das atividades funcionais da pessoa, entendem-se incluídas não somente as atribuições relativas à matéria, que deve ser trazida ao seu conhecimento, como também a extensão territorial, em que o mesmo poder se exercita[1].

A atividade jurisdicional encontrou durante muito tempo sua justificativa na evolução social e política da comunidade humana, que, ao exigir um incremento da segurança de seus membros, conduziu à substituição da justiça privada, por uma atuação exclusiva do próprio Estado como ente imparcial a quem se atribui a função de pacificação dos conflitos sociais, por meio da recomposição ou imposição do comportamento preceituado por normas legais de conduta por ele próprio ditadas[2]. Tornou-se, portanto, um mecanismo de garantia de cumprimento da legislação[3].

Em outras palavras, pode-se afirmar que a jurisdição seria a forma pela qual o poder estatal atuaria para corrigir a não observância espontânea do comando legal. Ou, indo além, é como o Estado substitui a vontade dos "súditos" para determinar a devida e concreta atuação do ditame legal no âmbito de conflitos interindividuais ou supraindividuais surgidos no meio social por meio de uma sentença de mérito[4].

É visível que não há ainda na doutrina pátria um consenso no tocante ao conceito de jurisdição, o que torna impraticável apresentar todas as teorias sobre o tema. Não obstante, apresentar-se-ão aquelas mais relevantes no cenário nacional – a exemplo da teoria de Chiovenda e de Carnelutti –, sendo essas as mais aceitas pelos doutrinadores brasileiros, embora alguns as considerem antagônicas. Porém, de acordo com a maioria deles, são complementares as duas posições, de modo que se define jurisdição como "*função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide*"[5] – o que não parece de todo adequado.

---

1 DE PLACIDO E SILVA. *Vocábulo Jurídico*. 1a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 897.

2 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

3 Importante fazer a ressalva da diferença do conceito de jurisdição no direito norte-americano, em que o termo assume dupla conotação, ao abranger tanto a atividade legiferante do Estado – jurisdiction to prescribe– quanto sua capacidade de tornar concretamente efetivo o mandamento legal – jurisdiction to enforce (Xavier, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*, 5aed. Forense: Rio de Janeiro, 1998, p. 7).In: SARMENTO MARQUES, Sérgio André Laclau. *A Jurisdição Internacional dos Tribunais Brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.

4 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9a Ed. São Paulo: Malheiros, p. 113.

5 Para Moacyr Amaral dos Santos, o objetivo do Estado no exercício da função jurisdicional é justamente assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que se controvertem as partes. É verdade que, com esse objetivo, atuando a lei no caso concreto, impondo assim a autoridade desta, o Estado reconhece deliberação quanto ao direito subjetivo, como consequência daquela atuação. Em conclusão, a finalidade da jurisdição é

Para Giuseppe Chiovenda, pode-se definir jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva[6]. A teoria chiovendiana tem por escopo que a lei regularia todas as situações de um caso concreto, devendo o Estado limitar-se à atuação da vontade concreta da lei – de modo que bastavam a declaração do direito e a atuação prática da lei.

A outra concepção é a de Francesco Carnelutti, que relaciona o conceito de jurisdição com a "justa composição da lide"[7]. Por meio da manifestação do magistrado, de caráter imperativo, o processo equivaleria ao instrumento público para a justa composição da lide[8]. Assim é que o conceito carneluttiano de lide – ampliado para possibilitar a abrangência de interesses coletivos e interesses de ordem pública[9] – apresenta-se como ideia inseparável da jurisdição, na medida em que jurisdição assumiria uma função exclusiva de composição de lide.

Perceba-se que enquanto na primeira teoria, também conhecida como teoria declaratória ou dualista, a atividade jurisdicional limita-se ao reconhecimento de direito preexistente, nesta última, denominada teoria constitutiva ou unitária, tem-se que a função jurisdicional criaria o direito substancial, tendo por consequência a composição do litígio.

Aponta Alexandre Freitas Câmara que a teoria dominante na doutrina seria a declaratória ou dualista[10]. Seguidor dessa teoria, Cândido Rangel Dinamarco assim se posiciona: "*por esta razão parece correto o entendimento segundo o qual as concepções de Chiovenda e Carnelutti acerca da*

resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, aparar o direito objetivo. In: SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. 18a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1, p. 68. Também nesse sentido: GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 167; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 13aed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 67. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 6aed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 37.

6 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3a ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 3.

7 CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 5.

8 Daí, exsurge o conflito *dos intereses quando la situacion favorable a la satisfaccion de una necesidad distinta*, configurando-se a lide quando ocorre o confronto *entre intereses de dos personas distintas*. E adiante explicita "*lhamo litigio al conflicto de intereses calificados por la pretension de uno de los interesados y por la resistência del otro*". In: CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 62.

9 Galeno Lacerda, *Comentários ao CPC*, 7a ed. Forense, 1998, v. VIII, t. 1, n, 6, p. 15.

10 Para Frederico Marques, por exemplo, a jurisdição é a função estatal de aplicar as normas de ordem pública em relação a uma pretensão – nisso reside a essência e substância do poder jurisdicional. In: MARQUES, J. Frederico. *Jurisdição voluntária*, 2a ed. Saraiva, 1959, p. 53.

jurisdição são antagônicas e, por tal motivo, entendo que deve o jurista optar por uma delas"[11].

Cumpre registrar, nessa toada, o conceito de jurisdição de Enrico Tulio Liebman, que se baseou exatamente na junção de ambas as teorias italianas. Para ele – que influenciou diretamente o Código de Processo Civil – CPC/73, é atividade estatal destinada a atuar na regra jurídica concreta que disciplina a situação jurídica[12]. Assim, ainda hodiernamente, em muitas vezes, a doutrina e a práxis – sem se atentarem para a evolução semântica por que foram passando ao longo do tempo – ainda se deixam influenciar por esse conceito clássico e de raízes antagônicas, mesmo diante das profundas modificações sociopolítico-econômicas que o direito contemporâneo ultrapassou com o Estado Democrático de Direito (EDD).

É possível vislumbrar que as teorias acima retratadas partem de uma proeminência – ou do direito material ou do direito processual – que não condiz mais com o paradigma pós-positivista do Estado Democrático de Direito[13], uma vez que o direito e a norma são um produto de linguagem, isto é, são o produto da interpretação do operador do direito na solução do caso concreto.

É alvo de grande polêmica na seara processual a discussão acerca do monismo e dualismo no direito processual civil:

> A dicotomia existente entre monismo e dualismo não resiste a um enfrentamento hermenêutico da polêmica. No plano hermenêutico, é impossível absolutizar a distinção entre plano material e processual porque, ontologicamente, tanto o direito material quanto o processual estão no mesmo plano: ambos constituem textos normativos a serem interpretados, circularmente, uma vez que não possui proeminência sobre o outro. Perante um acesso hermenêutico, não se pode distinguir entre normas substanciais (materiais) e normas processuais, na medida em que a norma surge somente quando caso jurídico, real ou fictício, é trazido à linguagem e interpretado, sem dizer que esta distinção seria meramente semântica. Todavia, essa crítica também não permite que a obra seja associada ao monismo, porque a teoria monista, em regra, entende que o direito surgiria

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.

12 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1. 3aed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 23.

13 Desse modo, para uma teoria jurídica desenvolver-se sob as bases de um paradigma pós-positivista, faz-se necessário elaborar juntamente uma concepção pós-positivista de norma que a distinga do texto normativo, o que, por sua vez, implica a necessidade de uma estruturação pós-positivista de sentença não mais vista como um processo de subsunção. In:ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 49.

> com a sentença judicial, consistindo esta em um ato de positivação de vontade (ora lei ora legislador), algo criticado (...). A polêmica entre dualismo e monismo é anterior ao giro linguístico, na aplicação do direito o processo e direito material integram uma relação circular no plano da linguagem. A linguagem é o mundo interpretado pelo homem, é um acontecimento imperativo da realidade, a distinção entre normas processuais e materiais somente é possível no plano semântico, no qual a norma é considerada abstratamente e sem relação com a problematização de um caso concreto[14].

Como se vê, o acesso hermenêutico ao processo implica a superação da polêmica dicotomia entre monismo e dualismo, a uma, porque i) não existe separação entre direito processual e direito material, constituindo, ambos, enunciados normativos; a duas, porque ii) não há mais como conceber atualmente a sentença como um mero ato de silogismo; e a três, porque iii) a decisão judicial não é fonte única criadora de direito (a despeito de ser a mais relevante), razão pela qual não se adota aqui aquelas construções históricas de atividade jurisdicional.

Diante do exposto, tem-se que o conceito de jurisdição refletirá a própria essência da atividade judicante – qual seja: todo poder ou autoridade conferidos por lei em sentido estrito a um agente, órgão ou instância, em virtude dos quais se atribuirá sentido à norma diante da problematização do caso concreto, prevenindo-o ou solucionando-o. Supera-se, assim, a metodologia positivista de que a decisão judicial é um ato de mero silogismo (onde, texto e norma se confundem), como pretende parte da doutrina processual, que persiste em separar o fenômeno da compreensão, da interpretação e da aplicação do direito.

2 Revisão Atualizada de Jurisdição e Acesso à Justiça

Passando-se à análise do conceito de jurisdição de uma perspectiva contemporânea, deve-se ter em mente que a função jurisdicional tem por escopo o Estado Democrático de Direito (EDD) – *pelo estudo dos fins da jurisdição, que, consequentemente, são também do processo, que visa-se delimitar quais os fins para os quais a função jurisdicional irá atuar*[15]. Daí porque se torna importante vislumbrar não só o próprio conceito de jurisdição, como também do princípio que o abraça, haja vista que as

14 ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

15 MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e o Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2006, p. 45.

expressões "*jurisdição*" e "*acesso à justiça*" acabaram perdendo boa parte de sua identidade conceitual.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso[16]:

> Assim se passa porque o Direito, sobre não ser uma ciência exata, é antes de mais nada, um produto cultural, como tal atrelado a um dado espaço-tempo, e isso explica por que uma dada conduta (v.g. o adultério) numa região do planeta é tolerada ou ao menos não tipificada como ilícito, ao passo que em outros quadrantes é punida severamente; ai também está a razão pela qual durante um interstício temporal uma certa ocorrência – v.g. esbulho possessório – é severamente rechaçado pelo ordenamento, como ilícito civil e até penal, mas, em sobrevindo outro contexto, pode merecer outro tratamento, à vista da função social da propriedade.

O autor completa o trecho colacionado relembrando que o DIREITO é uma *CIÊNCIA NOMOTÉTICA*[17] – que se expressa por meio de enunciados –, operando como signos que não apresentam conteúdo fixo e inalterável: ao contrário, vão sofrendo alterações principalmente de ordem semântica.

Desse modo, não é recomendado utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, em razão de diversos fatores, tais como os enunciados por Fredie Didier[18]:

> i) a redistribuição das funções do Estado, com criação de agencias reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judicante) e executivas;
>
> ii) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas;
>
> iii) o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa;

16 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 333.

17 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 334.

18 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15a Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 105.

> iv) a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa;
>
> v) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica no caso concreto;
>
> vi) a evolução do controle de constitucionalidade difuso que produziu entre nos a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário.

Em termos práticos de direito processual, é possível ainda identificar:

> i) a expansão desmesurada das fronteiras do Direito, em direção a campos extra ou parajurídicos (antropologia, biologia, cibernética, ecologia);
>
> ii) a crise numérica de feitos pendentes na Justiça estatal (em 2009, computaram-se 82,9 milhões de processos, registrando o boletim Justiça em Números, do CNJ, divulgado em agosto de 2011, "o pequeno aumento dos casos em tramitação no Poder Judiciário, entre 2009 e 2010, no percentual de 0,6%");
>
> iii) a crise de efetividade prática dos comandos judiciais, evidenciada naquele documento do CNJ: "um olhar mais detido sobre o indicador revela que o maior gargalo encontra-se na fase de execução do 1) grau da Justiça Estadual, onde a taxa de congestionamento chega a 89,8%" (...)[19].

Referida análise não passou despercebida da crítica de Ada Pellegrini Grinover, para quem o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário), constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais[20].

Ainda, na lição de Mancuso[21]:

> À vista das profundas alterações sociopolítico-cultural-econômicas deflagradas a partir do ultimo quartel do século passado (às quais

19 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 334.

20 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Revista de Arbitragem e Conciliação, n. 14, jul-set., 2007, p. 17.

21 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 335.

> o Direito deve guardar aderência, como condição para sua própria legitimidade), hoje se coloca a inafastável opção entre duas alternativas no tocante aos sentidos de "jurisdição" e de "acesso à justiça": ou bem se continua a prestigiar concepções antigas, que prosperaram em contextos já desaparecidos, hoje de interesse meramente histórico, ou se admite a imperiosidade de submeter aquelas expressões a um processo de atualização e contextualização, trazendo-as para a realidade contemporânea, tanto a social como a judiciária.

É de se notar que aqueles processualistas mais ortodoxos tendem a se apegar aos antigos conceitos, mantendo a jurisdição ainda atrelada a uma atividade jurisdicional – exclusiva do Estado – de mera subsunção dos fatos a disposições normativas, ao passo que levam ao extremo as qualidades identificadoras do princípio do acesso à justiça (hoje quase que utópico), representadas por vocábulos como "universalidade" e "indeclinabilidade", ignorando o gigantismo judiciário.

Demais disso – hoje configurada a notória crise numérica de processos –, é visível o crescimento de instâncias, órgãos e agentes parajurisdicionais, voltados à prevenção e/ou à resolução consensual dos conflitos, levando ao gradual reconhecimento de que a jurisdição não é atividade exclusiva do Estado, mas, ao contrário, caberia a todo agente, órgão e instância, autorizado por lei (em sentido estrito), que atribua sentido à norma diante da problematização do caso concreto, em tempo hábil, resolvendo uma crise de direito – é o que se denomina pela doutrina contemporânea de JURISDIÇÃO COMPARTILHADA.

Na lição de Sidnei Agostinho Beneti[22]:

> Só a idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento jurisdicional realizado pelo Estado seja sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da Justiça no caso concreto.

Dessa perspectiva contemporânea do direito processual civil, a jurisdição funcionaria como legítimo mecanismo de acesso à justiça. E não há aqui afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional do art. 5º, XXXV, da CF/88 (ou ainda, princípio do acesso à justiça), sendo necessário contextualizá-lo no modelo constitucional atual. Na verdade, sobre esse ponto, cumpre uma análise um pouco

22 BENETI, Sidnei Agostinho. *Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e constitucionalidade*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan.-jun., 2002, p. 104.

mais delineada. Trata-se de expressão por vezes associada a um direito, outras a um princípio, ou, ainda, a uma garantia, portanto, longe de uma acepção de consenso.

Flávio Galdino detectou entre doutrina e jurisprudência nada menos que 14 sentidos[23]: Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional; Princípio da Universalidade da Jurisdição; Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição; Princípio da Ubiquidade da Jurisdição; Princípio do Acesso à Justiça; Princípio da Acessibilidade Ampla (ou do Amplo Acesso à Justiça); Princípio do Livre Acesso à Jurisdição Estatal; Regra da Plenitude do Acesso à Jurisdição; Direito Constitucional à Jurisdição; Princípio da Proteção Judiciária; Princípio da Irrecusabilidade da Jurisdição; Princípio da Irrecusabilidade da Função Jurisdicional; Princípio da Plenitude da Função Judicante do Estado; e Princípio da Utilidade da Jurisdição.

Explica Rodolfo de Camargo Mancuso que a desejável *densificação conceitual* a esse respeito parece delinear-se a partir de dois documentos:

> 1 - Exposição de Motivos do PL 8.046/10 sobre o NCPC, reconhece no art. 2º "pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado". (..) - Por aí esvanece-se a antiga acepção da jurisdição monopolizada pelo Estado, e por outro lado, a efetividade da resposta passa a ser o critério legitimante da intervenção jurisdicional;
>
> 2 - A Resolução do CNJ nº. 125/2010, inclui: "o direito de acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa"[24].

Com efeito, a atividade jurisdicional não estaria assim mais umbilicalmente ligada a uma atividade exclusiva do Estado. Em prosperando essa diretriz programática, ficará restaurada a própria verdade histórica, a saber, que a jurisdição nunca foi monopolizada pelo Estado, tantos e diversos foram, ao longo do tempo, os meios e os agentes credenciados a prevenir ou resolver os conflitos deflagrados ao interno da coletividade[25]. Também os Poderes Executivo e Legislativo desempenham atividades jurisdicionais em determinados casos, conforme descreve Cassio Scarpinella Bueno[26]:

---

23 GALDINO, Flávio. *A Evolução das Ideias de Acesso à Justiça*. Revista Autônoma de Processo, nº. 3, abr.-jun., 2007, Curitiba, p. 65.

24 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 338.

25 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 336.

26 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6aed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291.

> A atividade desempenhada pela Administração Pública em uma "sindicância" ou em um "processo administrativo", por exemplo, é substancialmente jurisdicional. Da mesma forma, e a título meramente exemplificativo, a atuação do Legislativo ao julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e no processo de impeachment de determinadas autoridades públicas.

Não obstante, e considerando parte da doutrina aqui meramente constatada, a atribuição de sentido à norma, diante da problematização do caso concreto por um agente, órgão ou instância com poder autorizado por lei, dessa forma, por si só – mesmo criando condições efetivas para sua realização concreta – não seria característica suficiente da atividade jurisdicional aqui estudada, e o que a caracterizaria como suficiente seria, na verdade, a sua definitividade, por meio da coisa julgada material (e não o poder autorizado em lei para solução do caso).

TODAVIA, não é esse o entendimento reconhecido neste trabalho, uma vez que a coisa julgada material – ainda que exclusiva de alguns provimentos jurisdicionais – não está presente em todas as decisões de natureza jurisdicionais, a ponto de se considerar a definitividade um requisito intrínseco ao conceito de jurisdição, conforme se verá no tópico subsequente.

Diante do exposto, os conceitos fundamentais do processo civil revisados devem ainda ser contextualizados de acordo com os valores na linguagem constitucional[27]. Assim, ter-se-á que: i) não é atividade exclusiva do Estado-Juiz, haja vista que pode ser exercida por terceiro não integrante da estrutura judiciária (CF/88, art. 92), sendo capaz de resolver o conflito com uma resposta de qualidade; ii) não deve acarretar expectativa exagerada quanto à solução do conflito (CF/88, art. 5º, XXXV), do qual o Estado somente conseguiria proferir uma resposta de baixa qualidade, revelando-se excessivamente demorada, onerosa e imprevisível, ao contrário daquela da jurisdição compartilhada; iii) o intérprete passa a pertencer à própria compreensão e o *interpretandum* passa somente a existir na história factual da compreensão que gera[28], de modo que os

27 Note-se que a decisão judicial estará legitimada não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade, o que nos leva a crer que – em um Estado Democrático de Direito – legalidade e legitimidade, cada uma com sua qualidade, são características do poder. A legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade a qualidade do seu exercício. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 426.

28 FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. La Hermenêutica Juridica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992, p. 110, para quem "em toda leitura tem lugar uma aplicação e, aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele mesmo pertence ao texto que entende". In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 503.

conceitos acima estariam umbilicalmente relacionados com interpretação do direito desempenhada por agente, órgão ou instância autorizados por lei, que atribuirão sentido à norma diante da problematização do caso concreto, tendo por escopo o Estado Democrático de Direito.

3 O Pluralismo Participativo

Faz-se necessário neste ponto elucidar o sentido atual do monopólio estatal na distribuição da justiça e jurisdição unitária, a fim de acolher a ideia de que agentes, órgãos ou instâncias externos à estrutura judiciária participem efetivamente do exercício da jurisdição, sem que isso seja considerado uma inconstitucionalidade, em desrespeito ao art. 5º, XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), da Constituição Federal/88.

De fato, a usual colagem entre as expressões monopólio estatal na distribuição da justiça e jurisdição unitária, em face do que se contém no art. 5º, XXXV, da CF/88 ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), tem engendrado exegeses as mais dispares, o que tem repercutido negativamente na apreensão do sentido atual de conceitos importantes, como os de jurisdição, direito de ação, função judicial do Estado e até mesmo de relação jurídica processual[29].

É de se notar que há outros órgãos com tendência à *desjudicialização dos conflitos*, a exemplo dos Tribunais Desportivos (CF, art. 217), os Tabelionatos (CPC, art. 982, 1124-A, cf. Lei n. 11.441/07), as Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho (CLT, art. 625-D, cf. Lei n. 9958/2000), o Tribunal Marítimo (art. 1º da Lei n. 2180/54), as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) (art. 58, da CF/88), os Crimes de Responsabilidade (art. 86, da CF/88), o Tribunal de Contas (art. 71, II da CF/88), o Cade (art. 7º da Lei n. 12.529/11), que desempenham funções atípicas ou equivalentes àquelas jurisdicionais, ou ainda, *jurisdição anômala*[30].

Luiz Eduardo Mourão elucida:

> De outro lado, porque inúmeros órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo exercem, em diversas oportunidades, atividade tradicionalmente tida como jurisdicional. Em nosso país, exemplo claro e corriqueiro são as atividades exercidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito que, em essência, são típicas de um juiz de direito[31].

29 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 388.

30 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

31 MOURAO, Luiz Eduardo. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 443.

Veja-se que a vinculação do conceito de jurisdição a uma atividade estatal não é requisito intrínseco para caracterizar essa atividade.

É nessa esteira que se vêm consolidando, inclusive, os mais modernos sistemas jurídicos, dentre eles, o do Novo Código de Processo Civil (CPC/15), que tem como diretriz principal a composição justa dos conflitos, e as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que incluem o direito à ordem jurídica justa:

> 1 - Exposição de Motivos do PL 8.046/10 sobre o NCPC, reconhece no art. 2º "pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado". (..)
>
> 2- A Resolução do CNJ nº. 125/2010, inclui: "o direito de acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa"[32].

Vale aqui relembrar a terceira onda "um novo enfoque de acesso à justiça", de Mauro Cappelletti. Não basta apenas o acesso à tutela jurisdicional, mas também um acesso realmente efetivo aos órgãos jurisdicionais. O novo enfoque do acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo.

Essa "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além – ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. A denominação "enfoque do acesso à justiça" deve-se a sua abrangência, já que seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso[33].

Parte-se, aqui, do princípio de que novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais. Esse enfoque anima uma ampla variedade de reformas – a exemplo da alteração nas formas de procedimento e na estrutura dos tribunais ou, mesmo, na criação de novos tribunais; o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores; codificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução; e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios[34].

---

32 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 338.

33 CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 66.

34 CAMPOS, Ingrid Zanella. *Direito Constitucional Marítimo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63.

Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que:

> No limiar deste novo milênio, duas linhas exegéticas se abrem, não em modo excludente, mas antes complementar e integrativo: i) a expressão monopólio estatal na distribuição da justiça deve ser entendida no sentido de justiça oficial enquanto atividade-fim do judiciário, ofertada a históricos de lesões sofridas ou temidas que efetivamente reclamem passagem judiciária em virtude de certas peculiaridades de matéria ou de pessoa ii) o sentido de distribuição da justiça pede urgente revisão e contextualização, sob pena dessa expressão perder o que ainda lhe resta de conteúdo ou utilidade; sob este alvitre, tendo o estado criminalizado a justiça de mão própria (CP, art. 345), ele então disponibiliza, em *numerusclausus* (CF, art. 92), órgãos judicantes que se movimentam quando provocados pelo direito de ação, preordenando-se a resolver crises de certeza, segurança ou satisfação desde que o meio escolhido seja adequado atenda certas condições e venha veiculado num processo existente e valido[35].

Sob qualquer dessas duas vertentes, não há (ou não há mais) como sustentar qualquer laivo de monopólio estatal na distribuição da justiça, no sentido radical que perdurou, cabendo antes reconhecer que o exercício da jurisdição está presente sempre que um agente, órgão ou instância se mostre capaz de prevenir ou compor um conflito em modo justo, tempestivo e sob uma boa relação de custo-benefício.

Tomando-se a intervenção jurisdicional do Estado sob uma formulação negativa, pode-se afirmar que ela não significa: i) que a justiça oficial seja o único canal para a resolução das controvérsias, muito ao contrario, a notória tendência contemporânea aponta para a crescente desjudicialização dos conflitos, donde a multiplicação de outros meios, também chamados equivalentes jurisdicionais; ii) que a apreciação do histórico de dano sofrido ou temido (CF/88, art. 5º, XXXV), dita indeclinabilidade da prestação jurisdicional, venha a assegurar um julgamento demérito, e menos ainda, que ele será justo ou mesmo tecnicamente consistente (justamente por isso o sistema disponibiliza recursos diversos para a eventualidade de *erros in procedendo* e *in judicando*, incluída a má apreciação da prova; iii) que a atuação dos órgãos propriamente judiciais (CF/88, art. 92) seja incompatível com outros meios de resolução de conflitos, mas, ao contrário, o ordenamento é prenhe de previsões que consentem a intervenção incidental ou pré-processual de outros meios ou instâncias e órgãos capazes de prevenir ou resolver confli-

35 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 393.

tos, tais como, Juízo Arbitral, Juizados Especiais, Juiz de Paz, Plano de Recuperação Extrajudicial, Compromisso de Ajustamento de Conduta, Tabelionatos, Estabelecimentos Bancários e Convenção Coletiva de Consumo[36], dentre outros.

Como registra Rodolfo de Camargo Mancuso:

> O Brasil é país de jurisdição una, não no sentido de que a distribuição da justiça – solução equânime consistente e tempestiva dos conflitos – só possa fazer-se por meio dos órgãos propriamente jurisdicionais, e sim ao pressuposto de se aceitar que aquela unidade não pode ser tomada ao pé da letra, mas deve consentir refrações ou temperamentos, tais os que se seguem: i) decisões tomadas por instâncias diversas, singulares ou colegiadas fora do rol constante do art. 92, sujeitam-se ao crivo jurisdicional, entendendo-se, porem, que alguma vez essa subsunção depende do prévio atendimento de certos quesitos prévios (v.g. conflitos desportivos) e tendo-se ainda presente que essa possível revisão judicial não assegura que a decisão sindicada venha a ser alterada, podendo, antes vir a ser considerada tecnicamente hígida, e como tal mantida, como pode dar-se com uma sentença arbitral infundadamente increpada de nulidade; ii) o acesso a justiça estatal, ao contrário do que uma leitura desavisada ou empolgada possa sugerir, não se reveste de nenhuma obrigatoriedade, mas antes deve ser revista sob um registro residual, reservada para as ocorrências que se revelem incompossíveis por outros modos – seja por singularidade de matéria ou de pessoa ou porque se frustraram os outros meios auto e heterocompositivos intentados – com o que podem ser alcançado as relevantes externalidades positivas: estimula-se a vera cidadania, aderente ao pluralismo participativo, dá-se ensejo a que a controvérsia alcance um desejável ponto de maturação, previne-se a banalização da função judiciária estatal, como ocorre com a chamada judicialização do cotidiano, iii) a unidade da jurisdição estatal, sobre não significar que só o estado concentra a função de distribuir justiça, em verdade apenas se prende ao fato de que dentre nos não se implementou o contencioso administrativo. Considerando-se que o constituinte entendeu garantir o acesso ao judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV) ao tempo em que cometeu aos seus órgãos de direção e planejamento o poder-dever de auto-organização (CF/88, art. 103-B, p. 4º; art. 125), e considerando-se que quem quer os fins da os meios, segue-se que cabe a esse poder fixar metas e

36 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 394.

> providenciar o quanto seja necessário para a oferta de uma resposta jurisdicional de qualidade, revestida dos seis atributos[37].

No limite do direito constitucional contemporâneo faz-se urgente uma destemida renovação na estrutura judiciária brasileira, por meio de uma MUDANÇA DE PARADIGMA, para permitir nova *condição legitimante de jurisdição*[38], desconectada de qualquer vestígio que implique o monopólio, mas que, ao invés, incentive o concurso de outros agentes, órgãos ou instâncias de composição da lide de forma mais equânime, consistente e tempestiva, acabando de vez com aquela ideia ortodoxa de que só possa fazer-se por meio dos órgãos propriamente jurisdicionais, em que se toma ao pé da letra o princípio do acesso à justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), sem refrações ou qualquer tipo de temperamento sobre ele.

Nesse sentido, avançou o novo códex.

4 Conclusão

Diante do exposto, tem-se que o conceito de jurisdição não se vincula à uma atividade exclusiva desempenhada pelo Estado, mas que caberia a todo agente, órgão ou instância, autorizado por lei, em sentido estrito, que atribua sentido à norma diante da problematização do caso concreto, resolvendo uma crise de direito.

Em prosperando essa diretriz programática, ter-se-á que a jurisdição nunca foi monopolizada pelo Estado, tantos e diversos foram, ao longo do tempo, os meios e os agentes credenciados a prevenir ou resolver os conflitos, sendo o instituto da arbitragem o principal exemplo de atividade jurisdicional desempenhada fora do âmbito do Poder Judiciário (CF/88, art. 92), não lhe retirando sua natureza o fato de ter sido proferida por árbitros, terceiros imparciais. Logo, houve uma opção legislativa processual que corrobora as premissas expostas quando considera, por exemplo, a arbitragem como atividade substancialmente jurisdicional, conforme redação sistemática trazida no art. 3º, §1º e art. 515, VII do Código de Processo Civil.

Vale, por fim, registrar o veto presidencial quanto à inclusão do título marítimo como título executivo judicial.

37 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 399.

38 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011, p. 333.

5 Referências

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 13aed. São Paulo: Saraiva, 1987

BENETI, Sidnei Agostinho. *Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e constitucionalidade*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, n. 9, jan.-jun., 2002

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6aed. São Paulo: Saraiva, 2012

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2013

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3a ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9a Ed. São Paulo: Malheiros,

DE PLACIDO E SILVA. *Vocábulo Jurídico*. 1a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15a Ed. Salvador: Jus Podivm, 2013

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3a Ed. Petrópolis: Vozes, 1999

GALDINO, Flávio. *A Evolução das Ideias de Acesso à Justiça*. Revista Autônoma de Processo, nº. 3, abr.-jun., 2007, Curitiba,

GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, 7a ed. Forense, 1998

GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 11a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Fundamentos da Justiça Conciliativa*. Revista de Arbitragem e Conciliação, n. 14, jul-set., 2007

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol.1. 3aed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005

LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. Porto Alegre: Ajuris, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2011

MARQUES, J. Frederico. *Jurisdição voluntária*, 2a ed. Saraiva, 1959

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e o Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres, 2006

MOURAO, Luiz Eduardo. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10a Ed. São Paulo: RT, 2010

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da Ação Rescisória*. Camoinas: Bookseller, 1998

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. 18a Ed. São Paulo: Saraiva, 1995

SARMENTO MARQUES, Sérgio André Laclau. *A Jurisdição Internacional dos Tribunais Brasileiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e a sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 6aed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*, São Paulo: RT, 2008, p. 100.

1.11

NATUREZA JURÍDICA DO ATO ADMINISTRATIVO CONCESSIVO DA APOSENTADORIA A SERVIDOR PÚBLICO E OS NOVOS RUMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STF A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 636.553/RS (TEMA 445)

PAULO JOSE SOARES SERPA FILHO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Conceito de ato administrativo e sua classificação pelo critério da formação ou composição da vontade. 3 Divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do ato que concede aposentadoria a servidor público. 4 Julgamento do RE n. 636.553/RS. 5 Outros aspectos relacionados à classificação do ato de aposentadoria e as consequências sobre o seu regime jurídico. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

O debate travado sobre a natureza jurídica e a classificação do ato administrativo por meio do qual a Administração Pública concede a seus servidores aposentadoria ganhou novos contornos a partir da recente decisão proferida pelo STF nos autos do RE n. 636.553/RS, recurso submetido à sistemática da repercussão geral (Tema 445)[1].

Em referido precedente, o STF reafirmou a definição histórica do ato administrativo de concessão inicial da aposentadoria como um ato complexo, em clara deferência à estabilidade, integridade e coerência de sua jurisprudência dominante (art. 926, CPC), certamente receoso de que uma reviravolta jurisprudencial pudesse impactar sobremaneira a atividade de controle de legalidade exercida pelas Cortes de Contas.

Durante os debates, entretanto, deixou-se entrever uma certa inquietação dos Ministros sobre o tema e, em função disso, a possibilidade de superação do entendimento em julgamentos futuros que

* Ocupou o cargo de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental junto à Secretaria de Gestão e Recursos Humanos do Estado do Espírito Santo (SEGER). Procurador do Estado do Espírito Santo, no exercício da função de Assessor de Gabinete desde 2014. Pós-Graduado em Direito Público.

1 Tema 445: "Incidência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 para a Administração anular ato de concessão de aposentadoria".

aportarem à Suprema Corte, o que, caso se confirme, trará significativos reflexos sobre o regime jurídico do ato administrativo de aposentadoria, como, por exemplo, prazo de desistência, composição de polo passivo de mandado de segurança, contagem do prazo decadencial, observância do contraditório e da ampla defesa, etc.

Sobre o julgamento do RE n. 636.553/RS e as consequências que dele advêm, tanto para os órgãos previdenciários, quanto para os Tribunais de Contas, é que o presente artigo busca lançar luzes.

2 Conceito de ato administrativo e sua classificação pelo critério da formação ou composição da vontade.

Antes de prosseguir na análise proposta, cumpre assinalar que o ato administrativo é definido pela doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro como "*a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*" (destaque no original)[2].

A definição como ato que "produz efeitos jurídicos imediatos" o aparta dos atos legislativos (função legislativa), enquanto a sujeição a "controle judicial" marca fronteira com os atos jurisdicionais (função jurisdicional). Ato administrativo, portanto, se relaciona com a função administrativa, traduzindo-se em instrumento por meio do qual a Administração Pública se movimenta a fim de satisfazer o interesse público (como, por exemplo, prestação de serviços públicos, atividades de fomento, exercício do poder de polícia, etc.).

Posição semelhante é defendida por Phillip Gil França[3], para quem, "por mais lógico que pareça, é de extrema relevância registrar que *ato administrativo* decorre do exercício da *Função Administrativa* do Estado". E prossegue esclarecendo que "*ato administrativo* é manifestação estatal, sob sua dimensão executiva, promotora dos valores constitucionais, consubstanciados na noção de desenvolvimento e bem geral dos administrados''. Isto é, *ato administrativo* invoca o Estado como ente legitimamente escolhido para proporcionar, permanentemente, um amanhã melhor para os titulares do poder originário que o criou" (destaque no original).

2 PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. 34ª. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, p. 236.

3 FRANÇA, Phillip Gil. *Ato Administrativo e Interesse Público*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100320043/v2/document/102944348/anchor/a-102944348

Neste contexto, pode-se afirmar que a aposentadoria, como expressão de atuação da Administração Pública, é um ato administrativo que, editado pela autoridade pública competente, transmuda o vínculo estatutário em previdenciário, garantindo ao servidor o direito de se afastar de suas funções de forma remunerada, com a consequente vacância de seu cargo.

Na abalizada lição de Alexandre Santos de Aragão, "a aposentadoria é ato administrativo praticado pela autoridade administrativa competente, que deverá também ser apreciado pelo Tribunal de Contas para efeito de registro (art. 71, III, CF)"[4].

Quanto à *classificação*, sabe-se que inúmeros são os critérios utilizados pela doutrina para agrupar os atos administrativos. Pelo *critério da formação ou composição de vontades*, os atos administrativos desdobram-se nas seguintes espécies: simples, complexo e composto.

O primeiro, decorre da declaração de vontade de um único órgão estatal, singular ou colegiado. O segundo, por sua vez, caracteriza-se pelo concurso de vontades de dois ou mais órgãos diferentes, sendo imprescindível a fusão de ambas para a produção de um único ato administrativo. Nesta hipótese, o ato somente se aperfeiçoa com a conjugação volitiva dos órgãos da Administração Pública. Por fim, no ato composto são emitidas duas declarações de vontades, porém, sem fusão, sendo uma instrumental à outra, remanescendo ambas com vida própria. Há, neste caso, uma relação de acessoriedade, atuando o ato acessório como pressuposto ou complemento do ato principal.

A diferença entre atos complexos e compostos, segundo o magistério de Ricardo Alexandre e João de Deus, "é que, enquanto no ato complexo as vontades dos órgãos se fundem para formar um só ato, no ato composto praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto de validade ou ato complementar do ato principal"[5].

Como é possível notar, a definição de ato complexo reclama conhecimento sobre outro critério de classificação dos atos administrativos, a saber: *segundo o seu ciclo de formação*. Por este critério, o ato administrativo pode ser classificado em ato perfeito e imperfeito. A perfeição, aqui, não está associada à ideia de validade, mas sim quanto à sua formação. O ato perfeito é aquele que já completou o seu ciclo de formação, está pronto para surtir efeitos. Se eventualmente for expedido por uma au-

4 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 559.

5 ALEXANDRE Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo esquematizado*. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2015, p. 363.

toridade incompetente, deve ser anulado, sem que isso repercuta sobre o seu aperfeiçoamento.

Lapidar, a esse propósito, é o magistério de Lucas Rocha Furtado, segundo o qual "a perfeição, distintamente do que pode indicar, no Direito Administrativo é apresentada como sinônimo de existência''. Ato perfeito não é aquele que se conforme com o ordenamento jurídico, mas aquele que existe, aquele que se formou ou que passou por todas as etapas necessárias à sua existência. Assim, dentro da classificação dos atos administrativos quanto à sua formação, os atos complexos, por exemplo, são aqueles que somente se tornam perfeitos - ou seja, que se formam - quando houver a conjugação da manifestação de vontade de órgãos distintos de modo a formar um só ato"[6].

3 Da divergência doutrinária sobre a natureza jurídica do ato que concede aposentadoria a servidor público.

Na doutrina impera profunda divergência quanto à classificação do ato administrativo de aposentadoria de servidor. Di Pietro assevera que "tanto a aposentadoria como a pensão são atos complexos, uma vez que sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas, conforme artigo 71, III, da Constituição Federal. Produzem efeitos jurídicos imediatos, sendo suficientes para que o servidor ou o seu dependente passe a usufruir do benefício; mas os mesmos só se tornam definitivos após a homologação pelo Tribunal de Contas, que tem a natureza de condição resolutiva"[7].

De acordo com essa corrente doutrinária, o ato administrativo de aposentadoria de servidor é formado pela manifestação volitiva do órgão administrativo somada à do respectivo Tribunal de Contas, resultando da fusão de ambas a produção de um ato administrativo único. Sobressai daí que a aposentadoria somente se aperfeiçoa após o julgamento de sua legalidade pelo Tribunal de Contas, momento a partir do qual ganha autonomia jurídica, isto é, existência no mundo jurídico.

José dos Santos Carvalho Filho perfilha entendimento diverso. Para o renomado administrativista, a concessão da aposentadoria perpassa pela expedição de "atos administrativos diversos, com conteúdo próprio e oriundo de órgãos administrativos desvinculados entre si". Nesta perspectiva de análise, sustenta que, "no primeiro, a Administração, verificando o cumprimento dos pressupostos normativos, reconhece ao servidor o direito ao benefício da inatividade remunerada; no

6 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 204.

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. 34ª. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022, p. 751.

segundo, a Corte de Contas procede à apreciação da legalidade do ato para fins de registro (art. 71, III, CF), o que o caracteriza como ato de controle *a posteriori*"[8].

A concessão da aposentadoria, para essa corrente, se dá por meio de ato administrativo simples, passível de controle posterior pelo Tribunal de Contas.

Ainda que por fundamentos diversos, a mesma conclusão é alcançada por Lucas Rocha Furtado, também defensor da tese de que o "ato pelo qual o Tribunal de Contas aprecia o ato de concessão é ato de controle (externo), que não integra nem completa o ato de concessão, mas que converte a executoriedade precária (porque condicionada) da concessão em executoriedade definitiva"[9].

O consagrado administrativista faz, ainda, interessante análise da jurisprudência do STF sobre o tema, nos seguintes termos:

> Questão talvez mais intrincada consista em classificar o ato administrativo, que concede aposentadoria, reforma ou pensão e o ato do Tribunal de Contas, que aprecia a legalidade do ato concessório. Nos termos da Constituição Federal (art. 71, III), compete ao TCU "apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, (...), bem como a das concessões de aposentadoria, reformas e pensões (...)". Indaga-se: as duas manifestações — a da Administração, que concede a aposentadoria, e a do TCU, que registra o ato — concorreriam para a formação de um só ato complexo? Embora essa polêmica seja conhecida da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde, pelo menos, a Constituição de 1934, ela não foi elucidada de forma satisfatória.
>
> Ao longo da história e em face dos diversos textos constitucionais (federais e estaduais), vários foram os julgados em que o Supremo Tribunal Federal considerou atos complexos, as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, assim como outros atos que a Administração deveria submeter aos Tribunais de Contas.
>
> O Supremo Tribunal Federal, mesmo não tendo aprofundado a análise quanto à natureza jurídica dos atos de concessão, firmou o entendimento de que os atos administrativos já aprovados e registrados pelo TCU podem ser revogados ou anulados pela Administração; a revogação ou a anulação pela Administração, todavia, somente produzem efeitos depois de referendadas pelo TCU, conforme

8 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª Ed. Barueri: São Paulo, 2021, p. 768.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 235.

> expresso pela Súmula nº 6 do STF: "a revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário".
>
> Ao fundamentar a tese que resultou na elaboração da mencionada Súmula nº 6, o STF não fez qualquer alusão a ato complexo. Fundamentou-se no fato de que a Administração se subordina ao Tribunal de Contas, não podendo descumprir suas decisões. Tal subordinação decorre da posição constitucional do Tribunal, que não integra a própria Administração, mas é o seu fiscal. Se a Administração não concorda com o que decidiu o Tribunal de Contas, pode recorrer ao Poder Judiciário, mas não pode pura e simplesmente desconhecer o que lhe foi determinado. "Essa subordinação decorre da hierarquia mesma do Tribunal de Contas, no mecanismo, porque ele não é órgão administrativo; é órgão estabelecido pela Constituição, de permeio entre os poderes executivo e legislativo — e é essa a teoria do instituto — e destinado a controlar a execução do orçamento. As autoridades administrativas estão subordinadas às decisões do Tribunal de Contas. Se ele defere a um dado parente a pensão, esta decisão poderá não ser conclusiva para o Judiciário mas terá de sê-lo, necessariamente, para a Administração".
>
> Ou seja: o Tribunal de Contas tem a palavra final sobre a Administração Pública, com a ressalva de que esta pode levar a questão ao Poder Judiciário. Assim, se o ato de concessão já foi apreciado pelo órgão constitucional fiscalizador, a revisão pela Administração, sem que o mesmo órgão aprecie o ato revisor, significaria descumprimento da palavra final dada pelo Tribunal.

Como se nota, é intensa a polêmica doutrinária que paira sobre a natureza jurídica do ato de concessão inicial de aposentadoria[10].

Os precedentes do STF certamente contribuíram para fomentar a corrente que o enquadra na categoria dos atos complexos. Todavia, conforme bem observado por Eduardo Levin, para boa parte da doutrina a aposentadoria de servidor constitui ato simples, tendo em mira que "a análise da legalidade deste ato, pelo Tribunal de Contas, feita a *posteriori*, é realizada após o ato de concessão da aposentadoria já estar perfeito, válido e eficaz, embora pendente de análise 'para fins de

10 No STJ também se observa divergência sobre o tema, resolvida por sua Terceira Seção nos autos do AgRg nos EREsp n. 1.047.524/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 6/11/2014. No julgado em tela, firmou-se orientação pela classificação do ato de aposentadoria com ato composto, o que contraria decisão do STF proferida em sede de repercussão geral.

registro' (conforme dispõe o já mencionado inciso III, do artigo 71, da Constituição Federal)"[11].

4 Do julgamento do RE n. 636.553/RS.

Quanto à jurisprudência, insta registrar que o STF sempre se pautou pelo enquadramento da aposentadoria no conceito de ato administrativo complexo, deixando claro que o julgamento e registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas integra o próprio ato administrativo, ao lado da manifestação de vontade do órgão administrativo-previdenciário responsável pela análise inicial do preenchimento dos requisitos legais que autorizam o deferimento do direito do servidor à inatividade remunerada. O ato jurídico perfeito, sob tal olhar, resulta da conjugação das vontades dos órgãos estatais envolvidos.

Em função dessa classificação, o procedimento administrativo de concessão inicial de aposentadoria ficou marcado, dentre outros aspectos, pela dispensabilidade de contraditório prévio com o servidor interessado, ausência de submissão da negativa de registro a prazo decadencial, etc.

Esse regime jurídico balizado pela classificação da aposentadoria como ato complexo foi muito bem captado por Alexandre Santos de Aragão[12]:

> O STF tem posição consolidada, inclusive pela Súmula Vinculante n. 03, parte final, no sentido de que o registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas integra o próprio ato de aposentadoria. Este seria integrado pela manifestação de vontade inicial da Administração Pública somada à decisão do Tribunal de Contas de registrá-lo. A partir desta premissa, o STF entende que, não apenas a eventual negativa de registro da aposentadoria (ou pensão) não está sujeita ao prazo de cinco anos previsto na Lei do Processo Administrativo Federal para invalidação de atos administrativos (o ato ainda nem teria se ultimado), como, pela mesma razão, não estaria sujeito ao prévio contraditório com o servidor.
>
> Não nos parece ser assim. Apesar da intensa polêmica que paira sobre a natureza jurídica do ato de registro de aposentadorias e pensões pelos Tribunais de Contas (nossa posição pessoal é de serem

11 LEVIN, Eduardo. Considerações sobre o regime jurídico dos atos concessivos de aposentadoria do servidor público. *Revista Internacional de Direito Público - RIDP*, ano 7, n. 8, p. 126, jan./jun. 2020. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/168/41930/91699. Acesso em: 5 jul. 2022.

12 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 559/560.

> atos de controle externos e posteriores ao ato de aposentadoria em si), entendemos não ser razoável e compatível com o princípio da segurança jurídica que, por exemplo, mais de uma década após ter obtido a aposentadoria da Administração Pública, vindo desde então a recebê-la regularmente, seja dela privado pelo Tribunal de Contas sem direito a nem ser escutado antes.

A jurisprudência dominante do STF remonta à década de 1950. Ao proferir voto nos autos do RE n. 636.553/RS, o eminente Ministro Edson Fachin fez uma breve síntese histórica para esclarecer que, "desde o julgamento do MS 3.881, de relatoria do Ministro Nelson Hungria, proferido pelo Plenário do STF em 22.11.1957, adotou-se na Corte o entendimento de que o ato administrativo que confere a servidor público federal uma aposentadoria de qualquer espécie, ou pensão a seus dependentes, é classificado como ato administrativo complexo, pois só se perfectibiliza após o registro perante o Tribunal de Contas da União, para fins de controle de legalidade".

Esse entendimento foi reiterado no julgamento do RE n. 636.553/RS, consoante se depreende de sua ementa que segue abaixo transcrita:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas. 5. Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada. 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". 7. Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos. 8. Negado provimento ao recurso. (RE 636553, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-129 DIVULG 25-05-2020 PUBLIC 26-05-2020).

Em que pese reafirmada a jurisprudência histórica da Suprema Corte, dos debates que se sucederam à prolação do voto do Ministro Gilmar Mendes é possível perceber um certo desconforto de seus integrantes quanto às consequências daí advindas, em especial no tocante à ausência de prazo para julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria.

Bem ilustra essa inquietação a afirmação do ilustre ministro Alexandre de Moraes no sentido de que "não me parece aqui poder ser considerado um ato complexo no sentido de que, imediatamente, desde a concessão pelo órgão competente, a aposentadoria já produz efeitos. É um ato sequencial, alguns dizem, e composto no sentido da sua definitividade, até porque, se jamais o Tribunal de Contas analisar aquele ato, já está produzindo os efeitos, e a pessoa recebe a sua aposentadoria normalmente".

Mais contundente ainda foi o pronunciamento do eminente ministro Edson Fachin[13], que abriu divergência para assentar que "cada ato o de concessão e o de registro é independente entre si e tem o escopo de produzir efeitos específicos, dentro de um amplo processo administrativo, que se inicia com o requerimento formulado pelo servidor ou pelo seu dependente, nos casos de pensão ou aposentadoria voluntária, passa pela análise da legalidade e preenchimento de requisitos pela autoridade competente, posterior publicação do decreto de concessão do benefício e culmina com o controle, a posteriori, pelo TCU para fins de registro". Pela percuciência de seu raciocínio, pede-se vênia para transcrever trecho importante de seu voto:

> O ato praticado pela autoridade competente para o reconhecimento do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria, pensão ou reforma produz, desde o decreto de aposentadoria publicado em diário oficial e antes mesmo do registro pelo TCU, todos os efeitos dele esperados: é extinto o vínculo jurídico entre o Estado e o servidor, que passa à inatividade, cujo regime jurídico é diverso, com direitos e obrigações distintos; e o cargo passa a ser considerado vago, com a sua disponibilidade para admissão de outro servidor mediante concurso.
>
> Já o ato do Tribunal de Contas, no estrito cumprimento do disposto no artigo 71, III, da Constituição Federal, e nos artigos 1º, V, e 39,

13 A tese que propôs, mas que não se sagrou vencedora, estabelece as seguintes diretrizes: "Aplica-se o prazo decadencial de 5 anos à pretensão de denegação do registro do ato de concessão do benefício de aposentadoria, reforma ou pensão, pelo Tribunal de Contas, salvo comprovada má-fé, iniciando-se o respectivo termo inicial na data da publicação do ato normativo que concede o benefício pela autoridade competente".

> ambos da Lei 8.443/92, tem o fito de apreciar, a posteriori, a legalidade do ato de concessão inicial para fins de registro. Nessa atuação, o TCU exerce o controle externo de legalidade dos atos da Administração e, como bem pontuou o Procurador-Geral em seu parecer, caso constate irregularidade ou ilegalidade não poderá retificá-lo ou alterá-lo, mas apenas negar-lhe o registro, comunicando à autoridade competente que proceda à revisão e à retificação ou alteração necessárias à conformação do ato com a lei.

O voto divergente proferido pelo Ministro Edson Fachin – que, ao final, acabou aderindo à conclusão do voto reajustado do Ministro Relator –, parte da premissa de que a *função de controle*[14], exercida pelos Tribunais de Contas, tem natureza declaratória (e não constitutiva), ou seja, não integra, nem completa o ato, apenas condiciona a sua executoriedade. Sendo assim, o ato é perfeito desde a sua expedição pelo órgão administrativo-previdenciário, espraiando efeitos precários sobre a ordem jurídica, de maneira que a sua executoriedade definitiva fica condicionada ao julgamento e registro pelo Tribunal de Contas. Nas palavras do Ministro, "a legalidade (ou validade) é atributo de atos que existem, é dizer, reconhecendo-se que o papel do Tribunal de Contas é o de apreciar a legalidade ou a validade dos atos sujeitos ao seu ato de registro, não é possível que se considere essa manifestação como uma vontade componente do ato anterior ou um requisito para a sua formação".

Conquanto não tenha sido suficiente para superar o entendimento tradicional da Suprema Corte quanto à classificação do ato de aposentadoria como ato complexo[15], não se pode deixar de reconhecer que o profícuo voto proferido pelo Ministro Edson Fachin serviu de baliza para dar nova coloração ao regime jurídico a que este específico ato administrativo está submetido.

Nesta perspectiva de análise, cumpre rememorar que, em razão da classificação como ato complexo, prevalecia no STF a compreensão segundo a qual o registro do ato de aposentadoria não estaria submetido ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999 (ou em qualquer outro diploma normativo). O único efeito da superação do prazo quinquenal seria a necessidade de se garantir ao servidor interessado o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer supressão do

14 Que não se confunde com a função de aprovação, pela qual a autoridade superior colabora na feitura do ato, participando de sua produção.

15 O STF claramente optou por manter a sua jurisprudência tradicional diante do receio das consequências que a superação poderia causar nos atos de controle exercidos pelas Cortes de Contas.

poder da Administração Pública de exercer o controle de legalidade, o qual não estaria sujeito a qualquer prazo.

Não foi sempre assim, entretanto. De fato, a concessão do contraditório e da ampla defesa era algo tido por *dispensável* em qualquer hipótese. É o que se depreende do teor da Súmula Vinculante n. 03/STF[16]. O STF possuía o entendimento de, por se tratar de atividade de controle externo, incidente sobre conduta estatal que ainda não se aperfeiçoou (ato jurídico imperfeito, portanto), as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa não deveriam incidir nos procedimentos de julgamento de legalidade de aposentadoria, os quais, por essa razão, se realizavam junto aos Tribunais de Contas sem a participação dos interessados e sem submissão a qualquer prazo decadencial.

Por essa linha de raciocínio, o servidor aposentado poderia ter a sua esfera jurídica afetada, mesmo após décadas de inatividade, sem sequer poder participar em contraditório do procedimento administrativo cujo desfecho poderia resultar, por exemplo, em determinação de retorno às suas funções ou supressão considerável dos seus proventos de aposentadoria.

Diante da gravidade da situação e da insegurança jurídica gerada, a Suprema Corte, nos autos do MS n. 25.116/DF, julgado em 2010, Ministro Relator Ayres Britto[17], evoluiu para afirmar que, a despeito de

16 Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

17 Eis o conteúdo da ementa desse julgado: "EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA DE REGISTRO A APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O impetrante se volta contra o acórdão do TCU, publicado no Diário Oficial da União. Não exatamente contra o IBGE, para que este comprove o recolhimento das questionadas contribuições previdenciárias. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. 2. Infundada alegação de carência de ação, por ausência de direito líquido e certo. Preliminar que se confunde com o mérito da impetração. 3. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da aposentadoria, consolidou afirmativamente a expectativa do ex-servidor quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 4. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupal. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 5. *O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o*

não se sujeitar o procedimento de concessão inicial de aposentadoria a prazo decadencial, o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, a contar da chegada do processo no Tribunal de Contas, imporia a este a necessidade de observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade.

Mitigou-se, assim, os efeitos da Súmula Vinculante n. 03.

Com o mesmo propósito, qual seja, conferir maior segurança jurídica e legitimidade às decisões dos Tribunais de Contas, o STF, em nova mitigação dos efeitos da súmula vinculante, estabeleceu que o contraditório também é elemento essencial do procedimento de controle externo de legalidade quando ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado da concessão inicial da aposentadoria pelo órgão previdenciário, hipótese na qual não se pode negar o registro sem a prévia oitiva do servidor interessado, mesmo que o procedimento tenha ingressado no Tribunal de Contas a menos de 05 (cinco) anos (vide MS n. 24.781/DF, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes).

Ilustra essa compreensão do tema o seguinte precedente:

> AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIA CONCEDIDA HÁ MAIS DE 10 ANOS. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - *A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da necessidade de o Tribunal de Contas da União conferir o direito ao contraditório e à ampla defesa quando a análise da legalidade do ato ultrapassar 10 anos da concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Mitigação da Súmula Vinculante* 3. Precedentes. III - Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 37177 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021).

Nesta contextura, depreende-se que, em um primeiro momento, o contraditório foi tido por dispensável. Posteriormente, a jurisprudência

exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno qüinqüenal, a contar da aposentadoria, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 6. Segurança concedida. (MS 25116, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107)".

evoluiu para assentar que o servidor beneficiário do ato de aposentadoria teria direito ao contraditório e à ampla defesa nas hipóteses em que o julgamento ocorresse há mais de 05 (cinco) anos contados do ingresso do processo na respectiva Corte de Contas. A partir do julgamento do MS n. 24.781/DF, estabeleceu-se a necessidade de conferir o direito ao contraditório também nos casos em que a análise da legalidade do ato ultrapassar 10 (dez) anos da concessão inicial. Confira-se a ementa desse importante julgado:

> Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). II – A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por

> reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU. (MS 24781, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2011, DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 EMENT VOL-02540-01 PP-00018).

Com o julgamento do RE n. 636.553/RS, deu-se um novo passo em prol da segurança jurídica, progredindo a jurisprudência da Corte Constitucional para assentar, agora, a seguinte tese vinculante: "*em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas*".

Busca-se, com esse novo balizamento do procedimento de concessão de aposentadoria, garantir a estabilidade das situações jurídicas formadas a partir da manifestação de vontade do próprio Poder Público, situações marcadas pela aparência de legitimidade perante os servidores, haja vista a presunção de legalidade que milita em favor dos atos administrativos. A confiança depositada pelo servidor no ato formal que lhe concede a aposentadoria impõe limites à atividade de controle exercida pelos Tribunais de Contas.

Restou superada, assim, a ideia até então vigente de que o Tribunal de Contas poderia exercer a atividade de controle de legalidade e negar o registro da aposentadoria sem se sujeitar a qualquer prazo. Agora o prazo é de 05 (cinco) anos contado da chegada do processo administrativo ao Tribunal de Contas. Como a premissa adotada é de que o ato de concessão inicial de aposentadoria é complexo, rechaçou-se a incidência do art. 54 da Lei n. 9.784/1999, buscando o STF, por analogia, o prazo quinquenal do Decreto-Lei n. 20.910/1932 como diretriz a ser observada pelos Tribunais de Contas em suas atividades de registro do ato de aposentadoria.

Como pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes nas razões de decidir, "se o administrado tem o prazo de 5 anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também podemos considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, teria o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado".

O novo entendimento encampado pelo STF, sem dúvidas, aproxima cada vez mais a concessão inicial de aposentadoria à categoria dos atos simples.

De todo modo, a despeito dessa aproximação, em função da manutenção do entendimento de que se trata de ato complexo, não houve

avanço em relação às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, cuja dispensabilidade, em regra, foi mantida.

Nessa linha de intelecção, ou o Tribunal de Contas exerce as suas competências constitucionais dentro do lustro legal, dispensado o contraditório prévio, mesmo que seja para negar o registro da aposentadoria; ou o ato será registrado de forma tácita, pelo decurso de tempo, hipótese em que novamente não há necessidade de oportunizar ao interessado o contraditório ou a ampla defesa, por razões óbvias: falta de interesse, por se tratar de decisão favorável.

O contraditório, entretanto, ainda se faz necessário em uma única hipótese: quando a análise da legalidade do ato ultrapassar 10 (dez) anos da concessão inicial, desde que não esgotado o prazo quinquenal contado do ingresso do processo administrativo na Corte de Contas. Por exemplo, se o órgão previdenciário remeter os autos à Corte de Contas após 08 (oito) anos do deferimento da aposentadoria, se não houver registro dentro de 2 (dois) anos, a partir daí deve ser concedido o contraditório. É o que emerge do julgamento proferido nos autos do MS n. 24.781/DF, cujas conclusões ficaram parcialmente prejudicadas pela superveniência do RE n. 636.553/RS.

Caso a jurisprudência tradicional seja superada em julgamentos futuros que aportarem à Suprema Corte, com o consequente enquadramento da concessão de aposentadoria a servidor na categoria dos atos simples, dúvidas não há de que o procedimento de controle externo, materializado no âmbito dos Tribunais de Contas por meio da homologação e registro, deverá guiar-se pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em qualquer hipótese, pois, com essa roupagem, trata-se de ato já aperfeiçoado, cuja revisão em detrimento do interessado não pode se dar sem a sua prévia oitiva.

Lícito concluir, à luz de todas essas considerações, que a classificação como ato administrativo complexo ou simples traz consigo diversas implicações e efeitos jurídicos, com significativa alteração do regime jurídico a que está submetido o ato de aposentadoria. Não se trata, pois, de um debate meramente acadêmico. Daí a razão pela qual o STF preferiu evoluir a jurisprudência, sem, entretanto, romper bruscamente com a compreensão histórica do tema, mantendo-se a ideia da complexidade, porém, mitigando os efeitos dessa classificação para assegurar maior segurança jurídica.

Vale referir, neste ponto, as ponderações tecidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso: "*quando eu estudei esse caso, lá atrás, e tive acesso ao voto do Ministro Gilmar, eu disse que nós deveríamos virar a jurisprudência, mas mexer em jurisprudência é sempre delicado, está consolidada há muito tempo*".

De igual modo, a Ministra Rosa Weber sinalizou a possibilidade de alteração de entendimento em julgamentos vindouros sobre o tema,

ao registrar que "*continuo, por ora, considerando a aposentadoria como ato complexo, mas quem sabe vamos revisitar. Já refleti sobre a possibilidade de enquadramento como ato composto, mas, ao final, reputei inviável. O Ministro Fachin suscitou a ideia de classificar como ato simples. Eu ainda não avanço para afirmar que se trata de ato simples, mas eu vou pensar*".

5 Outros aspectos relacionados à classificação do ato de aposentadoria e as consequências sobre o seu regime jurídico.

Um outro aspecto que merece abordagem diz respeito à questão da desistência da aposentadoria voluntária. Como consabido, em razão do caráter complexo do ato administrativo *sub examine*, a jurisprudência não opõe óbice a que o servidor manifeste desistência do pedido de aposentadoria, desde que tal vontade seja formalizada antes da perfectibilização do ato, o que, como visto, se dá com o julgamento de legalidade pelo Tribunal de Contas. O registro torna o ato perfeito e acabado, plenamente exequível, não sendo possível, a partir desse marco temporal, desistir da aposentadoria já concedida pelo órgão administrativo-previdenciário e homologada e registrada pela Corte de Contas.

Com efeito, uma vez declarada, pelo Tribunal de Contas, no exercício da competência prevista nos artigos 71, inciso III, e 75, da CF/88, em sessão de julgamento marcada pela ampla publicidade, a legalidade e regularidade do ato de concessão inicial (registro), o ato de aposentação se perfectibiliza, tornando-se, assim, impassível de sofrer alteração pela vontade unilateral do servidor, mediante desistência. À luz da teoria da complexidade do ato, a conjugação da vontade do órgão administrativo e do Tribunal de Contas se concretiza com o julgamento do registro do ato concessivo da aposentadoria.

Sendo assim, o julgamento do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas é o limite para a desistência, não tendo a eventual interposição de recurso no âmbito do procedimento de registro o condão de devolver ao servidor interessado o direito de desistir de ato já registrado pela Corte de Contas, especialmente porque eventual reexame ou interposição de embargos de declaração visam integrar o ato, e não torná-lo insubsistente.

A própria tese vinculante firmada pelo STF no RE n. 636.553/RS confirma o que se vem de aludir, isto é, de que o que importa para a ultimação do ato de registro é o julgamento da questão pelo Tribunal de Contas em sessão pública. Isso porque, ao se reportar expressamente ao julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria como fato impeditivo à consumação do prazo decadencial, o STF dei-

xou claro que o registro da aposentadoria se dá neste momento, e não quando se dá a publicação do respectivo acórdão ou do julgamento de eventuais recursos ou pedido de reexame.

De outro lado, a qualificação da aposentadoria como ato simples torna esse prazo de desistência mais estreito, já que neste caso o aperfeiçoamento do ato se dá com o deferimento da aposentadoria pelo órgão previdenciário, marco a partir do qual não mais seria possível desistir. Com essa classificação, o procedimento de registro conduzido pelo Tribunal de Contas deixa de ter relevância para fins de balizamento da desistência.

Outra questão interessante imbricada com o tema, agora de viés administrativo, diz respeito à possibilidade de o servidor permanecer em atividade até o registro de sua aposentadoria (voluntária) pelo Tribunal de Contas. Essa possibilidade está prevista, por exemplo, no art. 25, § 3º, da Lei Complementar n. 282/2004, do Estado do Espírito Santo[18]. A faculdade legal se sustenta à luz da teoria do ato complexo, porém, não no caso de qualificação como ato simples, considerando que o aperfeiçoamento, neste caso, se dá com a expedição do decreto pelo órgão administrativo, operando-se a partir daí a vacância do cargo e a extinção da relação funcional.

Deveras, admitir a manutenção na titularidade de cargo público de servidor que teve a sua aposentadoria voluntária deferida por ato jurídico perfeito, parece contrastar com o princípio do concurso público. Essa é a tese vinculante que emerge do julgamento proferido nos autos do RE n. 1.302.501, submetido à sistemática da repercussão geral, fixada nos seguintes termos: "*O servidor público aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, com previsão de vacância do cargo em lei local, não tem direito a ser reintegrado ao mesmo cargo no qual se aposentou ou nele manter-se, por violação à regra do concurso público e à impossibilidade de acumulação de proventos e remuneração não acumuláveis em atividade*" (Tema 1.150).

Apesar de o precedente se referir a servidor aposentado pelo regime geral de previdência social (pela ausência de regime próprio mantido pelo ente público ao qual está vinculado), não se vislumbra *fator de discrímen* capaz de legitimar tratamento diferenciado para os servidores aposentados pelo regime próprio de previdência social. Sendo

18 Art. 25. O requerimento de aposentadoria voluntária será precedido de verificação do tempo de contribuição, apurado pelo IPAJM e expresso em Declaração de Tempo de Contribuição. (nova redação dada pela Lei Complementar n. 539/2009) [...]§ 3º O segurado que requerer a aposentadoria, na forma deste artigo, afastar-se-á do exercício de suas funções a partir da data de protocolização do pedido ou da data do ato de afastamento, quando for o caso, data esta em que passará a vigorar a aposentadoria, podendo o segurado permanecer em atividade, mediante pedido deste e a critério da Chefia imediata, até o registro do ato pelo Tribunal de Contas, observadas as regras sobre aposentadoria compulsória (nova redação dada pela Lei Complementar n. 917/2019).

assim, também em relação a eles a manutenção na titularidade do cargo ofende o princípio do concurso público.

Prosseguindo na análise, sob uma perspectiva processual, tem-se, ainda, que a classificação da aposentadoria como ato simples traz implicações no polo passivo do mandado de segurança. Com essa configuração, fica dispensada a formação do litisconsorte passivo necessário, dada a independência dos atos expedidos pelo órgão previdenciário e pela Corte de Contas, cada qual passível de impugnação autônoma e não necessariamente na mesma ação (vide, *a contrario sensu*, MS n. 24.414/DF).

Quanto ao prazo decadencial para impetração da ação mandamental, no ato complexo a contagem se inicia apenas com a fusão da manifestação de vontade dos órgãos estatais, marco a partir do qual se considera aperfeiçoada a aposentadoria (vide MS n. 22.323/SP). Obviamente, nada impede a impetração preventiva. Na hipótese de enquadramento na categoria dos atos simples, o prazo decadencial para impetração deve ser contado a partir da expedição do ato de concessão da aposentadoria pelo órgão administrativo, sem prejuízo, claro, de que o ato do Tribunal de Contas que nega o registro possa também ser objeto de questionamento em ação própria.

Por derradeiro, e talvez aqui resida o maior impacto sobre as atividades de controle externo, a capitulação como ato simples implica em reconhecer o dia da publicação do decreto de concessão da aposentadoria como o termo inicial do prazo decadencial para julgamento da legalidade desse ato; enquanto a sua subsunção na categoria dos atos complexos admite que o prazo de controle somente se inicie a partir do momento em que o respectivo processo administrativo ingressa nas dependências do Tribunal de Contas.

Uma última observação: é preciso estar atento para não confundir o exercício do poder de autotutela (anulação de ato perfeito, registrado pelo Tribunal de Contas) com o ato de controle de legalidade pelo Tribunal de Contas (homologação e registro). Naquela hipótese, é incontroversa a necessidade de observância, pelo Tribunal de Contas, do contraditório e da ampla defesa, além do cumprimento do prazo decadencial da Lei n. 9.784/1999. O mesmo não se sucede em relação ao ato de registro, cujo regime jurídico é diverso, conforme demonstrado acima.

6 Conclusão

Em tom conclusivo, percebe-se que a jurisprudência do STF caminha a passos largos para, em futuro breve, reconhecer o ato de concessão inicial de aposentadoria a servidor como ato simples, rompendo

com sua tradição histórica que sempre se pautou por lhe emprestar feição de ato complexo.

Entrementes, ainda prevalece o entendimento de que se cuida de ato complexo, com regime mitigado pelas recentes decisões proferidas que submeteram o exercício do controle de legalidade da aposentadoria a prazo decadencial e ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa).

A alteração da natureza jurídica do ato de aposentadoria (de complexo para simples) trará impactos significativos na rotina dos órgãos administrativos e, em especial, das Cortes de Contas. A Administração Pública precisa se preparar para essa nova realidade que se avizinha, devendo aparelhar seus órgãos com instrumentos eficientes para que a concessão e controle da aposentadoria se dê em tempo hábil, evitando, assim, o desperdício de dinheiro público.

Deixo, aqui, por fim, minha singela homenagem a uma pessoa que, embora não esteja mais entre nós no plano material, ainda nos inspira no plano espiritual com sua bondade, gentileza, lealdade e amizade. Ao amigo Cézar Pontes Clark, com o mesmo carinho que ele nos dedicava em nossos encontros pelos corredores da Procuradoria-Geral do Estado!

7 Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo esquematizado*. 1ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª Ed. Barueri: São Paulo, 2021.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato Administrativo e Interesse Público*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEVIN, Eduardo. *Considerações sobre o regime jurídico dos atos concessivos de aposentadoria do servidor público*. *Revista Internacional de Direito Público - RIDP*, ano 7, n. 8, jan./jun. 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. *Direito Administrativo*. 34ª. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

1.12

A COBRANÇA DO ICMS-DIFAL NO EXERCÍCIO DE 2022 E O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE

PÉRICLES FERREIRA ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Notas sobre o Re 1.287.019 (Tema 1093), com destaque para a modulação de efeitos e a validade das Leis Estaduais. 3 Da não incidência do Princípio da Anterioridade. Inconstitucionalidade da remissão ao art. 150, III, da CF, feita pelo art. 3º da LC 190/2022. 4 Conclusão. 5 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS-DIFAL – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ANUAL E NONAGESIMAL – LEI COMPLEMENTAR - NORMAS GERAIS.

RESUMO: O objeto deste estudo é revelar que não incide o princípio da anterioridade, permitindo-se a arrecadação do ICMS-DIFAL já no exercício de 2022, desde o advento da Lei Complementar 190, publicada em 05/01/2022, embora instituído o tributo por lei estadual anterior ao termo final da modulação de efeitos determinada no julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093).

PRÓLOGO

Deixo registrado, com este estudo, minha admiração pelo amigo e colega Cezar Pontes Clark, que, infelizmente, nos deixou precocemente. Ele exerceu papel decisivo na Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, cuidando da defesa do interesse público, entre muitas outras importantes demandas, nas áreas atinentes ao ICMS-DIFAL até o julgamento do Tema 1093 pelo STF. Com o referido julgamento, e a posterior publicação da LC 190/2022, novas questões surgiram, as quais são enfrentadas nesta contribuição.

1 Introdução

Com a promulgação da Emenda Constitucional 87/2015, que dá nova redação aos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, passou a ter respaldo constitucional a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final,

* Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Procurador do Estado do Espírito Santo.

cabendo ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.

Em seguida, o denominado Diferencial de Alíquota, ou DIFAL, resultou regulamentado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) com a celebração do Convênio ICMS 93/2015, de modo que os Estados e o Distrito Federal cuidaram de exercer suas competências tributárias quanto à matéria, efetivamente instituindo o imposto por lei local.

Em 24/02/2021, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário 1.287.019, referente ao Tema 1093, em conjunto com a ADI 5.469, reputou inconstitucional a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS antes da edição de lei complementar veiculando normas gerais, nestes termos, declarando a inconstitucionalidade das cláusulas do referido Convênio ICMS atinentes à cobrança do ICMS-DIFAL.

Na oportunidade, porém, o Tribunal decidiu pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo que a decisão apenas produziria efeitos a partir do exercício financeiro seguinte ao julgamento (ou seja, a partir de 2022), declaradamente, para conferir tempo hábil ao Congresso Nacional para a edição da indispensável lei complementar.

A Lei Complementar 190, publicada em 05/01/2022, que altera a Lei Complementar 87/1996 para estabelecer normas gerais sobre a cobrança do ICMS-DIFAL, supriu a exigência de lei complementar de normas gerais.

Todavia, fez nascer controvérsia sobre a incidência do princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal), previsto no art. 150, III, "b" e "c", da Constituição Federal e, pois, sobre a legitimidade da arrecadação do ICMS-DIFAL já no exercício de 2022 (ano de publicação da lei complementar).

Em complemento, passa-se a questionar sobre a constitucionalidade das leis estaduais instituidoras do ICMS-DIFAL antes do advento da Lei Complementar 190/2022, com fulcro em interpretação apressada e equivocada da ementa do RE 1.287.019 (Tema 1093), sem dúvida, dissociada da leitura do inteiro teor do acórdão. Afirma-se que a invalidade (*i.e.*, nulidade por inconstitucionalidade) da lei estadual que cria o tributo impediria a sua cobrança sem respeito à anterioridade anual e nonagesimal a contar da vigência de uma nova lei estadual de mesmo conteúdo.

No essencial, são essas as teses que têm fundamentado centenas – talvez milhares – de ações judiciais propostas para evitar a cobrança do ICMS-DIFAL no exercício de 2022, muitas com liminares deferidas para suspender a exigibilidade do crédito tributário. Além disso, resultaram propostas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, registradas sob os números 7066, 7070, 7078 e 7075, tendo por objeto basicamente a mesma questão, todas em tramitação no Supremo Tribunal Federal. Indiscutível, portanto, a relevância do tema.

O objeto deste trabalho é demonstrar que na situação esboçada não incide o princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal), permitindo-se a arrecadação do ICMS-DIFAL já no exercício de 2022, desde o advento da Lei Complementar 190, publicada em 05/01/2022, ainda que instituído o tributo por lei estadual anterior ao termo final da modulação de efeitos determinada no julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093).

2 Notas sobre o RE 1.287.019 (Tema 1093), com destaque para a modulação de efeitos e a validade das Leis Estaduais

Em 24/02/2021, o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, por força da afetação do Tema 1093, no Recurso Extraordinário 1.287.019 – correspondente ao Agravo em Recurso Extraordinário 1.237.351 – apreciado em conjunto com a ADI 5.469, concluiu o julgamento fixando a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais".

A modulação de efeitos, decidida pelo Tribunal, foi registrada no item 6 da ementa do acórdão do RE 1.287.019, cuja transcrição é conveniente.

> "6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, *quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022)*, exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso".[1]

1 Esta é a ementa do RE 1.287.019 (Tema 1093): "Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e

Os votos e debates sobre a modulação de efeitos constam das p. 188-202 do acórdão do RE 1.287.019 (Tema 1093), sendo sintetizados no ajuste de voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, na p. 57. Leia-se as seguintes passagens do referido voto, responsável pelo entendimento que prevaleceu sobre a modulação:

> "Proponho a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para estabelecer que a decisão produza efeitos, (i) quanto à cláusula nona, desde a concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, (ii) *quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022).*
>
> *A mesma solução julgo ser necessária em relação à lei do Distrito Federal e, a fortiori, às leis dos demais estados*. Em relação a elas, proponho que a decisão produza efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos devem retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF".[2]

parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. 1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna. 2. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. 3. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/2015 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, à luz do art. 146, inciso III, d, e parágrafo único, da Constituição Federal. 4. Tese fixada para o Tema nº 1.093: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais". 5. Recurso extraordinário provido, assentando-se a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/1, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte. 6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso".

2 STF, RE 1.287.019 (Tema 1093), extraído do ajuste de voto sobre modulação de efeitos, do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, p. 57. Ver também o voto sobre a modulação na p. 188.

No entanto, o conteúdo da modulação de efeitos só pode ser bem compreendido quando se considera em conjunto a leitura da fundamentação da decisão sobre a modulação, explicitada no voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli.

Primeiro, invocando como precedente o RE-AgR 917.950/SP, no qual o STF entendeu que leis estaduais editadas com o propósito de cobrança do ICMS após a EC 33/2001 e antes da LC 114/2002 – que dispôs sobre o ICMS-Importação – "seriam válidas, mas só produziriam efeitos a partir da vigência desta Lei Complementar, no que fossem com ela compatíveis"[3].

Segundo, o Ministro afirma que tal orientação foi fixada como tese do Tema 1094, no julgamento do RE 1.221.330 – ainda sobre o ICMS-Importação – sendo na sistemática da repercussão geral definido que "as leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002"[4].

Em seguida, o Min. Dias Toffoli confirma a aplicação ao caso concreto da orientação dos citados precedentes:

> *"E, aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto* ***são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar*** *dispondo sobre o assunto.*
>
> Essa orientação, contudo, não se aplica às leis estaduais ou do Distrito Federal naquilo em que buscaram disciplinar a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, a qual diz respeito às empresas optantes do Simples Nacional. Isso porque a referida cláusula, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/15 aos optantes do Simples Nacional, adentrou no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte".[5]

3 STF, RE 1.287.019 (Tema 1093), voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, p. 38-39.

4 STF, RE 1.287.019 (Tema 1093), voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, p. 39-40.

5 STF, RE 1.287.019 (Tema 1093), voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, p. 40.

Nestes termos, o que se deve entender da ementa (item 6), e da própria certidão de julgamento, uma vez efetuada uma leitura em conjunto com o voto prevalecente, é que a Corte Constitucional determinou, com a modulação temporal, quanto às leis dos estados e do Distrito Federal que instituíram o ICMS-DIFAL, o sobrestamento de seus efeitos a partir do exercício seguinte à conclusão do julgamento (ou seja, 2022), e apenas enquanto não editada a necessária lei complementar de normas gerais dispondo sobre o assunto.

Nos limites do diálogo institucional inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da modulação de efeitos do RE 1.287.019 (Tema 1093), o Poder Legislativo publicou, em 05/01/2022, a Lei Complementar 190, que altera a Lei Complementar 87/1996 para estabelecer normas gerais sobre a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

Antes, porém, os Estados editaram normas tratando do tema, as quais permanecem válidas, embora suspensos os seus efeitos assim que finalizado o período abrangido pela modulação de efeitos e até a edição da Lei Complementar 190, em 05/01/2022. Não se revelando relação de contrariedade entre a legislação estadual anterior e a LC 190/2022, tem-se que o diploma normativo estadual é válido e apto a produzir efeitos desde a publicação da citada lei complementar. Ou seja: faltava, apenas, a intermediação de lei complementar para a cobrança do tributo (eficácia da norma estadual), o que se resolve com a LC 190/2022.

O raciocínio que serve de fundamento para essa conclusão passa por resolver a questão no plano da eficácia, e não no plano da validade (*i.e.*, constitucionalidade). Ou seja, afirma-se que a lei estadual editada antes da lei nacional de normas gerais é válida, porém ineficaz. Essa orientação prevaleceu no STF desde o julgamento do RE 1.221.330, no qual sobre questão congênere se fixou a tese de repercussão geral do Tema 1094: "As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002". Leia-se a ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 1094 DA REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS INCIDENTE NA IMPORTAÇÃO DE BENS E MERCADORIAS, POR PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA, COM BASE EM LEI ESTADUAL EDITADA POSTERIORMENTE À PROMULGAÇÃO DA EC Nº 33/2001, PO-

> RÉM ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 114/2002. POSSIBILIDADE.
>
> 1. A jurisprudência desta CORTE, no julgamento do RE 439.796-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 171), fixou a orientação de que, "após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços".
>
> 2. *Tal imposição tributária depende da edição de lei complementar federal; publicada em 17/12/2002, a Lei Complementar 114 supriu esta exigência*.
>
> 3. *As* ***leis ordinárias estaduais*** *que previram o tributo após a Emenda 33/2001* ***e antes da entrada em vigor da LC*** *114/2002* ***são válidas, mas produzem efeitos apenas a contar da vigência da referida lei complementar***.
>
> 4. No caso concreto, o tributo é constitucional e legalmente devido com base na Lei Estadual 11.001/2001, cuja eficácia teve início após a edição da LC 114/2002.
>
> 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento, de modo a denegar a segurança, restabelecendo a sentença de primeiro grau. Atribuída repercussão geral a esta matéria constitucional e *fixada a seguinte tese de julgamento*: "I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal. II - *As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002"*[6].

Portanto, pode-se dizer que o tema é pacífico na Corte Constitucional, fixado no sentido de que as Leis Estaduais instituidoras de tributos editadas antes de indispensável lei complementar tributária não são inconstitucionais, mas apenas ineficazes até a edição da norma geral. É dizer, trata-se de normas válidas cujos efeitos são sobrestados enquanto não vigorar a lei complementar.

6 STF, RE 1.221.330, Tema 1094, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020. Há outras decisões no mesmo sentido, citadas pelo Relator do RE 1.221.330 (Tema 1094), a saber, RE-AgR 917.950, RE-AgR 1.158.224, RE 1.206.653, RE 1.212.180, RE 1.158.379, RE 1.063.250, RE 1.097.569 e ARE 933.069.

3 Da não incidência do princípio da anterioridade. Inconstitucionalidade da remissão ao art. 150, iii, da CF, feita pelo art. 3º da LC 190/2022

A publicação, apenas em 05/01/2022, da Lei Complementar 190/2022, fez surgir controvérsia sobre a incidência do princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal), hipótese cogitada com base em interpretação extensiva das regras do art. 150, III, "b" e "c", da CF pela qual se pressupõe que a *instituição* do imposto ocorre não só pela lei ordinária do ente político titular da competência tributária como também, em conjunto, pela edição da lei complementar de normas gerais.

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> III - cobrar tributos:
>
> b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
>
> c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

O debate se torna ainda mais interessante ao se considerar a remissão ao art. 150, III, "c", da CF, feita pelo art. 3º da LC 190/2022, expressando o entendimento do legislador federal na linha de que se revela aplicável à situação em tela o princípio da anterioridade nonagesimal.

> Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea "c" do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal.

A omissão legislativa quanto à alínea "b" do inciso III do citado art. 150, não referido no mencionado art. 3º, levou a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (ABIMAQ) a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, registrada sob o nº 7066 e distribuída ao Min. Alexandre de Moraes, buscando seja atribuída interpretação conforme à Constituição ao art. 3º da LC 190/2022, no sentido de que seja observado também o princípio da anterioridade de exercício e, pois, seja obstada a produção de efeitos (cobrança do ICMS-DIFAL) antes do exercício de 2023.

Por sua vez, o Governador do Estado de Alagoas ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, registrada sob o nº 7070, igualmente distribuída ao Min. Alexandre de Moraes, com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da remissão ao art. 150, III, da CF, feita pelo acima transcrito art. 3º da LC 190/2022, bem assim do § 4º do art. 24-A da LC 87/1996, introduzido pela mesma LC 190/2022.[7-8]

Depois disto, com idêntico objeto e distribuídas por dependência, resultaram propostas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7078, pelo Governador do Ceará, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7075, pelo SINDISIDER, esta última extinta sem julgamento do mérito.

As medidas cautelares requeridas em todas essas ações foram indeferidas pelo Ministro Relator; no caso das liminares requeridas pelos Estados, por supostamente não se caracterizar o perigo na demora em razão do decurso de tempo desde a edição da norma[9].

Nos termos da petição inicial da ADI 7070, a inconstitucionalidade do art. 3º da LC 190/2022 e do § 4º do art. 24-A da LC 87/1996, introduzido pela mesma LC 190/2022, repousa, em apertado resumo, nos seguintes argumentos.

Primeiro, violação ao pacto federativo e às regras de competência tributária, consistente na extrapolação dos limites constitucionais da competência legislativa federal para editar normas gerais em matéria tributária (art. 146, III), uma vez que tal limitação temporal ao exercício da competência tributária dos Estados não decorre do princípio constitucional da anterioridade e sua observância não pode ser obra injustificada do legislador de normas gerais.

É certo que a competência legislativa da União sobre os impostos dos Estados se restringe à produção de normas gerais, cabendo aos entes subnacionais a competência legislativa para instituir os tributos

---

7 Este é o texto legal: Art. 24-A. Os Estados e o Distrito Federal divulgarão, em portal próprio, as informações necessárias ao cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, nas operações e prestações interestaduais, conforme o tipo. § 4º Para a adaptação tecnológica do contribuinte, o inciso II do § 2º do art. 4º, a alínea "b" do inciso V do caput do art. 11 e o inciso XVI do caput do art. 12 desta Lei Complementar somente produzirão efeito no primeiro dia útil do terceiro mês subsequente ao da disponibilização do portal de que trata o caput deste artigo.

8 Registre-se que o CONFAZ lançou o Portal Nacional do DIFAL (https://difal.svrs.rs.gov.br/inicial), consoante regulamentado pelo Convênio CONFAZ 235/2021, o que não torna desimportante compreender-se a inconstitucionalidade da previsão do art. 24-A, § 4º, que restringe a competência tributária dos Estados sem respaldo na Constituição Federal. De fato, a se reputar válida a norma, seria criado período de graça coincidente com a anterioridade nonagesimal, o que não é legítimo, como será demonstrado no texto.

9 A Decisão, de 17/05/2022, apresenta a seguinte fundamentação quanto a pleito de cautelar dos Estados: "Em relação ao pedido de medida cautelar formulado pelos Estados de Alagoas e Ceará quanto ao art. 3º da LC 190/2022, no que faz referência ao art. 150, III, "c", da CF, deve-se reconhecer que o decurso de mais de 90 dias desde a edição da norma descaracteriza a presença do requisito do periculum in mora, necessário para a apreciação desse pedido em sede provisória" (p. 18 da peça 177 do processo).

que lhes são constitucionalmente conferidos. Assim, é também correto afirmar que não há fundamento constitucional para que no exercício da edição de normas gerais o Poder Legislativo Federal possa limitar temporalmente a eficácia das normas estaduais, sob pena de se permitir verdadeira isenção heterônoma do ICMS pela União, o que é proibido pelo art. 151, III, da CF[10].

Segundo, ofensa ao disposto nos arts. 99 e 113 do ADCT, este por faltar estimativa do impacto orçamentário e financeiro da renúncia de receita de tributo já arrecadado desde o exercício de 2015, e aquele (art. 99) na medida em que a EC 87/2015 não condicionou a cobrança do ICMS-DIFAL à instituição de plataforma centralizado ou a qualquer prazo futuro[11].

Além disso, o elemento temporal inserido é despropositado e ofende os princípios da razoabilidade, na acepção da proibição de excesso, e da proporcionalidade, quando sopesados os bens jurídicos em conflito. Precisamente por ser arrecadado desde 2015, é que não se revela nem racional nem necessário conferir maior previsibilidade aos contribuintes em detrimento da arrecadação tributária.

Terceiro, violação aos princípios da unidade político-econômica e da vedação ao tratamento tributário diferenciado, em desprestígio da igualdade regional e da livre concorrência, pois as operações internas com consumidor final permanecerão oneradas integralmente com o ICMS enquanto as operações interestaduais, notadamente as de *e-commerce*, serão beneficiadas com a incidência exclusiva da alíquota do Estado produtor.

É evidente o prejuízo para o setor produtivo dos Estados habitualmente destinatários, que perde sua capacidade de concorrência. Assim, o tratamento disforme do ICMS, inaugurado pelo art. 3º da LC 190/2022 e pelo § 4º do art. 24-A da LC 87/1996, acentua a desigualdade regional

10 Art. 151. É vedado à União: III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

11 Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção: I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem; II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem; III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem; IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem; V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino.

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

ao dificultar a operação dos agentes econômicos localizados em Estados menos desenvolvidos, contrariando os arts. 151, I, e 152 da CF.

Esses argumentos são relevantes. Mas não é só isso.

Há, pelo menos, outras duas linhas de raciocínio talvez ainda mais significativas, as quais evidenciam a não incidência do princípio da anterioridade.

Em primeiro lugar, o fato de que o princípio constitucional em apreço tem por objeto a publicação da lei do ente político titular do imposto, é dizer, a lei ordinária que efetivamente institui ou aumenta o tributo. Uma interpretação extensiva de seu conteúdo para alcançar as leis complementares de normas gerais se revela inapropriada não só por ignorar a literalidade do preceito constitucional como também por resultar em ampliação de norma restritiva do poder-dever constitucional de arrecadar o tributo.

A este propósito, cabe notar que não se trata nem mesmo de pretender restrição da norma constitucional e, sim, de corresponder a letra ao espírito da norma. Com as palavras de Maria Helena Diniz:

> "Ter-se-á então a *interpretação declarativa* apenas quando houver correspondência entre a expressão linguístico-legal e a *voluntas legis*, sem que haja necessidade de dar ao comando normativo um alcance ou sentido mais amplo ou mais restrito. Tal ocorre porque o sentido da norma condiz com a sua letra, de modo que o intérprete e o aplicador tão-somente declaram que o enunciado normativo contém apenas aqueles parâmetros que se depreendem de sua letra"[12].

Em segundo lugar – e, sem dúvida, mais relevante –, o art. 150, III, "b" e "c", da CF está imbricado com o princípio da segurança jurídica, notadamente com a vertente da previsibilidade, sendo certo que as suas diretrizes não são ameaçadas pela continuidade da cobrança do ICMS-DIFAL, que já está presente em nossa ordem jurídica desde 2015.

Além disso, tendo sido a cobrança do ICMS-DIFAL chancelada pelo STF até o final do período da modulação de efeitos, vê-se que os contribuintes nunca deixaram de recolher o ICMS-DIFAL, sendo dispensável qualquer interregno para o conhecimento da legislação. Trabalhar contra a segurança jurídica seria decidir por dispensar a cobrança do tributo que vem de longa data sendo recolhido, sem nenhuma preocupação com a saúde financeira e orçamentária dos entes públicos.

12 *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 441.

A propósito da interdependência entre o princípio da anterioridade e o princípio da segurança jurídica, Roque Antônio Carrazza assevera:

> "Não devemos perder de vista que por trás do princípio da anterioridade está o princípio da segurança jurídica (que logo adiante estudaremos). É ele que lhe serve de apoio e lhe revela as reais dimensões.
>
> O que estamos tentando significar é que o princípio da anterioridade é o corolário lógico do princípio da segurança jurídica. Visa a evitar surpresas para o contribuinte, com a instituição ou a majoração de tributos no curso do exercício financeiro.
>
> De fato, o princípio da anterioridade veicula a ideia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa (que afronta a segurança jurídica dos contribuintes). Ele impede que, da noite para o dia, alguém seja colhido por nova exigência fiscal. É ele, ainda, que exige que o contribuinte se depare com regras tributárias claras, estáveis e seguras. E, mais do que isso: que tenha conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, justamente para que possa planejar, com tranquilidade, sua vida econômica"[13].

Em sentido semelhante, Leandro Paulsen, com o apoio de Humberto Ávila, obtempera:

> "A anterioridade é garantia de conhecimento antecipado da lei tributária mais gravosa. Não se trata apenas de prover previsibilidade ou não surpresa. HUMBERTO ÁVILA diz que, ´em vez de previsibilidade, a segurança jurídica exige a realização de um estado de calculabilidade. Calculabilidade significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente"[14].

Esta conexão com a segurança jurídica, que delimita o sentido da anterioridade, é reconhecida pela jurisprudência do STF.

Tanto que resultou editada a Súmula Vinculante 50: "Norma legal que altera o prazo de recolhimento da obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade", pois não constatado acréscimo na carga tributária embora nítido o agravamento da situação do contribuinte.

---

13 *Curso de direito constitucional tributário*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 188.

14 *Curso de direito tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 148.

E mais, a Corte Constitucional entende que o termo *a quo* para verificar a anterioridade é a data de edição da medida provisória, mais precisamente a primeira medida provisória da série no caso de reedições (possíveis antes da EC 32/2001), exigindo-se a conversão em lei dentro do exercício para efetivar a cobrança, mas repita-se, contando o período da anterioridade da data de edição da medida provisória e não da conversão em lei[15].

Bem vistas as coisas, impor a observância do princípio da anterioridade contrariaria o propósito do STF ao modular os efeitos do julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093), e a extensão objetiva do julgado ao ressalvar a validade da legislação estadual preexistente. Tudo isto foi feito exatamente para evitar solução de continuidade na cobrança do ICMS-DIFAL. É indubitável que o pronunciamento da Corte Constitucional faculta a arrecadação do ICMS-DIFAL a partir do dia de edição da lei complementar de normas gerais.

Como já demonstrado, o STF, ao decidir e fundamentar o RE 1.287.019 (Tema 1093, concernente ao ICMS-DIFAL) fez expressa referência ao precedente formado no julgamento do RE 1.221.330 (Tema 1094, sobre o ICMS-Importação), sendo que neste último se definiu que "as leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002"[16].

Vale registrar, a orientação que se defende aparece claramente em diversas passagens da ementa e do voto do RE 1.221.330 (Tema 1094, sobre o ICMS-Importação), por exemplo, quando se afirma que "As leis ordinárias estaduais que previram o tributo após a Emenda 33/2001 e antes da entrada em vigor da LC 114/2002 são válidas, mas produzem efeitos apenas a contar da vigência da referida lei complementar" (ementa), e que:

> Em processo no qual se discute questão idêntica, a Segunda Turma desta CORTE, nos autos do RE 917.950-AgR/SP, *declarou a validade da*

15 Leandro Paulsen, *Curso de direito tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 152-153, esclarece: "O STF entende que o termo a quo para verificação da observância da anterioridade é a data da edição da medida provisória, inclusive considerando a primeira medida provisória da séria no caso de reedições (quando as reedições eram possíveis, antes da ED 32/01). Porém, com a ED 32/01, que alterou o regime das medidas provisórias, acresceu-se o § 2º ao art. 62 da CF, com a seguinte redação: ´Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada`. Note-se que a restrição foi posta apenas para a espécie tributária impostos, de maneira que, para as demais espécies tributárias, continua aplicável a orientação do STF".

16 STF, RE 1.287.019 (Tema 1093), voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Dias Toffoli, p. 39-40.

Lei 11.001/2001 do Estado de São Paulo, a partir da vigência da Lei Complementar 114/2002, que regulamentou a Emenda Constitucional 33/2001, uma vez que a referida Lei Estadual teria sido editada durante a vigência da EC 33/2001.

A propósito, por sua exatidão, cito trecho do voto proferido pelo Ilustre Min. GILMAR MENDES, ao qual adiro:

(...)

> Portanto, penso que, conjugando a linha do precedente da Corte, *deve-se compreender que as leis anteriores à Lei Complementar 114/02 e posteriores à EC33/01 não são inconstitucionais.*
>
> *A questão resolve-se no plano da eficácia.*
>
> Vale dizer, *no período após a EC e anterior à Lei Complementar Federal, não haveria inconstitucionalidade, mas tão só ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (vigência da Lei Complementar 114/02), de sorte que seriam insubsistentes créditos tributários advindos de fatos geradores anteriores a tal marco*".

Veja-se a ementa do referido julgado:

> "Direito Constitucional e Direito Tributário. 2. ICMS-Importação. Emenda Constitucional n. 33/2002. Lei Complementar n. 114/2002. 3. *Leis estaduais anteriores à Lei Complementar e posteriores à Emenda Constitucional. Análise no plano da eficácia. Preservação da validade da legislação estadual*. 4. Após a EC 33/2002, houve alteração da competência tributária relativa ao ICMS, a fim de ampliar o sujeito passivo tributário do ICMS-Importação. 5. *A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual editada por ente federativo após a EC 33/2002. Inibe apenas seus efeitos. 6. Ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (data da vigência da Lei Complementar 114/2002)*. 7. Agravo regimental a que se dá provimento." (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Rel. para acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 11/6/2018)".[17]

Como se vê, a técnica consistente em decidir pela constitucionalidade das leis dos estados e do Distrito Federal, suspendendo-lhes a eficácia até a edição de lei complementar, resultou empregada – tanto no atinente ao ICMS-DIFAL como ao ICMS-Importação – precisamente para que a cobrança do tributo seja retomada no dia seguinte ao da

17 STF, RE 1.221.330 (Tema 1094), voto do Rel. p/ Acórdão, Min. Alexandre de Moraes, ementa e p. 19-23.

vigência da lei complementar de normas gerais, portanto, sem observância do princípio da anterioridade.

4 Conclusão

A partir da análise efetuada, pode-se afirmar que é legítima a arrecadação do ICMS-DIFAL já no exercício de 2022, desde o advento da Lei Complementar 190, publicada em 05/01/2022, embora instituído o tributo por lei estadual anterior ao termo final da modulação de efeitos determinada no julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093).

A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade das leis estaduais – editadas posteriormente a Emenda Constitucional 87/2015 – as quais apenas tiveram a sua eficácia suspensa a partir do termo final da modulação de efeitos do RE 1.287.019 (Tema 1093) e até o advento da Lei Complementar 190/2022. Impor a observância do princípio da anterioridade estaria em contraditório ao propósito do STF ao modular os efeitos do julgamento do RE 1.287.019 (Tema 1093).

De resto, não incide na situação em tela o princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal) na proporção em que ele tem por objeto a publicação da lei do ente político titular do imposto, bem assim por sua interdependência com o princípio da segurança jurídica, notadamente com a vertente da previsibilidade, sendo certo que as suas diretrizes não são ameaçadas pela continuidade da cobrança do ICMS-DIFAL e que é dispensável qualquer interregno para o conhecimento da legislação.

Nestes termos, é de se declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da LC 190/2022 e do § 4º do art. 24-A da LC 87/1996, introduzido pela mesma LC 190/2022.

5 Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ESPINOLA, Eduardo. *A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, 6ª ed., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

1.13

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO FISCAL: EXCESSO OU EFETIVIDADE NA BUSCA PELO ADIMPLEMENTO DA DÍVIDA PELO EXECUTADO?

RAQUEL FAGUNDES*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Execução fiscal: busca pela satisfação do crédito exequendo. 3 Conceito e utilidade das medidas executórias atípicas. 4 Divergência sobre a aplicabilidade das medidas executórias atípicas na Execução Fiscal. 5 Prerrogativa ou privilégio da Fazenda Pública no requerimento das medidas executivas atípicas na execução fiscal: análise jurídica do julgamento do HC 453.870-PR pelo Superior Tribunal de Justiça. 6 Do direito fundamental ao crédito exequendo. 7 Do direito a menor onerosidade patrimonial. 8 Princípio da efetividade da execução x princípio da menor onerosidade. 9 O uso das medidas executórias atípicas e a razoável duração do processo fiscal. 10 Conclusão. 11 Referências.

PALAVRAS CHAVE: Execução Fiscal - Medidas Executórias Atípicas - Excesso - Efetividade - Crédito Exequendo - Razoável Duração Do Processo.

1 Introdução

O presente trabalho versa sobre a viabilidade da aplicabilidade das medidas executórias atípicas no âmbito da execução fiscal, bem como seus reflexos e desdobramentos do ponto de vista do Fisco e do executado.

Neste contexto, um questionamento vem à tona: a utilização das medidas executórias atípicas nas execuções fiscais seria uma ferramenta de efetividade ou um excesso na busca pelo crédito exequendo?

Isto porque num Estado Democrático de Direito deve-se buscar um equilíbrio entre o direito fundamental ao crédito do Fisco (execução fiscal frutífera) e o respeito ao princípio da menor onerosidade do devedor (forma menos gravosa de obtenção do crédito).

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior -2004. Pós-Graduação Lato Sensu/especialização em Direito Público. Pós-Graduação em Processo Civil. Advogada e Mediadora judicial no TJES.

A motivação para discorrer sobre o presente tema decorre da minha atuação como residente jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – PGE/ES, onde me encontro vinculada à Procuradoria Fiscal – PFI, analisando e manifestando em inúmeras execuções fiscais.

No decorrer dessas análises, rapidamente identifiquei que mesmo após exauridos todos os mecanismos típicos disponíveis ao Estado na persecução dos bens dos executados, uma parcela significativa das demandas resta, infelizmente, com resultados infrutíferos, razão pela qual passei a refletir seriamente sobre a possibilidade de aplicação das medidas executórias atípicas na execução fiscal.

Para a realização deste trabalho contamos com os métodos de abordagem dedutivo, quantitativo, bem como a técnica de revisão bibliográfica, por meio de livros, artigos e sites jurídicos.

Assim, o objetivo a ser alcançado com este artigo é demonstrar se a utilização das medidas executórias atípicas na execução fiscal constitui um mecanismo de efetividade ou um excesso na busca pela satisfação do crédito exequendo.

2 Execução fiscal: busca pela satisfação do crédito exequendo

Para que o Estado possa viabilizar à população os direitos, garantias e serviços públicos assegurados pela Carta Magna de 1988, necessita da receita pública advinda dos tributos pagos pelos contribuintes.

Neste sentido, em caso de inadimplemento o débito é inscrito em dívida ativa (CDA) e executado pelo Fisco por meio de execução fiscal para que ocorra a satisfação do crédito exequendo.

Assim, verifica-se que diferentemente da execução civil, onde o inadimplemento da obrigação prejudica o particular (credor), na execução fiscal o prejuízo não é somente do Estado/exequente, mas sim da coletividade, uma vez a população priva-se, muitas vezes, de serviços essenciais em razão de falta de recursos públicos.

Insta ressaltar que o processo executivo fiscal foi instituído pela Lei de Execuções Fiscais (LEF), Lei Federal n.º 6.830, datada de 22 de setembro de 1980, disciplinando a cobrança judicial de dívida ativa da Fazenda Pública, por meio de título executivo extrajudicial, aplicando subsidiariamente, naquilo que é compatível, as normas do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC).

É por meio da execução fiscal que os Entes Estatais (União, Estados, Municípios e Distrito Federal - DF) buscam no patrimônio do executado bens suficientes para satisfazer o crédito exequendo, conforme extrai-se do art. 1º da LEF.

Para tanto, a Certidão de Dívida Ativa (CDA) é o título executivo que goza de certeza, liquidez e exigibilidade, como dispõe o NCPC e prevê a LEF em seu art. 3º.

Em verdade, o executivo fiscal pode ser considerado um dos processos de maior relevância, mas ainda apresenta um grau de eficácia baixo, razão pela qual encontramos adeptos a aplicação das medidas executórias atípicas na seara fiscal.

3 Conceito e utilidade das medidas executórias atípicas.

Entende-se por medidas executórias atípicas o conjunto de possibilidades coercitivas, indutivas, mandamentais e sub-rogatórias disponibilizadas às partes e ao juiz, autorizadas por lei, mas não expressamente previstas por esta.

As medidas atípicas são instituídas por meio de cláusulas abertas contidas no art. 139, inciso IV, do NCPC, que assim dispõe:

> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> (...)
>
> IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (BRASIL, 2015).

Extrai-se do regramento acima que as medidas executórias atípicas estão sujeitas ao poder discricionário do magistrado e, por não haver delimitação dos limites de sua utilização, a Constituição Federal é o limite imposto à conduta do juiz, em especial, os direitos fundamentais do devedor.

Ademais, o princípio da efetividade preceitua que as medidas por ele determinadas sejam dotadas de eficácia e restabeleçam o direito daquele que foi de alguma forma lesionado no seu campo privado.

Entretanto, é importante salientar que, para alguns autores, a utilização das medidas executórias atípicas de maneira discricionária pelo magistrado pressupõe que os meios executórios dispostos em lei já tenham sido esgotados e que com eles não tenha sido possível a satisfação do direito do exequente.

> Por isso – a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/15 – , o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra de menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/2015), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc) (GAJARDONI, 2019).

Além do esgotamento das medidas executórias típicas defendido pelo Professor Garjadoni, é importante destacar a utilidade da aplicação das mesmas:

> (...) Percebe-se, portanto, que a aplicação das medidas atípicas é meio que visa atingir o resultado útil do processo, ou seja, a satisfação do credor, quando esse teve seu direito comprovadamente reconhecido. Na esteira da aplicação das medidas atípicas, a margem interpretativa oferecida ao magistrado permite que sejam aplicadas diversas medidas como meio de compelir o devedor a satisfazer os direitos do credor. Além disso, essas medidas buscam assegurar a utilidade processual, isto é, objetivam não permitir que o instituto seja utilizado como meio enfraquecedor da atividade do Poder Judiciário, colocando-a em questionamento. Muito pelo contrário, o verdadeiro intuito é fortalecer a atividade jurisdicional através do efetivo cumprimento de suas decisões (TALAMINI, 2016).

4 Divergência sobre a aplicabilidade das medidas executórias atípicas na execução fiscal

Os adeptos da utilização das medidas executórias atípicas na seara fiscal defendem que estas promovem celeridade processual e, consequentemente, efetividade, citando que a viabilidade de utilização das mesmas decorre do poder geral de execução concedido ao juiz, como dispõe o art. 139, inciso IV, do NCPC.

Entretanto há doutrinadores e tribunais que entendem que a aplicação das mesmas na execução configura excesso, pois a Fazenda Pública já possui privilégios suficientes para busca da satisfação do crédito exequendo.

O dispositivo legal de maior relevância sobre o tema é o art. 139, IV, do NCPC, que prevê a possibilidade de adoção de medidas executórias atípicas.

A doutrina, em sua maioria, defende a aplicação de tais medidas, a exemplo do professor Olavo de Oliveira Neto em sua obra O Poder Geral de Coerção (São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019), que defende a possibilidade da apreensão de passaporte e da carteira nacional de habilitação (CNH):

> A medida coercitiva de apreensão do passaporte não atinge ao direito fundamental de liberdade de seu destinatário, mas apenas opera uma limitação quanto a sua livre circulação e mesmo assim em casos especialíssimos. Diante da ausência de regra infraconstitucional proibitiva da sua concessão, não há óbice para que o juiz a decrete com fulcro no Poder Geral de Coerção que lhe confere o art. 139, IV, do CPC. Mesmo para os que entendem que limitar a livre circulação implica em limitar a liberdade, não há como vedar ao magistrado a possibilidade de concedê-la com fulcro no Poder Geral de Coerção, uma vez que se trata de medida coercitiva cuja aplicação se limita a casos excepcionais, nos quais a conduta ímproba do seu destinatário faz com que o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional prevaleça sobre o direito fundamental à liberdade". (p. 318/319) (SÃO PAULO, 2019).

Prossegue o professor:

> Apreensão de carteira de habilitação é medida altamente recomendável porque exerce uma eficácia coercitiva naturalmente "seletiva", já que deixa de produzir efeitos concretos com relação ao devedor desafortunado e que não age de má-fé, mas alcança com força o devedor que age de má-fé e àqueles que deixam de cumprir uma determinação judicial". (p. 139) (SÃO PAULO, 2019).

Entretanto, na jurisprudência o tema ainda é controverso, pois em primeira instância já existe uma dinâmica de aplicabilidade das medidas executórias atípicas e, em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda apresenta grande resistência, principalmente em relação a aplicabilidade das mesmas na seara da execução fiscal, como veremos a seguir.

5 Prerrogativa ou privilégio da Fazenda Pública no requerimento das medidas executivas atípicas na execução fiscal: análise jurídica do julgamento do HC 453.870-PR pelo Superior Tribunal de Justiça

Inicialmente, faz-se necessário colacionar o trecho da ementa da decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do

HC 453.870-PR referente ao tema da aplicação das medidas das medidas executórias atípica na execução fiscal:

> HABEAS CORPUS Nº 453.870 - PR (2018/0138962-0) RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO IMPETRANTE: ALDAMIRA GERALDA DE ALMEIDA AFFORNALLI E OUTROS ADVOGADOS: MARCOS VINÍCIUS AFFORNALLI - PR016246 ALDAMIRA GERALDA DE ALMEIDA AFFORNALLI - PR023143 BRUNA CAROLINE DE ALMEIDA AFFORNALLI - PR079697 IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ PACIENTE: CELSO SÂMIS DA SILVA DECISÃO DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO SANCIONADOR. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. DIREITO DE IR E VIR, CUJA PROTEÇÃO É DEMANDADA NO PRESENTE HABEAS CORPUS, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FASE DE EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA PELA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR. PENALIDADE DE REPARAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. MEDIDAS CONSTRICTIVAS DETERMINADAS PELA CORTE ARAUCARIANA PARA GARANTIR O DÉBITO, EM ORDEM A INSCREVER O NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES, APREENDER PASSAPORTE E SUSPENDER CARTEIRA DE HABILITAÇÃO CONTEXTO ECONÔMICO QUE PRESTIGIA A LEX MERCATORIA NAS EXECUÇÕES COMUNS, NORTEANDO A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS COM ALTO RISCO DE INADIMPLEMENTO. RECONHECIMENTO DE QUE NÃO SE APLICA ÀS EXECUÇÕES FISCAIS O ALUDIDO POSTULADO ECONÔMICO, ESPECIALMENTE PORQUE O PODER PÚBLICO JÁ É DOTADO PELA LEI 6.830/1980 DE ALTÍSSIMOS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS, QUE NÃO JUSTIFICAM O EMPREGO DE ADICIONAIS MEDIDAS AFLITIVAS FRENTE À PESSOA DO EXECUTADO. ADEMAIS, CONSTATA-SE A DESPROPORÇÃO DO ATO APONTADO COMO COATOR, POIS O EXECUTIVO FISCAL JÁ CONTA COM A PENHORA DE 30% DOS VENCIMENTOS DO RÉU. LIMINAR EM HABEAS CORPUS CONCEDIDA, EM ORDEM A DETERMINAR A EXCLUSÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS CONSTANTES DO ARESTO DO TJ/PR APONTADO COMO COATOR, QUAIS SEJAM, (I) A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, (II) A APREENSÃO DO PASSAPORTE, DEFERINDO A ORDEM POR ESTA DECISÃO, SEM QUALQUER ANTECIPAÇÃO QUANTO À SOLUÇÃO FINAL DA PRESENTE IMPETRAÇÃO, CONTUDO.
>
> (...)

12. Porém, em Execução Fiscal, a lógica – a meu sentir – é outra. Destina-se a saldar créditos que são titularizados pela coletividade, mas que contam com a representação da autoridade do Estado, a quem incumbe a promoção das ações conducentes à obtenção do crédito. 13. Para tanto, o Poder Público se reveste da Execução Fiscal, de modo que já se tornou lugar comum afirmar que o Estado é superprivilegiado em sua condição de credor. Dispõe de varas comumente especializadas para condução de seus feitos, um corpo de Procuradores altamente devotado a essas causas, e possui lei própria regedora do procedimento (Lei 6.830/1980), com privilégios processuais irredarguíveis. Para se ter uma ideia do que o Poder Público já possui ex ante, a execução só é embargável mediante a garantia do juízo (art. 16, § 1o. da LEF), o que não encontra correspondente na execução que se pode dizer comum. Noutras palavras, o crédito fiscal é, por sua própria conformação jusprocedimental, altamente blindado dos riscos de inadimplemento.14. Não se esqueça, ademais, que as ações de improbidade administrativa são dotadas da indisponibilidade de bens dos réus já por ocasião de seu nascedouro (art. 7o. da Lei 8.429/1992), cujo deferimento ocorre com a presunção de perigo da demora, o que torna a pretensão, por mais esse motivo, plenificada em assegurar o retorno do crédito em discussão.15. Nesse raciocínio, é de imediata conclusão que medidas atípicas aflitivas pessoais não se firmam placidamente no executivo fiscal. A aplicação delas, nesse contexto, resulta em excessos.16. Na espécie, consoante relata o ato apontado como coator, trata-se de Execução Fiscal manejada pela Fazenda do Município de Foz do Iguaçu/PR, a partir do qual visa à satisfação de crédito adveniente de condenação do executado à restituição de dano ao Erário como sanção por improbidade administrativa (contratação ilegal de funcionários terceirizados). O caderno aponta que o valor do crédito vindicado é de R$ 24.645,53 (fls. 114).17. O TJ/PR deu provimento ao recurso de Agravo de Instrumento da Municipalidade, em ordem a deferir medidas aflitivas de inscrição do nome do réu em cadastro de inadimplentes, suspensão do direito de dirigir e apreensão do passaporte. 18. Tenho para mim que a medida, já na primeira vista dos autos, própria da apreciação liminar, é excessiva. Para além do contexto econômico de que se lançou mão anteriormente, o que, por si só, já justificaria o afastamento das medidas adotadas pelo Tribunal Araucariano, registre-se que o caderno processual aponta que há penhora de 30% dos vencimentos que o réu aufere na Companhia de Saneamento do Paraná-SANEPAR. Além disso, rendimentos de sócio majoritário que o executado possui na Rádio Cultura de Foz do Iguaçu Ltda.-EPP também foram levados a bloqueio. 19. Submeteu-se o réu a notória restrição constitucional do direito de ir e vir num contexto

> de Execução Fiscal já razoavelmente assegurada, pelo que se dessume da espécie. Evidentemente, torna-se mais aguda a restrição das liberdades constitucionais do réu a circunstância de que a cidade de Foz do Iguaçu/PR se situa em tríplice fronteira de Brasil, Paraguai e Argentina. Embora possa haver trânsito facilitado de pessoas entre esses Países do Mercosul, é notório que, por residir nessa localidade fronteiriça, o paciente está a sofrer mais limitações em seu direito de ir e vir pela supressão de passaporte do que outra pessoa que esteja a milhares de quilômetros de qualquer área limítrofe. O paciente está a merecer, ao menos nessa esfera liminar, a tutela da liberdade de ir a vir a que se propõe o remédio de Habeas Corpus. 20. Mercê do exposto, concedo a medida liminar neste Habeas Corpus, de modo a determinar sejam excluídas as medidas atípicas constantes do aresto do TJ/PR apontado como coator (suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte), deferindo a ordem por esta decisão, sem qualquer antecipação quanto à solução final da presente impetração, contudo. 21. Publique-se. Oficie-se. 22. Intimações necessárias. Brasília (DF), 12 de junho de 2018. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (STJ, 2018).

Oportuno destacar que o acórdão aqui examinado refutou a inaplicabilidade das medidas executórias atípicas meramente por conta de sua potencial intensidade no que toca a restrição de direitos fundamentais, na medida em que o próprio ordenamento jurídico albergaria explicitamente medidas até mesmo mais gravosas, a exemplo do despejo forçado e da busca e apreensão.

Entendeu-se que a determinação de medidas executivas atípicas deveria ser examinada diante do caso concreto, por se tratar, segundo o ministro relator "de hipótese excepcional que foge à regra de legalidade e boa-fé objetiva estabelecida pelo CPC/15" (FILHO, 2018).

No AgInt no REsp n.º 1.785.726-DF, também julgado pela 3ª Turma do STJ, decidiu-se, à unanimidade, que "para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia das que foram deferidas anteriormente" (BELIZZE, 2018).

Apesar de ter-se negado provimento ao recurso por óbice do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ, o relator observou que as medidas executivas atípicas devem ser utilizadas nos limites dos princípios da adequação, exigibilidade, razoabilidade, proporcionalidade e subsidiariedade. Por derradeiro, levou em consideração se o padrão de vida do executado era compatível – ou não – com a ausência de patrimônio

alegada, para o fim de manter-se a decisão do tribunal local que determinou a suspensão da CNH do devedor por três anos.

No REsp 1.733.697-RS, ficou consignado não ser "mais correto afirmar que a atividade satisfativa somente poderá ser efetivada de acordo com as específicas regras daquela modalidade executiva, mas, sim, que o legislador conferiu ao magistrado um poder geral de efetivação, que deve, todavia, observar a necessidade de fundamentação adequada e que justifique a técnica adotada a partir de critérios objetivos de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, de modo a conformar, concretamente, os princípios da máxima efetividade da execução e da menor onerosidade do devedor, inclusive no que se refere às impenhorabilidades legais e à subsidiariedade dos meios atípicos em relação aos típicos" (ANDRIGHI, 2018).

A partir dessa premissa, a 3ª Turma do STJ, por votação unânime, conheceu do recurso especial para negar-lhe provimento, permitindo, na hipótese dos autos, que versava sobre execução de alimentos, a combinação de técnicas executivas atípicas e típicas.

Vale registrar que no julgado acima a relatora fez importante observação acerca do uso de medidas executivas atípicas. Segundo ela, tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão recorrido teriam concluído que o devedor seria contumaz, comprovadamente renitente e que efetivamente teria bens para fazer frente à dívida.

No HC 478.963-RS, cuja relatoria coube ao ministro Francisco Falcão, reiterou-se a possibilidade de impetrar o citado *writ* para impugnar a restrição ao direito fundamental de ir e vir causada pela retenção de passaporte, embora a ordem de *habeas corpus* tenha sido denegada ao fundamento de que a decisão que aplicou tal medida restritiva contou com motivação adequada e analítica, além de ter respeitado o princípio do contraditório.

Nesse específico caso, que cuidava de cumprimento de sentença referente à obrigação de pagar danos ambientais, o juízo de primeira instância indeferiu a apreensão do passaporte, o decisão essa que foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) autorizando a apreensão do documento por entender que os elementos do processo evidenciariam que os pacientes, pessoas públicas, teriam se comportado, tanto no curso do processo de conhecimento quanto na fase executiva, de maneira desleal e evasiva, "embaraçando a tramitação processual e deixando de cumprir provimentos jurisdicionais, em conduta sintomática da ineficiência dos meios ordinários de penhora e expropriação de bens" (FALCÃO, 2018).

Em outra decisão de relevo para o assunto, a 1ª Turma do STJ, no julgamento do HC 453.870-PR, firmou–se o entendimento de que "em execução fiscal não cabem medidas atípicas aflitivas pessoais, tais como

a suspensão de passaporte e da licença para dirigir", pois sua aplicação, nesse contexto, resulta em excesso. Para tanto, o STJ considerou que o Estado é super privilegiado em sua condição de credor, sendo o crédito fiscal altamente blindado ao risco de inadimplemento por sua própria "conformação jusprocedimental" (FILHO, 2018).

A 3ª Turma do STJ, nos autos do RHC nº 99.606-SP decidiu ser cabível a impetração de *habeas corpus* em matéria cível com o fito de impugnar ato judicial que autorizou a medida de anotação, pela Polícia Federal, de restrição de saída do devedor do Brasil sem prévia garantia da execução (ANDRIGHI, 2018).

Nessa hipótese específica, o STJ entendeu que a referida medida teria o condão, ainda que potencialmente, "de ameaçar de forma direta e imediata o direito de ir e vir do paciente, pois o impede, durante o tempo em que vigente, de se locomover para onde bem entender" (ANDRIGHI, 2018).

No bojo do mesmo RHC foi declarada inadequada a via mandamental como veículo para atacar decisão judicial que suspende o direito de o devedor recalcitrante dirigir veículo automotor, pois tal situação não configuraria "ofensa direta e imediata à liberdade de locomoção do paciente", já que existentes outros meios de locomoção, demandando análise pela via recursal ordinária, na medida em que o habeas corpus não poderia ser utilizado como sucedâneo de recurso (ANDRIGHI, 2018).

Sobre o tema da impetração de HC contra ato judicial que determina a suspensão da CNH do devedor, nos autos do HC 453.870-PR, entendeu-se de forma diversa. Para o ministro relator, nessa hipótese o Pacto de San José da Costa Rica deveria ser trazido à baila, "na medida em que a existência de diversos meios de deslocamento não retira o fato de que deve ser amplamente garantido ao cidadão exercer o direito de circulação pela forma que melhor lhe aprouver, pois assim se efetiva o núcleo essencial das liberdades individuais, tal como é o direito de ir e vir" (MAIA FILHO, 2018).

Como se observa, o STJ tem interpretado o inciso IV do art. 139 do NCPC com cautela, pois a almejada efetividade da prestação executiva não está alheia ao controle da legalidade. Sem perder de vista a proteção às garantias constitucionais, tem fixado patamares claros – ainda que subjetivos – para a aplicação segura das medidas executivas atípicas.

6 Do direito fundamental ao crédito exequendo

Como vem-se destacando desde o início do trabalho, a execução fiscal corre em favor do Estado, que busca a tutela jurisdicional para ver satisfeito um crédito que fora inscrito em dívida ativa.

Ainda, conforme art. 3º, IV da CF/88, um dos objetivos da República Federativa Brasileira é a promoção do bem-estar social, o que se faz através de políticas públicas que garantem os direitos lá estabelecidos, como a segurança, a saúde e a educação.

Assim, para que o Estado cumpra os seus objetivos, é necessário que haja receita, e tais receitas advêm da atividade financeira estatal. Acerca disto:

> Atividade financeira é o conjunto de ações do Estado para a obtenção da receita e a realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas. Os fins e os objetivos políticos e econômicos do Estado só podem ser financiados pelos ingressos na receita pública. A arrecadação dos tributos — impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios — constitui o principal item da receita. Mas também são importantes os ingressos provenientes dos preços públicos, que constituem receita originária porque vinculada à exploração do património público. Compõem, ainda, a receita pública as multas, as participações nos lucros e os dividendos das empresas estatais, os empréstimos etc. Com os recursos assim obtidos, o Estado suporta a despesa necessária para a consecução dos seus objetivos. Paga a folha de vencimentos e salários dos seus servidores civis e militares. Contrata serviços de terceiros. Adquire no mercado os produtos que serão empregados na prestação de serviços públicos ou na produção de bens públicos. Entrega subvenções económicas e sociais. Subsidia a atividade econômica. A obtenção da receita e a realização dos gastos se faz de acordo com o planejamento consubstanciado no orçamento anual. Todas essas ações do Estado, por conseguinte, na vertente da receita ou da despesa, direcionadas pelo orçamento, constituem a atividade financeira (TORRES, 2010, p. 3).

Logo, fica claro o porquê da aplicabilidade da supremacia do interesse público sobre o particular na execução fiscal, pois esta trata de cobrar os créditos que a Fazenda Pública possui e que serão revertidos no funcionamento da máquina pública e nas políticas estatais de garantia do bem-estar social.

Neste sentido, discorre José Roberto de Moraes:

> [...] quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se está

> protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular (LUCK, 2010, p. 36).

Em consonância com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a Fazenda Pública goza de diversas prerrogativas processuais gerais dispostas no NCPC, como prazos diferenciados para recorrer e contestar (art. 188), reexame necessário (art. 475, incisos I e II), além de prerrogativas específicas trazidas pela LEF, como o juízo privativo (art. 5º), a dispensa de pagamento de custas para registro de penhora e arresto (art. 7º, inciso IV), a intimação pessoal (art. 25), a substituição ou emenda do título a qualquer tempo anterior à sentença (art. 2º, §8º), a substituição de bens penhorados (art. 15,inciso II), dentre tantas outras ao longo da referida lei, que vêm garantir a efetividade da execução em prol do Estado.

Ademais, a Fazenda Pública, que é representada em juízo por seus procuradores, não reúne as mesmas condições que um particular para defender seus interesses em juízo. Além de estar defendendo o interesse público, a Fazenda Pública possui uma burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. Ressalte-se que o volume de trabalho que cerca os advogados públicos impede, de igual modo, o desempenho de suas atividades nos prazos fixados para os particulares.

Logo, para que a Fazenda Pública possa atuar da melhor maneira possível na promoção e defesa do interesse público, é preciso que se lhe confiram condições necessárias e suficientes, entre as quais, avultam as prerrogativas processuais, de modo a garantir a isonomia processual.

7 Do direito à menor onerosidade patrimonial

Do outro lado da execução fiscal, no polo passivo, temos como executado o contribuinte, no caso de créditos tributários, ou o devedor de forma genérica, nos demais casos, além dos legitimados de que trata o Art. 4º, parágrafo 1º, da LEF, vejamos:

> Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:
>
> (...)
>
> § 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública,

> alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens (BRASIL 1980).

O princípio da menor onerosidade patrimonial encontra-se explicitado no art. 620 do NCPC, a seguir transcrito:

> Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

A aplicabilidade de tal princípio na execução fiscal se dá também pela subsidiariedade do NCPC estabelecida no art. 1º da LEF.

Acerca deste princípio, Didier Jr. (2012, p. 56) leciona que:

> Trata-se [...] de norma que protege a boa-fé, ao impedir o abuso do direito pelo credor que, sem qualquer vantagem, se valesse de meio executivo mais danos ao executado. Não parece, porém, que tal princípio destine-se a proteger ao menos primordialmente, a dignidade do executado, suficiente e adequadamente protegida pelas regras que limitam os meios executivos, principalmente aquelas que preveem as impenhorabilidades. Esse princípio protege a ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exequente. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé processual. A identificação do valor protegido é muito importante para a ponderação que se precise fazer entre esse princípio e o princípio da efetividade. Em que pese tal proteção, percebe-se que, por vezes, tal princípio é enevoado pelo explicitado no tópico anterior, o da supremacia do interesse público (DIDIER JÚNIOR, 2012).

No mesmo sentido:

> Com efeito, a execução ponderada pela menor lesividade do devedor, norma inscrita no art. 620 do Código de Processo Civil, por vezes fica ofuscado frente ao mágico princípio da supremacia do interesse público. Este, verdadeiro dogma do Direito Administrativo brasileiro, há muito não sustenta qualquer pretensão estatal no direito comparado. Em razão do Princípio do Estado de Direito, as pretensões sejam elas estatais ou sejam elas privadas, devem estar lastreadas por algum suporte jurídico que não a supremacia apriorística de um interesse frente a outro, sob pena de se subverter todo o Sistema Constitucional, olvidando a submissão ao Estado ao Direito (PORTO, 2010).

Ainda sobre a menor lesividade:

> Na leitura dos arts. 10 a 30 da LEF, pode-se concluir que o legislador teve a intenção de colocar todo o patrimônio do contribuinte à sua disposição. No art. 10, é referido que nos casos em que não tenha sido seguro o juízo, a penhora "poderá recair em qualquer bem do executado". Do art. 30, extrai-se que "sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula (...)". É inegável que tais normas tratam de ampliar a responsabilidade do executado, estendendo-a para além dos limites de que dispõe o Código de Processo Civil. Contudo [...] é necessária uma leitura mais minuciosa do texto legal, adequando-o à Constituição Federal, bem como aos princípios gerais do Direito [...] (PORTO, 2010).

Quanto ao conflito entre os princípios da efetividade da execução fiscal e da menor onerosidade patrimonial, convém analisar como vêm decidindo os tribunais pátrios.

Ao tratar deste assunto, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao decidir no Agravo de Instrumento n.º 00413746320134050000/PE, entendeu da seguinte forma:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. RECUSA DA EXEQUENTE. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. PRECEDENTES. PELO IMPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido da recorrente de substituição dos bens penhorados. 2. A previsão legal de uma ordem indicativa de preferência para a penhora em execução fiscal não pode ser sumariamente afastada por iniciativa e no interesse exclusivo do devedor, pois, não se pode perder de vista que, em se tratando de execução fiscal, o princípio da menor onerosidade contido no art. 620 do CPC não admite aplicação irrestrita, pois o interesse contraposto ao do executado é o interesse público, a merecer idêntica proteção. (TRF - 3ª 06/07/2020 A COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA FAZENDÁRIA - Brasil Escola https://monografias.brasilescola.uol.com.br/imprimir/15272 14/40 Região - AI nº 462220 / SP - Órgão julgador: Terceira Turma - Relator: Desembargadora Federal Cecília Marcondes - e-DJF3 de 04/05/2012

> - Decisão: Unânime). 3. Encontra-se pacificada a jurisprudência no sentido de que a substituição da penhora, em garantia à execução fiscal, somente pode ocorrer, no interesse e a requerimento do devedor, por dinheiro ou fiança bancária (art 15, I, LEF). 4. Precedentes. 5. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região, 2020).

De maneira semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 2009204115, que tratava da possibilidade de penhora *online*, decidiu:

> Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Pessoa jurídica. Tributo decorrente da falta de renovação da Taxa de Localização e Funcionamento. Indisponibilidade de bens. Penhora "on - line". Art. 655 - A do CPC. Desnecessidade de esgotamento de diligências no sentido de localizar bens do devedor. Requerimento posterior à vigência da Lei nº 11.382/2006. Ausência de violação à Propriedade ou à Dignidade da Pessoa Humana. Supremacia do Interesse Público. Provimento do recurso. I - A Lei 11.382/2006, atribuiu novo panorama às execuções, em especial àquelas que envolvam interesses públicos, cuja supremacia desequilibra a relação e favorece a satisfação do crédito tributário em detrimento do direito à propriedade, e dignidade, do cidadão em débito com a Fazenda Municipal, em especial com a inserção do Art. 655 - A no CPC. II - O entendimento do STJ, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que a penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais em busca de bens a serem penhorados. Precedentes. Agravo de Instrumento conhecido e provido. Decisão unânime. (TJ/SE, 2020).

Da leitura dos precedentes acima verifica-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é plenamente aceito pelo Poder Judiciário e vem sendo utilizado como dirimente quando em conflito com o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor.

A esse respeito, o STJ possui entendimento de que este é perfeitamente aplicável, entretanto não há sua violação nem conflito entre a ordem de bens penhoráveis estabelecida pelo art. 620 do NCPC e o art. 11 da LEF.

Vejamos ementa de decisão prolatada no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 290314/SP:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL.

> NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. POSSIBILIDADE DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. SÚMULA 406/STJ.1. A Primeira Seção deste STJ, ao julgar o REsp 1.337.790/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, ratificou o entendimento no sentido de que seria legítima a recusa de bem nomeado à penhora por parte da Fazenda, caso não observada a gradação legal, não havendo falar em violação do art. 620 do CPC, uma vez que a Fazenda Pública pode recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF.2. "A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"(Súmula 406/STJ).3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, 2020).

Em outra decisão (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 321310/MG), ao tratar da possibilidade de penhora *online*, entendeu de igual forma, vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRARIEDADE AO ART. 165 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PENHORA. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACEN-JUD. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. LEI N. 11.382/06. ART. 620, CPC.1. Inexiste ofensa ao art. 165 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a matéria controvertida. 2. A Primeira Seção deste Tribunal ratificou a necessidade de interpretação sistemática dos arts. 655-A do CPC e 185-A do CTN, de modo a autorizar a penhora eletrônica de depósitos e aplicações financeiras, independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, na busca de outros bens para a garantia da execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/06. 3. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal insculpida no art. 11 da Lei n. 6.830/80, pois o princípio da menor onerosidade do devedor, preceituado no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, 2018).

Logo, resta claro que o entendimento preponderante do Judiciário quanto à aplicabilidade do princípio da menor onerosidade patrimonial nas execuções fiscais é de que não há sua violação quando se trata de ordem preferencial de penhora e possibilidade de penhora *online* via BacenJud, atual SisbaJud (Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário).

Para finalizar este apanhado de decisões, convém demonstrar como vêm decidindo os tribunais pátrios ao tratar do conflito entre os princípios da efetividade da execução fiscal e da menor onerosidade patrimonial.

Sobre o tema, vejamos o seguinte julgado do STJ (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n.º 436961/PR):

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA DE DIREITO CREDITÓRIO ORIUNDO DE PRECATÓRIO. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA FUNDADA NA DESOBEDIÊNCIA DA ORDEM LEGAL DE NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o REsp 1.090.898/SP (Rel. Min. Castro Meira, DJe 31.8.2009), submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, assentou o entendimento de que o crédito relativo a precatório judicial é penhorável, mesmo que o órgão devedor do precatório não seja o próprio exequente. No referido julgamento, todavia, ficou consignado que, para fins de penhora, o precatório judicial corresponde aos direitos creditórios previstos nos arts. 11, VIII, da Lei n. 6.830/80 e 655, XI, do Código de Processo Civil (CPC), e não ao dinheiro, razão pela qual é imprescindível a anuência do credor com a penhora de crédito decorrente de precatório judicial, podendo a recusa ser justificada por qualquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da Lei de Execuções Fiscais. A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados à penhora fora da ordem legal inserta no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, uma vez que, não obstante o princípio da menor onerosidade ao devedor, a execução é feita no interesse do credor.2. A Primeira Seção do STJ, ao julgar como recurso repetitivo o REsp 1.337.790/PR (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 7.10.2013), deixou assentado que inexiste preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. No julgamento do retromencionado recurso repetitivo, ficou consignado que a jurisprudência deste Tribunal não autoriza a inversão da ordem preferencial do art. 655 do CPC, sem que estejam presentes circunstâncias fáticas especiais que justifiquem a prevalência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) sobre o que prescreve que a execução deve ser realizada no interesse do credor (art. 612 do CPC). Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11 do mesmo diploma legal. É dele [do devedor] o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem

> legal dos bens penhoráveis, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC. 3. Incide na espécie a Súmula 83/STJ, do seguinte teor: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Esclareça-se que o óbice enunciado na referida súmula é aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea a do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido (STJ, 2014).

8 Princípio da efetividade da execução X princípio da menor onerosidade

Para o Judiciário, a efetividade da execução fiscal prevalece sobre o princípio da menor onerosidade do devedor, senão vejamos:

> Rejeitados os embargos à execução opostos, devidamente confirmados em sede de apelação à unanimidade e rejeitados embargos declaratórios, bem como rejeitados os respectivos embargos de declaração e a apelação proveniente em mandado de segurança, que foi apresentada como prejudicial externa, também já foi desprovida neste Corte, onde está esgotada a prestação jurisdicional para os embargos à execução, existindo, apenas, possibilidade de recursos extraordinário e especial que, em regra, não possuem efeito suspensivo, não havendo motivo para impedir o regular prosseguimento da execução fiscal e dos seus respectivos atos expropriatórios. A repercussão geral no âmbito do STF também não prejudica o julgamento, uma vez que a suspensão atinge apenas os recursos nas Instâncias Superiores, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC, ressalvando-se que diante da inexistência de outros bens, é perfeitamente possível a penhora da sede da empresa, não havendo nenhum impedimento legal para a medida, pois acima do princípio da menor onerosidade está o da própria eficácia e efetividade da execução." Precedentes do TJRGS. Agravo de instrumento com seguimento negado (TJRS, 2014).

Cabe salientar neste tópico, ainda, a influência que a execução fiscal possui sobre o Poder Judiciário brasileiro.

Dados do Relatório "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2014, p. 35-36) atestam que a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário está nas execuções fiscais. Estas apresentam uma taxa de 91%, o que significa que, de cada 100 processos de execução fiscal, apenas 9 foram solucionados em 2013, enquanto os

outros 91 permaneceram tramitando sem um deslinde final, um dado muito ruim para a Justiça.

Outro dado relevante do relatório do CNJ (2014, p. 37) é que, dos 95,14 milhões de processos que tramitaram na justiça brasileira em 2013, a maior parte, equivalente a 39,4 milhões, o que representa 41,4% do total, foram execuções fiscais.

9 O uso das medidas executórias atípicas e a razoável duração do processo fiscal

A cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública é um problema que afeta o Estado, o seu devedor e o Poder Judiciário, devido à falta de efetividade de seu principal meio de cobrança, a execução fiscal.

O princípio da razoável duração do processo incide nas execuções fiscais e uma das formas mais claras de sua aplicabilidade está na própria LEF, que prevê o instituto da prescrição intercorrente em seu Art. 40, § 4º como uma hipótese de extinção da execução fiscal caso não seja resolvida em tempo hábil.

Através da leitura de tal dispositivo pode-se inferir que, para que haja a prescrição intercorrente, são necessários quatro requisitos. Primeiro, é necessário que não seja encontrado o devedor ou seus bens. Após, deve-se suspender a execução, pelo prazo máximo de um ano, conforme o *caput* do artigo, cumulado com seu §2º. Em seguida, de acordo com o mesmo §2º, arquivar-se-ão os autos. Por fim, decorrido o prazo de prescrição com os autos arquivados, deverá ser decretada a prescrição intercorrente, de acordo com o §4º (BRASIL, 1980).

Durante a suspensão de que trata o *caput* do art. 40 da LEF não correrá prazo prescricional e, estando o feito suspenso pelo período de mais de um ano sem que sejam encontrados bens ou o devedor, ordenar-se-á o arquivamento dos autos e, só então, começa a correr o prazo prescricional.

Tal prazo prescricional a que se refere o §4º do art. 40 da LEF decorre do art. 174 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei Federal n.º 5.172/66).

Nota-se, portanto, que a prescrição intercorrente da execução fiscal ocorre 5 (cinco) anos contados a partir da determinação do arquivamento administrativo dos autos, entendimento este consolidado pelo STJ em sua súmula de n.º 314, que dispõe que: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente" (STJ, 2006).

Resta, clara, assim, a necessidade de utilização de medidas efetivas para satisfação do crédito exequendo, sob pena da execução fiscal findar-se infrutífera ou até mesmo prescrever o crédito tributário.

10 Conclusão

No presente artigo ressaltamos que o Ente Estatal depende do pagamento de tributos pelos contribuintes para auferir a receita pública necessária para manter os serviços públicos essenciais de forma satisfatória.

Em ocorrendo a inadimplência do contribuinte, o crédito é inscrito em certidão de dívida ativa (CDA) e executado por meio da execução fiscal, em respeito ao direito fundamental ao crédito exequendo, haja vista que trata-se de erário público e o ente estatal necessita de receita para fornecer e manter os serviços públicos essenciais em pleno funcionamento.

Ocorre que no Brasil o número de execuções fiscais é muito elevado e, após anos de persecução de bens do executado, restam infrutíferas.

Neste sentido, além das medidas típicas de buscas de bens, passou-se a cogitar a aplicação de medidas executórias atípicas na seara fiscal, com o fim de instar o devedor a adimplir com seu débito.

Contudo, ainda não há um consenso na doutrina e na jurisprudência sobre o tema, pois há quem entenda que tais medidas são incompatíveis com a execução fiscal, tendo em vista que a Fazenda Pública já conta com "privilégios" suficientes para alcançar os bens do executado.

Por outro lado, há quem defenda que a Fazenda Pública conta na verdade com prerrogativas inerentes à sua condição processual e que estaria apta sim a requer o uso de medidas executórias atípicas, desde que esgotadas as buscas de bens do executado pelos meios típicos, quais sejam: 1) SisbaJud - Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário; 2) RenaJud - Sistema online de restrição judicial de veículos criado pelo CNJ, que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran); 3) InfoJud - Sistema de Informações ao Judiciário ;e 4) DOI - Declaração de Operações Imobiliárias.

O Poder Judiciário vem entendendo que o princípio da efetividade prevalece sobre o princípio da menor onerosidade patrimonial, uma vez que, diferentemente da execução civil, na execução fiscal quem sofre as consequências do inadimplemento não é o particular, mas a própria coletividade, pois trata-se de dinheiro público não aplicado na prestação de serviços públicos essenciais.

Ademais, como visto no decorrer deste trabalho, a utilização de medidas executórias atípicas confere não apenas efetividade, mas também celeridade à execução fiscal, fazendo com que seja respeitado o princípio constitucional da razoável duração do processo e diminuindo os casos de extinção da ação executiva em decorrência da prescrição intercorrente, garantindo-se a plena satisfação do crédito tributário.

11 Referências

ABSOLON, Débora Lopes. OLIVEIRA, Thais Feitosa. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54491/aplicao-das--medidas-executivas-atpicas-na-execuo-fiscal. Acesso em 31/08/2020.

AGU. Considerações à CGU para apresentação de informações presidenciais nas Ações Direta de Inconstitucionalidade n° 5.881, 5.886 e 5.890, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. (9/03/2018). BRASIL.

ALMEIDA, Eduardo Vieira de. *Medidas executivas atípicas e o entendimento do STJ*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/318956/medidas-executivas-atipicas-e-o-entendimento-do-stj. Acesso em: 31/08/2020.

BARROSO, Hugo. *A imposição de técnica coercitiva para assegurar o cumprimento das obrigações de pagar quantia certa*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/58740. Acesso em 31/08/2020.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05/10/1988.

BRASIL. Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16/03/2015.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional - Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25/10/1966.

BRASIL. Lei no 6.830, de 22 de setembro de 1980. *Lei de Execuções Fiscais - Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22/09/1980.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139*, IV, do CPC. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 1 – jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985 – v. semestral.

CAVALCANTI, Queiroz. *A aplicação dos meios coercitivos do NCPC nos processos de execução à luz do princípio da efetividade*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/253273/a-aplicacao-dos-meios-coercitivos-do-ncpc-nos-processos-de-execucao-a-luz-do-principio-da--efetividade. Acesso em: 31/ 08/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário*, 2014. Brasília: setembro, 2014. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros. Acesso em 31/08/2020.

COSTA, Márcio César. NETO, Carlos Augusto Daniel. *Análise econômica da execução fiscal no Brasil*. Disponível em: http://www.usjt.br/revistadireito. Acesso em 31/08/2020.

D'ARCE, Marconi. *A aplicação dos meios coercitivos do NCPC nos processos de execução à luz do princípio da efetividade*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/253273/a-aplicacao-dos-meios-coercitivos-do-ncpc-nos-processos-de-execucao-a-luz-do-principio-da-efetividade(1).pdf. Acesso em 31/08/2020.

FONSECA, Charlie Rodrigues. *A cobrança da dívida ativa fazendária: efetividade da execução fiscal e meios alternativos de cobrança*. Disponível em https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-cobranca-da-divida-ativa-fazendaria.htm.Acesso em 31/08/2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *A revolução silenciosa da execução por quantia*. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015. Acesso em 05/05/2019.

GRECO, Leonardo. *Coações indiretas na execução pecuniária*. Revista. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 109 – 134, Janeiro/Abril 2018.

MOLICA, Rogério. *As medidas coercitivas atípicas do art. 139, IV, do CPC e as execuções fiscais*. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/312310/as-medidas-coercitivas-atipicas-do-artigo-139-iv-do-cpc-e-as-execucoes-fiscais. Acesso em 31/08/2020.

MORAES, José Roberto. *A cobrança da dívida ativa fazendária: efetividade da execução fiscal e meios alternativos de cobrança*. Disponível em https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-cobranca-da-divida-ativa-fazendaria.htm. Acesso em 31/08/2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: Art. 139, IV, do novo CPC*. São Paulo: Revista de Processo, 2017.

NETO, Olavo de Oliveira. *O poder geral de coerção*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 97.876/SP (2018/0104023-6). Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/06/2018, Dje 09/08/2018 - RSTJ vol. 252 p. 849.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.785.726/DF (2018/0127612-7). Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/08/2019, DJe 22/08/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801276127&dt_publicacao=22/08/2019. Acesso em: 31/05/2020.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.733.697/RS (2018/0051020-5). Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 13/12/2018 - REVJUR vol. 496 p. 91

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 478.963/RS (2018/0302499-2). Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800510205&dt_publicacao=13/12/2018. Acesso em: 31/05/2020.

Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 453.870/PR (2018/0138962-0). Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 15/08/2019 - IP vol. 117 p. 301.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 99.606/SP (2018/0150671-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 20/11/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801506719&dt_publicacao=20/11/2018. Acesso em: 31/08/2020.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 290314/SP (2013/0012370-8). Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 14/11/2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300123708&dt_publicacao=14/11/2013. Acesso em: 31/08/2020.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 321310/MG (2013/0091630-2). Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014 - RBDTFP vol. 42 p. 124.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 436961/PR (2013/0388434-4). Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303884344&dt_publicacao=05/02/2014. Acesso em: 31/08/2020.

TALAMINI, Eduardo. *Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso WhatsApp*. Revista Brasileira da Advocacia, 2016. RBA VOL.0 (Jan. – Mar. 2016).

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Renovar, p.3, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de Processo, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

Tribunal Regional Federal. Agravo de instrumento AG135179/PE (00413746320134050000/PE). Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Quinta Região, julgado em 12/12/2013, DJe 18/12/2013. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/processo/00413746320134050000. Acesso em: 31/08/2021.

2 PARECERES E TRABALHOS FORENSES

2.1

APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO (PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO À UNIÃO) RELATIVA AO PROGRAMA DE FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO SERVIDOR PÚBLICO (PASEP) DIANTE DO ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB)

CEZAR PONTES CLARK*

SUMÁRIO: I) DOS FATOS. II) DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS/JURÍDICOS. II.1) DA QUESTÃO PRELIMINAR - DA POSSÍVEL NULIDADE DAS CONSULTAS ELABORADAS PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB) - INCOMPETÊNCIA DA RFB EM SE MANIFESTAR EM PROCESSOS DESSA NATUREZA - COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL (APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LEI FEDERAL Nº 9.717/1998) - PRECEDENTES. II.2)QUESTIONAMENTO 1. II.3) QUESTIONAMENTO 2. II.4)QUESTIONAMENTO 3. II.5)QUESTIONAMENTO 4. III) CONCLUSÃO.

1 Assunto:

Manifestação da PGE/ES sobre as principais questões que envolvem, no âmbito do Estado do Espírito Santo, a apuração da base de cálculo da contribuição (pelo Estado do Espírito Santo à União) relativa ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) diante do entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) instrumentalizado na Solução de Consulta nº 278/2017, na Solução de Consulta nº 297/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017, notadamente sobre os seguintes pontos:

1.1) **VEDAÇÃO** da **DEDUÇÃO**, na base de cálculo do PASEP, das despesas intraorçamentárias, sendo tributadas (essas despesas intraorçamentárias) tanto quando do ingresso dos recursos

* Procurador do Estado do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Tributário pela Fucape.

nos Cofres Públicos da Entidade Pagadora (Estado do Espírito Santo) quanto quando do repasse dos mesmos recursos (essas despesas intraorçamentárias) à Entidade Recebedora (IPAJM), principalmente no que se refere às receitas de contribuições previdenciárias patronais do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

1.2) **INCLUSÃO**, na base de cálculo do PASEP, das transferências intragovernamentais extraorçamentárias (descentralização da execução orçamentária - cotas), com impacto nos aportes destinados à cobertura do déficit financeiro do RPPS.

1.3) **VEDAÇÃO** da **DEDUÇÃO**, na base de cálculo do PASEP, das demais transferências (distintas das transferências voluntárias) concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres, e que não consta (tal vedação) de foram expressa no art. 2º e no art. 7º da Lei Federal nº 9.715/1998.

1.4) **INCLUSÃO**, na base de cálculo do PASEP, dos rendimentos financeiro decorrentes das transferências voluntárias, uma vez que a parcela principal (transferências voluntárias) é excluída da base de cálculo do PASEP, mas os rendimentos oriundos (dessas transferências voluntárias) estão inseridos na base de cálculo do PASEP.

1.5) A **VIABILIDADE** (ou não) do ajuizamento de Ação Judicial para a **EXCLUSÃO** pontos acima destacados e que causariam enorme prejuízo ao Erário Estadual.

2) CDA/PA/AUTO DE INFRAÇÃO/PROCESSO JUDICIAL:

2.1) PA Nº:
A) 849.672-93 (FÍSICO).
B) 2020-584HN (E-DOCS).

3) NOME/CPF/CNPJ DO(A,S) REQUERENTE(S):

3.1) SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA (PELA SUA SUBSECRETARIA DO TESOURO ESTADUAL).

À PROCURADOR-CHEFE DA PFI,

I) DOS FATOS:

Trata-se, **na origem**, de **PROCESSO ADMINISTRATIVO (PA nº: 849.672-93 - FÍSICO)**, protocolado na **PGE/ES** em **11.03.2019 (f. 28)**, em que o **Subsecretário do Tesouro Estadual (Dr. Bruno Pires Dias)** encaminha **(f. 28)** à **PGE-ES**:

1) O pedido de CONSULTA elaborado (em 27.02.2019 - f. 21-26v) pelo Secretário de Estado da Fazenda (Dr. Rogério Pegoretti Caetano Amorim) sobre a ALTERAÇÃO de ENTENDIMENTO ANTERIOR da Receita Federal do Brasil - RFB (Solução de Consulta nº 53/2012) que AUTORIZAVA os Entes Estaduais a deduzirem das suas despesas intraorçamentárias as CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS pagas pelos Estados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), uma vez que tal entendimento da RFB (Solução de Consulta nº 53/2012) foi ALTERADO (Solução de Consulta nº 278/2017 e Solução de Consulta nº 305/2017), sendo que o Estado do Espírito Santo aplicava o entendimento anterior com amparo também no Parecer da PGE/ES.Em **11.02.2019**, o **Sub-Gerente de Normas e Procedimentos Contábeis (SUNOP) (Dr. Eurico Roger dos Santos Lima) e o Consultor do Tesouro Estadual (Dr. Marcos Antônio Santos Filho) elaboram (f. 01-03) MANIFESTAÇÃO**[1] em que sustentam os principais pontos que resultam em **MAJORAÇÃO INDEVIDA** da base de cálculo (**para fins de apuração do PASEP em favor da União)** da **CONTRIBUIÇÃO PATRONAL** transferida pelo Estado do Espírito Santo ao Regime Próprio de Previdência Social (**RPPS**):

1) A RFB alterou (Solução de Consulta nº 278/2017 e Solução de Consulta nº 305/2017) entendimento anterior (Solução de Consulta nº 53/2012) que permitia que a contribuição patronal paga pelo Estado do Espírito Santo ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) fosse deduzido das despesas intraorçamentárias para fins de base de cálculo de pagamento (à União Federal) do PASEP.
2) Tal mudança de entendimento encontraria amparo na tese de que as contribuições patronais (consideradas como intraorçamentárias) constituirão prestação futura na forma de benefícios previdenciários e, por isso, devem receber o mesmo tratamento

1 Cabe destacar que a referida manifestação (f. 01-03) está INCOMPLETA por faltar o "ITEM 2" (verso da página 1).

das demais operações intraorçamentárias (inclusão pelo recebedor - União Federal - sem a dedução pelo repassador - Estado do Espírito Santo).

3) No que se refere à glosa da dedução das despesas de contribuição patronal na apuração do PASEP, entendem que a nova orientação da RFB resulta em *bis in idem* (dupla tributação sobre o mesmo fato).
4) Destaca a possibilidade de se discutir (por via da ação judicial) a exclusão das receitas do RPPS do Estado do Espírito Santo da base de cálculo do PASEP.
5) Informa que o PASEP constitui contribuição para o Programa de Integração Social, destinado a financiar o programa do seguro-desemprego e o abono, além de constituir fonte de recursos para o BNDES (art. 239[2] da CR/1988), ao passo que a contribuição do RPPS é destinada ao custeio da previdência (direito social), de acordo com as determinações constitucionais, pelos Entes da Federação e servidores (art. 6º, art. 40, art. 149 e art. 195 da CR/1988).
6) Destaca que os Entes da Federação (contribuintes do PASEP) já contribuem ao PASEP com base na receita corrente arrecadada

2 "Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 1º. Dos recursos mencionados no caput, no mínimo 28% (vinte e oito por cento) serão destinados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que preservem o seu valor. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 2º. Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o "caput" deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

§ 3º. Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.

§ 4º. O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

§ 5º. Os programas de desenvolvimento econômico financiados na forma do § 1º e seus resultados serão anualmente avaliados e divulgados em meio de comunicação social eletrônico e apresentados em reunião da comissão mista permanente de que trata o § 1º do art. 166. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)."

(ICMS, IPVA, ITCMD, Taxas etc.) e transferências correntes e de capital recebidas, sendo que a mesma base de receita constitui fonte de recursos orçamentários para custear o Regime de Previdência, resultando em dupla tributação: a) pelo ente (Estado ou Município) na arrecadação primária; e b) pela entidade autárquica responsável pela administração da previdência RPPS (contribuições e *déficit* financeiro).

7) Por analogia, as Entidades de Previdência Complementar (LC nº 109/2001) possuem tratamento diferenciado com relação à base de cálculo do PIS/PASEP, com a possibilidade de exclusão das receitas e rendimentos financeiros e quando destinadas às provisões ou reservas técnicas.
8) Assim, tributar as receitas do RPPS, além de atribuir outra destinação à parcela dos recursos vinculados ao custeio dos benefícios previdenciários, constitui tratamento diferenciado ao estabelecido no setor privado, e resulta em tributação de contribuição social (PIS/PASEP) sobre receita de contribuição social (RPPS).
9) A necessidade de análise sobre o tratamento tributário das transferências voluntárias decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres deve-se a duas operações não contempladas de forma específica na legislação do PASEP, permanecendo a parte omissa sujeita à análise da RFB, que, com objetivos arrecadatórios, sempre resulta em interpretação desfavorável ao contribuinte.
10) A primeira situação decorre de interpretação da RFB (SC nº 278/2017) que vedou a possibilidade de dedução da base de cálculo das respectivas transferências voluntárias concedidas, por considerar que a exclusão dessas transferências recebidas pelo ente beneficiário (art. 2º, § 7º, da Lei nº 9.715/1998) resultaria em vedação à dedução pelo ente transferidor, de forma a anular qualquer impacto tributário negativo para os cofres da União. Entretanto, entende-se que a RFB usou de interpretação extensiva da legislação, passando a adotar procedimentos não previstos em lei, tendo em vista que não houve alteração do mencionado art. 7º, que estabelece a possibilidade de deduzir as transferências efetuadas a outros entes públicos, sem especificar a modalidade de repasse.
11) Da mesma forma, no caso de devolução das transferências voluntárias concedidas, não existe previsão legal expressa pela possibilidade de exclusão da receita de restituição, quando se tratar de recursos vinculados decorrentes de convênios, contratos de repasse e instrumentos congêneres. No caso de transferência aos municípios, não houve dedução pelo Estado e nem a

inclusão pelos municípios, sem impacto tributário. Entretanto, no caso de devolução dos recursos, que passam a constar como "outras receitas correntes" e não como "receitas de transferências recebidas", a ausência de previsão legal acaba resultando em dupla tributação no Estado (1º - sem a possibilidade de deduzir no momento da transferência; 2º - pela inclusão no momento da restituição).

12) Anexa a Nota Técnica nº 002/2019/GECOG/SUBSET (f. 04-17) com sugestões de ações e encaminhamentos a serem adotados pelo Estado do Espírito Santo, visando deduzir os elevados impactos tributários no Cofre Público capixaba.

Em **12.02.2019**, o **Processo Administrativo** é enviado (**f. 18**) à **SEFAZ**.

Em **14.02.2019**, o **Subsecretário do Tesouro Estadual (Dr. Bruno Pires Dias)** solicita (f. 19) que seja elaborada **MINUTA DE CONSULTA** a ser encaminhada à RFB versando sobre os aspectos da base de cálculo da contribuição ao **PIS/PASEP** que ainda devem ser objeto de questionamento na esfera administrativa. Em seguida, retornem os autos a fim de que sejam encaminhados à **PGE** para análise tanto da minuta de consulta elaborada quanto das eventuais medidas judiciais cabíveis.

Em **08.03.2019**, o **Consultor do Tesouro Estadual (Dr. Marcos Antônio Santos Filho)** elabora (**f. 21-26v**) a **MINUTA DE CONSULTA** a ser encaminhada à **RFB**.

Em **11.03.2019**, o **Subsecretário do Tesouro Estadual (Dr. Bruno Pires Dias)** solicita (**f. 28**) o encaminhamento do Processo Administrativo à PGE para análise tanto da minuta de consulta elaborada quanto das eventuais medidas judiciais cabíveis.

Em **11.03.2019**, o **Processo Administrativo** é enviado (**f. 28**) à **PGE**.

Em **22.04.2020**, o **Procurador-Geral do Estado (Dr. Rodrigo Francisco de Paula)** determina (**f. 29**) a remessa do **Processo Administrativo** para a **Procuradoria-Fiscal (PFI)**.

Em **22.04.2020**, o **Processo Administrativo** é enviado (**f. 29**) à **PFI**.

Em **10.06.2020**, o presente **PA (E-DOCS nº 2020-584HN)** me é encaminhado (**via E-DOCS nº 2020-RCPNVL e via PA físico nº 849.672-93 - f. 29**) para análise. São esses os fatos.

II) DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS/JURÍDICOS:

II.1) DA QUESTÃO PRELIMNAR - DA POSSÍVEL NULIDADE DAS CONSULTAS ELABORADAS PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB) - INCOMPETÊNCIA DA RFB EM SE

MANIFESTAR EM PROCESSOS DESSA NATUREZA - COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL (APLICAÇÃO DO ART. 9º DA LEI FEDERAL Nº 9.717/1998) - PRECEDENTES:

Inicialmente, cabe destacar a possível **NULIDADE** (**por incompetência absoluta**) da **Solução de Consulta nº 278/2017, da Solução de Consulta nº 297/2017** e da **Solução de Consulta nº 305/2017**, todas expedidas pela **Receita Federal do Brasil (RFB)**. Isto porque, nos termos do art. **9º**[3] **da Lei Federal nº 9.717/1998**, a competência para tratar de orientação sobre o **RPPS** competia (**até 2019**) ao **Ministério da Previdência e Assistência Social** (**e não à RFB**), na esteira de precedentes do **STF**[4].

Assim, à **RFB** competem (competiam) **APENAS** a **ADMINISTRAÇÃO** e a **FISCALIZAÇÃO** da contribuição para o **PIS/PASEP** (**redação original do art. 10**[5] **da Lei Federal nº 9.717**[6]**/1998 - alterado pela Lei Federal nº 13.846/2019**[7]), razão pela qual se mostra possível

---

3 "Art. 9º. Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei; [...]".

4 Nesse sentido: "[...] O art. 9º da Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estatui: 'Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social: I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos Fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei'. Vê-se, pois, que tal norma delegou competência ao Ministério da Previdência Social para o estabelecimento de regras gerais atinentes ao regime previdenciário [...]" (STF, RE nº 947.099, Rela. Mina. Carmem Lúcia, d.je. 29.03.2016).

5 "Art. 10. A administração e fiscalização da contribuição para o PIS/PASEP compete à Secretaria da Receita Federal".

6 Que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

7 Art. 9º. Compete à União, por intermédio da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, em relação aos regimes próprios de previdência social e aos seus fundos previdenciários: (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

I - a orientação, a supervisão, a fiscalização e o acompanhamento; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

II - o estabelecimento e a publicação de parâmetros, diretrizes e critérios de responsabilidade previdenciária na sua instituição, organização e funcionamento, relativos a custeio, benefícios, atuária, contabilidade, aplicação e utilização de recursos e constituição e manutenção dos fundos previdenciários, para preservação do caráter contributivo e solidário e do equilíbrio financeiro e atuarial; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

III - a apuração de infrações, por servidor credenciado, e a aplicação de penalidades, por órgão próprio, nos casos previstos no art. 8º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019).

IV - a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), que atestará, para os fins do disposto no art. 7º desta Lei, o cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Muni-

concluir que a **RFB EXTRAPOLOU** as suas atribuições e competências na elaboração das consultas acima e que permitem, portanto, o seu questionamento.

II.2) QUESTIONAMENTO 1: quanto à VEDAÇÃO da DEDUÇÃO, na base de cálculo do PASEP, das despesas intraorçamentárias, sendo tributadas (essas despesas intraorçamentárias) tanto quando do ingresso dos recursos nos Cofres Públicos da Entidade Pagadora (Estado do Espírito Santo) quanto quando do repasse dos mesmos recursos (essas despesas intraorçamentárias) à Entidade Recebedora (IPAJM), principalmente as receitas de contribuições previdenciárias patronais do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) - do entendimento da RFB (Solução de Consulta nº 278/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017) sobre a base de cálculo do PASEP pelos Estados:

Para melhor compreensão do questionamento acima, necessária se faz uma introdução prévia sobre os termos técnicos envolvidos, especialmente sobre os seguintes pontos:

1) Análise da base de cálculo do PASEP.
2) Conceito de despesa intraorçamentária.
3) Forma de ingresso dos recursos nos Cofres Públicos (no Estado do Espírito Santo) da contribuição dos servidores públicos ao RPPS.
4) Forma de repasse ao IPJAM (pelo Estado do Espírito Santo) das contribuições previdenciárias patronais para o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).
5) Entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) (Solução de Consulta nº 278/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017) sobre o tema.

---

cípios, dos critérios e exigências aplicáveis aos regimes próprios de previdência social e aos seus fundos previdenciários. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios encaminharão à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, na forma, na periodicidade e nos critérios por ela definidos, dados e informações sobre o regime próprio de previdência social e seus segurados. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)"

1) ANÁLISE DA BASE DE CÁLCULO DO PASEP:

O **PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público)** é um tributo, instrumentalizado na forma de **CONTRIBUIÇÃO SOCIAL** com o objetivo de financiar a **SEGURIDADE SOCIAL**.

O **PASEP** possui uma **DESTINAÇÃO ESPECÍFICA** prevista no **art. 239[8] da CR/1988**, qual seja, financiar (**juntamente com o PIS[9]**):

1) O Programa do Seguro-Desemprego.
2) O Abono Salarial.
3) Outras ações da previdência social.

O **PASEP** foi criado pela **Lei Complementar Federal nº 08/1970** e cujo teor estabelecia, inicialmente, as seguintes bases de cálculo:

1) As RECEITAS CORRENTES PRÓPRIAS: no caso específico dos Estados (o ICMS, o IPVA, o ITCMD, Taxas, Serviços etc.) (art. 2º, II[10], da Lei Complementar Federal nº 08/1970), DEDU-

8 "Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 1º. Dos recursos mencionados no caput, no mínimo 28% (vinte e oito por cento) serão destinados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que preservem o seu valor. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

§ 2º. Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o "caput" deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.

§ 3º. Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.

§ 4º. O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.

§ 5º. Os programas de desenvolvimento econômico financiados na forma do § 1º e seus resultados serão anualmente avaliados e divulgados em meio de comunicação social eletrônico e apresentados em reunião da comissão mista permanente de que trata o § 1º do art. 166. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)."

9 Programa de Integração Social.

10 "Art. 2º. A União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios contribuirão para o Programa, mediante recolhimento mensal ao Banco do Brasil das seguintes parcelas:

I - União:

ZIDAS as transferências feitas a outras entidades da Administração Pública.

2) A RECEITA ORÇAMENTÁRIA: no caso específico das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, dos Estados (art. 3º[11] da Lei Complementar Federal nº 08/1970).

Posteriormente, tal base de cálculo (**art. 2º e art. 3º, todos da LCF nº 08/1970**) foi alterada (**ampliada**[12]) pela **Lei Federal nº 9.715/1998**, cujo teor estabelece que a base de cálculo do **PASEP** (**no caso específico das pessoas jurídicas de direito público interno - art. 2º, III**[13]) será composta das seguintes parcelas:

1% (um por cento) das receitas correntes efetivamente arrecadadas, deduzidas as transferências feitas a outras entidades da Administração Pública, a partir de 1º de julho de 1971; 1,5% (um e meio por cento) em 1972 e 2% (dois por cento) no ano de 1973 e subseqüentes.

II - Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios:

a) 1% (um por cento) das receitas correntes próprias, deduzidas as transferências feitas a outras entidades da Administração Pública, a partir de 1º de julho de 1971; 1,5% (um e meio por cento) em 1972 e 2% (dois por cento) no ano de 1973 e subseqüentes;

b) 2% (dois por cento) das transferências recebidas do Governo da União e dos Estados através do Fundo de Participações dos Estados, Distrito Federal e Municípios, a partir de 1º de julho de 1971.

Parágrafo único. Não recairá, em nenhuma hipótese, sobre as transferências de que trata este artigo, mais de uma contribuição."

11 "Art. 3º. As autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios contribuirão para o Programa com 0,4% (quatro décimos por cento) da receita orçamentária, inclusive transferências e receita operacional, a partir de 1º de julho de 1971; 0,6% (seis décimos por cento) em 1972 e 0,8% (oito décimos por cento) no ano de 1973 e subseqüentes."

12 A adição da base de cálculo se deve à inclusão das: 1) transferências correntes; e 2) receitas de capital recebidas.

13 "Art. 2º. A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

~~II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista e as fundações, com base na folha de salários; (Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001);

III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

§ 1º. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

§ 2º. Excluem-se do disposto no inciso II deste artigo os valores correspondentes à folha de pagamento das instituições ali referidas, custeadas com recursos originários dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

§ 3º. Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

~~§ 4º. Não se incluem, igualmente, na base de cálculo da contribuição das empresas públicas e das sociedades de economia mista, os recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União.(Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

1) O valor mensal (na alíquota de 1% - art. 8º, III[14], da Lei nº 9.715/1998) sobre as seguintes bases de cálculo:

1.1) RECEITAS CORRENTES[15] ARRECADADAS.
1.2) TRANSFERÊNCIAS CORRENTES[16].
1.3) RECEITAS DE CAPITAL[17] RECEBIDAS.
1.4) FOLHA DE SALÁRIOS (no caso específico das FUNDAÇÕES PÚBLICAS das pessoas jurídicas de direito público interno - art. 68º[18] e art. 69[19], todos do Decreto Federal nº 4.524/2002[20]).

---

§ 5º. O disposto nos §§ 2o, 3o e 4o somente se aplica a partir de 1o de novembro de 1996.

§ 6º. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 7º. Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)"

14 "Art. 8º. A contribuição será calculada mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes alíquotas:

I - zero vírgula sessenta e cinco por cento sobre o faturamento;

II - um por cento sobre a folha de salários;

III - um por cento sobre o valor das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas."

15 "São RECEITAS CORRENTES as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes." (art. 11, § 1º, da Lei Federal nº 4.320/1964).

16 "Classificam-se como TRANSFERÊNCIAS CORRENTES as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado" (art. 12, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/1964).

17 "São TRANSFERÊNCIAS DE CAPITAL as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública." (art. 12, § 6º, da Lei Federal nº 4.320/1964).

18 "Art. 68. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção do PIS/Pasep incidente sobre o valor das transferências correntes e de capital efetuadas para as pessoas jurídicas de direito público interno, excetuada a hipótese de transferências para as fundações públicas (Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º, § 6º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 19, e Lei Complementar nº 8, de 1970, art. 2º, parágrafo único).

Parágrafo único. Não incidirá, em nenhuma hipótese, sobre as transferências de que trata este artigo, mais de uma contribuição."

19 "Art. 69. As fundações públicas contribuem para o PIS/Pasep com base na folha de salários (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 13, inciso VIII)."

20 Cujo teor regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral, aplicável também às Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno (Livro II - arts 67 a 73), e que manteve a redação do art. 2º, do art. 7º e do art. 8º, todos da Lei Federal nº 9.715/1998.

Das rubricas acima (**receitas correntes arrecadadas, transferências correntes e receitas de capital**), serão **DEDUZIDAS**[21] as transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido (**art. 2º, § 7º**).

A leitura do **art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998**, deve ser feita **EM CONJUNTO** com o seu **art. 7º**[22], pois este dispositivo estabelece que as **RECEITAS CORRENTES ARRECADADAS INCLUEM** quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, com a **DEDUÇÃO** das transferências efetuadas a outras entidades públicas.

2) CONCEITO DE DESPESA INTRAORÇAMENTÁRIA:

O conceito de **DESPESA INTRAORÇAMENTÁRIA** se refere às despesas do órgão, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes do orçamento fiscal e da seguridade social relacionadas:

1) Às aquisições de materiais, bens e serviços.
2) Ao pagamento de impostos, taxas e contribuições.
3) A outras operações.

Quando o **RECEBEDOR** dos recursos também for órgão, fundo, autarquia, fundação, empresa estatal dependente ou outra entidade constante desse orçamento, **NO ÂMBITO DA MESMA ESFERA DE GOVERNO**.

Esse é o conceito extraído do próprio **MANUAL DE CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO DO MINISTÉRIO DA FAZENDA**[23] (**Secretaria do Tesouro Nacional**) que, inclusive, cita o seguinte exemplo:

21 A justificativa de tal dedução se fundamenta na justificativa de que tais valores (transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido) não integram de forma definitiva o orçamento do Estado, apenas transitam pelo caixa do Ente Governamental recebedor posto que será aplicado ao fim público definido.

22 "Art. 7º. Para os efeitos do inciso III do art. 2o, nas receitas correntes serão incluídas quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas, no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, e deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas."

23 http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/669463/CPU_Parte+VI+-+PR/b2cb9314-4786-4da9-ab7d-7388c27cd92c#:~:text=As%20despesas%20intra%2Dor%C3%A7ament%C3%A1rias%20ocorrem,contribui%C3%A7%C3%B5es%2C%20al%C3%A9m%20de%20outras%20opera%C3%A7%C3%B5es%2C (pesquisado em 29.06.2020).

> **"[...] Ocorre despesa intra-orçamentária, por exemplo, quando o Ministério da Saúde - órgão integrante do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, apropria uma obrigação com a Imprensa Oficial, que também pertence ao Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. Observa-se que no momento da apropriação da obrigação ocorre uma despesa intra-orçamentária no Ministério da Saúde e no momento do recebimento, pela Imprensa Oficial, ocorre uma receita intra-orçamentária. Portanto, ocorrendo uma despesa intra-orçamentária, obrigatoriamente ocorrerá uma receita intra-orçamentária em órgão integrante do Orçamento Fiscal e Seguridade Social, mas em virtude da despesa ser reconhecida no momento da apropriação e a receita no momento da arrecadação, os registros não ocorrerão no mesmo momento. [...]"**

3) FORMA DE INGRESSO DOS RECURSOS (CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO RPPS) NOS COFRES PÚBLICOS (NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) NO CASO EM CONCRETO (PARA OS FINS DE CONTRIBUIÇÃO DO PASEP):

No caso em concreto (**do Estado do Espírito Santo e para fins de contribuição do PASEP**), tem-se que a contribuição dos servidores públicos (**deduzida em folha de pagamento - atualmente na alíquota de 14% - art. 40, I[24], da Lei Complementar Estadual nº 282/2004**) para o **Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)** possui natureza de **RECEITAS CORRENTES[25] ARRECADADAS**.

Tal contribuição é, inicialmente, recolhida **DIRETAMENTE** pelo Estado do Espírito Santo (**art. 42[26] da Lei Complementar Estadual nº 282/2004**) e, **POSTERIORMENTE**, repassada ao **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA JERÔNIMO MONTEIRO (IPAJM)**, que é a entidade autárquica responsável, como gestor único, pela

---

24 "Art. 40. O Regime Próprio de Previdência de que trata esta Lei Complementar, será custeado mediante os seguintes recursos:

I - contribuição mensal compulsória do segurado ativo, no percentual de 14% (quatorze por cento), deduzida em folha de pagamento, incidente sobre a totalidade da base de contribuição; (**nova redação dada pela Lei Complementar nº 931/2019**) [...]"

25 "São **RECEITAS CORRENTES** as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes." (**art. 11, § 1º, da Lei Federal nº 4.320/1964**).

26 "Art. 42. As contribuições, de que tratam os incisos I, II e III do artigo 40, serão recolhidas ao IPAJM, até o 5º (quinto) dia útil após a data do efetivo pagamento dos segurados ativos, sob pena de multa, juros e de incidência de correção.

§ 1º. As complementações, de que trata o § 1º do artigo 40, serão repassadas ao IPAJM, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas da data prevista para o efetivo pagamento dos benefícios previdenciários. [...]".

administração do regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado do Espírito Santo (**art. 2º[27] da Lei Complementar Estadual nº 282/2004**).

4) FORMA DE REPASSE AO IPAJM (PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS PARA O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS).

Conforme conceito elaborado pelo próprio Tesouro Nacional, a **CONTRIBUIÇÃO PATRONAL** corresponde à contribuição previdenciária devida pelo Ente Público ao **RPPS** em decorrência da sua condição de empregador. No caso em concreto (**do Estado do Espírito Santo e para fins de contribuição do PASEP**), tem-se que a **CONTRIBUIÇÃO PATRONAL** efetuada pelos Poderes do Estado do Espírito Santo encontra amparo (**atualmente na alíquota de 14% - art. 40, III[28], da Lei Complementar Estadual nº 282/2004**) para o **Regime Próprio de Previdência Social (RPPS)** e possui natureza de **RECEITAS CORRENTES ARRECADADAS**.

5) DO ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB) SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO PASEP PELOS ESTADOS:

A **RFB** consolidou o entendimento sobre a base de cálculo do PASEP pelos Estados nos seguintes instrumentos:

> 1.1) SOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 278/2017: cujo entendimento (para o que interesse ao caso em concreto) estabelece que as operações intraorçamentárias não estão abrangidas pela dedução autorizada (art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998) no que se refere às transferências corrente e de capital da Lei nº 4.320/64, tendo em vista que, na interpretação da RFB, nestas operações (intraorçamentárias)

27 "Art. 2º. Fica o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo, legalmente designado pela sigla IPAJM, entidade autárquica, com personalidade jurídica de direito público interno e autonomia administrativa, financeira e patrimonial, em relação ao Poder Executivo, responsável, como gestor único, pela administração do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores do Estado do Espírito Santo. (**nova redação dada pela Lei Complementar n° 539/2009**)"

28 "Art. 40. O Regime Próprio de Previdência de que trata esta Lei Complementar, será custeado mediante os seguintes recursos: [...]

III - contribuição mensal compulsória dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e demais órgãos mencionados no artigo 4º, no percentual de 14% (quatorze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição do respectivo segurado ativo, de que trata o inciso I deste artigo; (nova redação dada pela Lei Complementar nº 945/2020) [...]"

há a contraprestação de bens e serviços. Ou seja, a principal fundamentação da RFB para classificar os recursos repassados às entidades integrantes do orçamento fiscal e da seguridade social do ente, seria a existência de contraprestação. Com isso, haverá a inclusão das receitas intraorçamentárias na base de incidência pela pessoa jurídica recebedora (IPAJM), porém, não haverá possibilidade de dedução pelo ente transferidor (Estado do Espírito Santo). Extrai-se da referida consulta o trecho específico:

"23.5. De outro lado, quanto às operações intraorçamentárias, elas não estão abrangidas pelo conceito de transferência corrente e de capital da Lei nº 4.320, de 1964, haja vista que se realizam através de contraprestação em bens e serviços ou simplesmente decorrem do pagamento de alguma obrigação da entidade. [...]

23.5.3. Dessa forma, caso a operação intraorçamentária ocorra entre entes com personalidade jurídica de direito público, apesar de os valores já terem sofrido tributação em um momento anterior, o ente recebedor dos recursos deve tratá-las como receitas correntes (que não a espécie transferências) e inseri-las na base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas Governamentais devida por ele. Já o ente transferidor não pode deduzir tais valores de sua base de cálculo dessa contribuição, haja vista que não se trata de transferências correntes e de capital.

25.8. As contribuições patronais recebidas pelos RPPS são, na essência, operações intraorçamentárias, pois o ente público transfere para o fundo os recursos e em troca, espera uma contraprestação para seus servidores na forma de benefícios previdenciários. Portanto, os recursos transferidos devem ser encarados dessa forma.

32.2. Nas operações intraorçamentárias, o ente transferidor não pode excluir de sua base de cálculo os valores transferidos, por não se sujeitarem à parte final do Art. 7º da Lei Nº 9.715, de 1998. O ente recebedor dos recursos também não pode excluir as Receitas Intraorçamentárias Correntes de sua base de cálculo, pois os valores recebidos não se enquadram como transferências para fins da Lei Nº 4.320, de 1964, e do Art. 7º retromencionado."

Nesse ponto, já vale antecipar que tal entendimento da RFB CONTRARIA não apenas a determinação legal contida no **art. 7º[29] da Lei Fe-**

29 "Art. 7º. Para os efeitos do inciso III do art. 2o, nas receitas correntes serão incluídas quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas, no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, e deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas."

deral nº 9.715/1998 (e que deve ser lida em conjunto com o art. 2º, III[30], da Lei Federal nº 9.715/1998), bem com um dos princípios norteadores da instituição do **PASEP**, qual seja, o de proibir o ***BIS IN IDEM***, uma vez que, desde a Lei Complementar nº 07/1970, se permitiu **DEDUZIR** as transferências feitas a outras entidades da Administração Pública, **SEM QUALQUER LIMITAÇÃO RESTRITIVA** (**tal como interpretado pela RFB**) pois, como já afirmado anteriormente na presente manifestação, este dispositivo estabelece que as **RECEITAS CORRENTES ARRECADADAS INCLUEM** quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, com a **DEDUÇÃO** das transferências efetuadas a outras entidades públicas.

E as **OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS** (**transferência da receita corrente do Estado do Espírito Santo para o IPAJM**) são aquelas realizadas entre órgãos e demais entidades da Administração Pública integrantes do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social (OFSS) do mesmo ente federativo; por isso, **NÃO REPRESENTAM NOVAS ENTRADAS DE RECURSOS** (novas receitas) nos cofres públicos do ente (**IPAJM**), mas apenas **REMANEJAMENTO** de receitas entre seus órgãos. Isso resta afirmado pela própria Secretaria do Tesouro[31].

---

30 "Art. 2º. A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

~~II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista e as fundações, com base na folha de salários; (Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001)

III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

§ 1º. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

§ 2º. Excluem-se do disposto no inciso II deste artigo os valores correspondentes à folha de pagamento das instituições ali referidas, custeadas com recursos originários dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

§ 3º. Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

~~§ 4º. Não se incluem, igualmente, na base de cálculo da contribuição das empresas públicas e das sociedades de economia mista, os recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União.(Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 5º. O disposto nos §§ 2o, 3o e 4o somente se aplica a partir de 1o de novembro de 1996.

§ 6º. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 7º. Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)"

31 http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/205525/AnexoI_RECEITA_ORCA-

Assim, tem-se que as **RECEITAS DE OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS**[32] em questão (**transferência da receita corrente do Estado do Espírito Santo para o IPAJM**) envolveram (**na sua origem**) **receitas correntes arrecadadas** (**nos moldes da base de cálculo do art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998**), valores estes que foram **TÃO SOMENTE** transferidos para o **IPAJM**, razão pela qual **NÃO REPRESENTAM NOVAS RECEITAS** (**ao IPAJM**) a **AUTORIZAR**, portanto, a **INCIDÊNCIA CUMULATIVA** do **PASEP** (**tanto nas receitas correntes arrecadadas pelo Estado do Espírito Santo quanto nos valores recebidos por aquele pelo IPAJM**). Esse é, inclusive, o entendimento do próprio **TESOURO NACIONAL** e que **EXPRESSAMENTE** destaca a possibilidade de **ANULAÇÃO DO EFEITO DA DUPLA CONTAGEM NA CONSOLIDAÇÃO DAS CONTAS GOVERNAMENTAIS**:

> "[...] (iii) Receitas de Operações Intraorçamentárias
>
> Operações intraorçamentárias são aquelas realizadas entre órgãos e demais entidades da Administração Pública integrantes do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social (OFSS) do mesmo ente federativo; por isso, não representam novas entradas de recursos nos cofres públicos do ente, mas apenas remanejamento de receitas entre seus órgãos.
>
> Atenção:
>
> As receitas intraorçamentárias são a contrapartida das despesas classificadas na modalidade de aplicação "91 - Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social" que, devidamente identificadas, possibilitam anulação do efeito da dupla contagem na consolidação das contas governamentais. Dessa forma, a fim de se evitar a dupla contagem dos valores financeiros objeto de operações intraorçamentárias na consolidação das contas públicas, a Portaria Interministerial STN/SOF nº 338/2006, incluiu as "Receitas Correntes Intraorçamentárias" e "Receitas de Capital Intraorçamentárias", representadas, respectivamente, pelos códigos 7 e 8 em suas categorias econômicas. Essas classificações, segundo disposto pela

MENTARIA.pdf

32 que são as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado (art. 12, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/1964) (http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/205525/AnexoI_RECEITA_ORCAMENTARIA.pdf)

Portaria que as criou, não constituem novas categorias econômicas de receita, mas apenas especificações das categorias econômicas "Receita Corrente" e "Receita de Capital" [...][33]"

"[...] OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS

A Portaria STN no 869, de 15 de dezembro de 2005, incluiu, no Anexo I da 2a edição do Manual de Procedimentos da Receita Pública (atualmente 7ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público), as naturezas de receitas e suas respectivas funções das operações entre órgãos, fundos, autarquias, fundações públicas, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes dos mesmos orçamentos fiscal e da seguridade social.

As despesas e receitas intraorçamentárias devem ser identificadas para evitar a dupla contagem, quando ocorrerem dispêndios de órgãos, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social decorrentes da aquisição de materiais, bens e serviços, pagamento de impostos, taxas e contribuições, além de outras operações, quando o recebedor dos recursos também for órgão, fundo, autarquia, fundação, empresa estatal dependente ou outra entidade constante desses orçamentos, no âmbito do mesmo ente da Federação. Para identificar as despesas intraorçamentárias, foi criada - pela Portaria STN no 688, de 14 de outubro de 2005, que alterou o Anexo II da Portaria Interministerial STN/SOF no 163, de 4 de maio de 2001 - a modalidade de aplicação 91 - Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

A Modalidade de Aplicação 91 tem como fundamento o fato de que:

a) as operações entre órgãos, fundos e entidades previstas nos orçamentos fiscal e da seguridade social deverão ser executadas, obrigatoriamente, por meio de empenho, liquidação e pagamento, nos termos da Lei no 4.320, de 17 de março de 1964;

b) as operações deverão ser identificadas pela modalidade de aplicação 91 quando ocorrerem operações entre órgãos, fundos e entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social."

33 http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/205525/AnexoI_RECEITA_ORCAMENTARIA.pdf

> **As subcategorias econômicas das receitas intraorçamentárias (correntes e de capital) são as mesmas das receitas correntes e de capital. No entanto, as intraorçamentárias são específicas de operações entre órgãos, fundos, autarquias, fundações, empresas estatais dependentes e outras entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, realizadas na mesma esfera de governo (federal, estadual ou municipal).**
>
> **As rubricas das receitas intraorçamentárias deverão ser identificadas a partir dos códigos:**
>
> **7000.00.00 - Receita Intraorçamentária Corrente;**
>
> **8000.00.00 - Receita Intraorçamentária de Capital.**
>
> **O mecanismo de formação do código dessas receitas consiste em substituir a categoria econômica da receita pelo dígito 7, se a receita intraorçamentária for corrente; e pelo dígito 8, se a receita intraorçamentária for de capital. Os demais níveis deverão ser mantidos, conforme a conta contábil original. [...][34]"**

II.3) QUESTIONAMENTO 2: quanto à INCLUSÃO, na base de cálculo do PASEP, das transferências intragovernamentais extraorçamentárias (descentralização da execução orçamentária - cotas), com impacto nos aportes destinados à cobertura do déficit financeiro do RPPS:

Para melhor compreensão do questionamento acima, necessária se faz uma introdução prévia sobre os termos técnicos envolvidos, especialmente sobre os seguintes pontos:

1) Conceito de transferências intragovernamentais.
2) Conceito de operações intraorçamentárias.
3) Entendimento da Receita Federal do Brasil (RFB) (Solução de Consulta nº 278/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017).

1) DO CONCEITO DE TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS:

TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS são transferências feitas no âmbito de cada governo. Podem ser destinadas a autarquias,

34 https://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/index.php?option=com_content&view=article&id=1116&catid=563&Itemid=675

fundações, fundos, empresas e a outras entidades autorizadas em legislação específica[35]. São as transferências financeiras realizadas no âmbito de cada governo, ou seja, dentro do próprio ente, como por exemplo, as transferências operacionais, subvenções econômicas e as contribuições a fundos.

As **TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS NÃO PODEM SER ENQUADRADAS** como **NOVAS RECEITAS** oriundas de **TRANSFERÊNCIAS CORRENTES** ou de **TRANSFERÊNCIAS DE CAPITAL (art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998)**. Isto porque o que deve ser analisado, para fins de base de cálculo do **PASEP**, é a **ENTRADA DA RECEITA** no Orçamento Público.

Se assim o for, tais **TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS** não estariam abrangidas no art. **2º, III**[36]**, da Lei Federal nº 9.715/1998**, sob pena de alargamento indevido da base de cálculo do **PASEP**.

2) DO CONCEITO DE OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS:

OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS são aquelas realizadas entre órgãos e demais entidades da Administração Pública integrantes

35 https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/transferencias-intra-governamentais

36 "Art. 2º. A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

~~II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista e as fundações, com base na folha de salários; (Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ **(Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001)**

III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

§ 1º. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

§ 2º. Excluem-se do disposto no inciso II deste artigo os valores correspondentes à folha de pagamento das instituições ali referidas, custeadas com recursos originários dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

§ 3º. Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 4º. Não se incluem, igualmente, na base de cálculo da contribuição das empresas públicas e das sociedades de economia mista, os recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União.(Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999) (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

§ 5º. O disposto nos §§ 2o, 3o e 4o somente se aplica a partir de 1o de novembro de 1996.

§ 6º. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (**Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001**)

§ 7º. Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (**Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013**)"

do orçamento fiscal e do orçamento da seguridade social do mesmo ente federativo; por isso, não representam novas entradas de recursos nos cofres públicos do ente, mas apenas movimentação de receitas entre seus órgãos. As **RECEITAS INTRAORÇAMENTÁRIAS** são a contrapartida das despesas classificadas na Modalidade de Aplicação "91 - Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social" que, devidamente identificadas, possibilitam anulação do efeito da dupla contagem na consolidação das contas governamentais.

Assim, as **OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS** são operações de movimentação de receitas entre os órgãos, e não implicam em percepção de nova riqueza (aumento do patrimônio) pelo órgão recebedor.

Se assim o for, tais **OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS** não estariam abrangidas no **art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998**, sob pena de alargamento indevido da base de cálculo do **PASEP**.

3) DO ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB) SOBRE A INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PASEP DE TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS E OPERAÇÕES INTRAORÇAMENTÁRIAS:

Nesse ponto, a RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017) sustenta a INCLUSÃO na base de cálculo do PASEP de outros valores (contas contábeis - transferências intragovernamentais e operações intraorçamentárias) que não se qualificariam como receitas orçamentárias, em ofensa ao **art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998**. Eis a manifestação da **RFB** nesse sentido:

> "23.4. De um lado, quanto às transferências intragovernamentais, elas ocorrem entre pessoas jurídicas de direito público no âmbito do mesmo ente federativo ou entre órgãos ou fundos sem personalidade jurídica da mesma pessoa jurídica de direito público. Daí também derivam dois tratamentos distintos:
>
> 23.4.1. Quando as transferências intragovernamentais ocorrerem entre órgãos ou fundos sem personalidade jurídica da mesma pessoa jurídica, o que atualmente ocorre através da descentralização da execução orçamentária e financeira, não haverá impacto para a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas Governamentais, dado que o contribuinte é a pessoa jurídica (inciso III do Art. 2º da Lei Nº 9.715, de 1998), sendo suas movimentações internas de recursos anuláveis quando da apuração da base de cálculo da exação. Assim, deve-se considerar as receitas correntes arre-

cadadas e as transferências correntes e de capital recebidas da pessoa jurídica e não de seus órgãos ou fundos para fins de apuração do tributo em voga.

23.4.2. Quando as transferências intragovernamentais ocorrerem entre pessoas jurídicas de direito público no âmbito do mesmo ente federativo, o tratamento tributário para fins da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep deve ser idêntico ao dispensado às transferências intergovernamentais, haja vista que em ambos os casos ocorreram transferências correntes e de capital entre entidades públicas (§2º e §6º do Art. 12 da Lei Nº 4.320, de 1964), o que configura a situação descrita na parte final do Art. 7º ou no §7º do Art. 2º da Lei Nº 9.715, de 1998. Dessa forma, deve seguir a mesma regra de inclusão ou exclusão dos valores, a depender do tipo de transferência efetuada (se transferência constitucional ou legal ou se transferência voluntária)."

"**Art. 2º**. A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

~~**II - pelas entidades sem fins lucrativos definidas como empregadoras pela legislação trabalhista e as fundações, com base na folha de salários; (Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)**~~ **(Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24.8.2001)**

III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.

§ 1º. As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal, pagarão, também, a contribuição calculada na forma do inciso I, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados.

§ 2º. Excluem-se do disposto no inciso II deste artigo os valores correspondentes à folha de pagamento das instituições ali referidas, custeadas com recursos originários dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

§ 3º. Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

> **~~§ 4º. Não se incluem, igualmente, na base de cálculo da contribuição das empresas públicas e das sociedades de economia mista, os recursos recebidos a título de repasse, oriundos do Orçamento Geral da União.(Vide Medida Provisória nº 1.858-6, de 1999)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)**
>
> **§ 5º. O disposto nos §§ 2o, 3o e 4o somente se aplica a partir de 1o de novembro de 1996.**
>
> **§ 6º. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)**
>
> **§ 7º. Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)"**

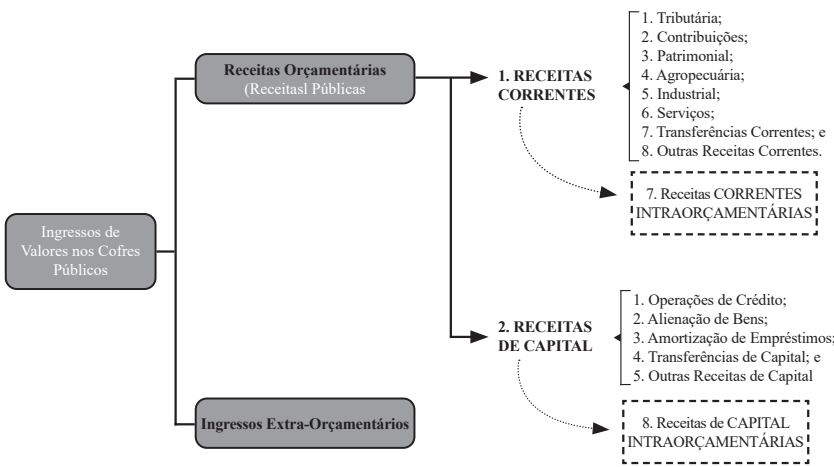
Nesse particular, e para fins de qualificar o ingresso de valor no Orçamento Público, é importante saber a **ORIGEM** e a **NATUREZA** de tais valores.

Assim, a **ORIGEM** é o detalhamento das Categorias Econômicas "**RECEITAS CORRENTES**" e "**RECEITAS DE CAPITAL**", com vistas a identificar a natureza da procedência das receitas no momento em que ingressam no Orçamento Público. Nos termos da **Lei nº 4.320/1964**, os códigos da **ORIGEM** para as receitas correntes e de capital são:

RECEITAS CORRENTES	RECEITAS DE CAPITAL
1. Receita Tributária	*1. Operações de Crédito*
2. Receita de Contribuições	*2. Alienação de Bens*
3. Receita Patrimonial	*3. Amortização de Empréstimos*
4. Receita Agropecuária	*4. Transferências de Capital*
5. Receita Industrial	*5. Outras Receitas de Capital*
6. Receita de Serviços	
7. Transferências Correntes	
8. Outras Receitas Correntes	

E essas **RECEITAS PÚBLICAS** ingressam nos Cofres Públicos nos seguintes termos:

Esquema de Classificação das Receitas Públicas, incorporando-se Categoria Econômica e Origem:



O equívoco do entendimento acima (**da RFB**) reside em qualificar como **INGRESSO DE RECEITA** (receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas), o que representa **TÃO-SOMENTE MOVIMENTAÇÃO INTERNA DE RECEITA** entre os órgãos do mesmo Ente Público (**Estado e IPAJM**).

E não é por outro motivo que o próprio art. **2º, § 3, da Lei Federal nº 9.715/1998, EXCLUI (da base de cálculo do PASEP - para fins da contribuição do PASEP pela UNIÃO)** os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União destinados às receitas das autarquias federais. Exatamente porque tais receitas (das autarquia federais) já ingressaram anteriormente no Orçamento Público da União e, posteriormente, foram **TRANSFERIDAS** para as receitas das autarquias (federais), sem que se possa confundir o simples **REMANEJAMENTO DA RECEITA** (para a autarquia federal) como **INGRESSO NOVO** de receita (**que já ocorreu no Orçamento Público da União**) sob pena de *bis in idem*, tal como vem ocorrendo com os demais entes públicos (não federais).

II.4) QUESTIONAMENTO 3: quanto à VEDAÇÃO da DEDUÇÃO, na base de cálculo do PASEP, das

demais transferências (distintas das transferências voluntárias) concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres, e que não consta (tal vedação) de foram expressa no art. 2º e no art. 7º da Lei Federal nº 9.715/1998:

Nesse ponto, a **RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017)** sustentaria:

1) A <u>POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO</u>, na base de cálculo do PASEP, APENAS das TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres, conforme autorizado pelo art. 2º, §7º, e o art. 7º, todos da Lei Federal nº 9.715/1998.

2) <u>A IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO</u>, na base de cálculo do PASEP, das demais TRANSFERÊNCIAS (constitucionais e legais) concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres em contrariedade ao que autorizado pelo art. 2º, §7º, e o art. 7º, todos da Lei Federal nº 9.715/1998.

Eis a manifestação da **RFB** nesse sentido:

> "[...] 20.6. Assim, pode-se concluir que o legislador preferiu não inserir as transferências voluntárias na *apuração mensal* para fins da base de cálculo da contribuição, já que a receita de transferência só estará configurada quando de seu efetivo recebimento pela entidade beneficiária. Nesse caso, os recursos, quando de seu efetivo repasse, já foram tributados na entidade transferidora por meio de suas receitas correntes arrecadadas. Por esse motivo é que as transferências voluntárias devem ser encaradas como uma exceção à regra prevista no inciso III do Art. 2º, conjugado com o Art. 7º da Lei Nº 9.715, de 1998, pois tais transferências acabam por serem tributadas na entidade transferidora e, quando o efetivo repasse ocorrer, devem ser excluídas da base de cálculo da entidade recebedora, para que não haja dupla tributação dos recursos em obediência ao parágrafo único do Art. 68 do Decreto Nº 4.524, de 2002."

Pela leitura do texto acima, não há elementos que permitam concluir que a **RFB** possua entendimento pela **<u>INCLUSÃO</u>**, na base de cálculo do **PASEP**, das demais transferências (**constitucionais/legais**). Até porque nenhuma menção existe à tal realidade na referida Consulta.

O que se pode extrair do mencionado entendimento é que as transferências voluntárias devem ser encaradas como uma exceção à regra prevista no **inciso III do art. 2º**, conjugado com o a**rt. 7º, ambos da Lei nº 9.715/98**, pois tais transferências acabam por ser tributadas na entidade transferidora e, quando o efetivo repasse ocorrer, devem ser excluídas da base de cálculo da entidade recebedora, para que não haja dupla tributação dos recursos em obediência ao **art. 68, parágrafo único[37], do Decreto Federal nº 4.524/2002**.

Para o entendimento do **art. 2°, III, § 3°, da Lei nº 9.715/1998**, cabe conceituar as transferências intergovernamentais e suas espécies. **Segundo a Secretaria do Tesouro Nacional (STN)**[38]:

> "As transferências intergovernamentais compreendem a entrega de recursos, correntes ou de capital, de um ente (chamado ´transferidor´) a outro (chamado ´beneficiário´, ou ´recebedor´). Podem ser voluntárias, nesse caso destinadas à cooperação, auxílio ou assistência, ou decorrentes de determinação constitucional ou legal. [...]
>
> 3.6.4.3. Transferências Constitucionais e Legais - Enquadram-se nessas transferências aquelas que são arrecadadas por um ente, mas devem ser transferidas a outros entes por disposição constitucional ou legal.
>
> 3.6.4.4. Transferências Voluntárias - Conforme o art. 25 da Lei Complementar nº 101/2000, 21 entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS) (MCASP, 2014)."

As TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS ou LEGAIS, desse modo, submetem-se à regra do inciso III e do § 7º do art. 2º da Lei nº 9.715/98. Vale dizer: elas devem constituir base de cálculo do ente recebedor dos recursos e serem excluídas da base de cálculo do ente transferidor[39]. Já as TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS são aquelas

37 "Art. 68. A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção do PIS/Pasep incidente sobre o valor das transferências correntes e de capital efetuadas para as pessoas jurídicas de direito público interno, excetuada a hipótese de transferências para as fundações públicas (Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º, § 6º, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 19, e Lei Complementar nº 8, de 1970, art. 2º, parágrafo único).

Parágrafo único. Não incidirá, em nenhuma hipótese, sobre as transferências de que trata este artigo, mais de uma contribuição."

38 Conforme expressa o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público - MCASP, 7. ed., 2014.

39 Conforme exposto pela Solução de Consulta n° 278 - Cosit. 1º de jun. de 2017. Contribuição para o PIS/Pasep

decorrentes de acordo entre os Entes Federativos, tais como convênios, contratos de repasse e auxílios.

Conforme ressaltou a STN, o ente recebedor deve registrar contabilmente a receita orçamentária apenas no momento da efetiva transferência dos recursos, pois a transferência voluntária de recursos, diferentemente das transferências constitucionais ou legais, não está garantida à entidade recebedora. Essa lógica é aplicável às receitas de TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS no que tange à base de cálculo da contribuição do PASEP, já que o objetivo do dispositivo em epígrafe é EXCLUIR tais transferências da incidência do tributo na entidade beneficiária dos recursos[40].

Assim, pode-se concluir que o legislador preferiu não inserir as **TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS** na apuração mensal para fins da base de cálculo da contribuição, já que a receita de transferência só estará configurada quando de seu efetivo recebimento pela entidade beneficiária. Nesse caso, os recursos, quando de seu efetivo repasse, já foram tributados na entidade transferidora por meio de suas receitas correntes arrecadadas. Por esse motivo é que as **TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS** devem ser encaradas como uma exceção à regra prevista no inciso **III do art. 2º**, conjugado com o **art. 7º, ambos da Lei nº 9.715/98**, pois tais transferências acabam por ser tributadas na entidade transferidora e, quando o efetivo repasse ocorrer, devem ser excluídas da base de cálculo da entidade recebedora, para que não haja dupla tributação dos recursos em obediência ao **art. 68, parágrafo único, do Decreto Federal nº 4.524/2002**.

Quanto às demais transferências (**constitucionais/legais**), tem-se que a questão foi, inclusive, resolvida pela **RFB** (**na Solução de Divergência nº 3-Cosit-2018**) no sentido de autorizar o **ENTE TRANSFERIDOR** de **EXCLUIR** (**de sua base de cálculo**) o **PASEP**, cabendo ao ENTE BENEFICIÁRIO INCLUIR o PASEP em sua base de cálculo (**por aplicação do art. 2º, III, da Lei nº 9.715/1998**), nos seguintes termos:

> "ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP ENTES PÚBLICOS. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUINTES. OPERAÇÕES INTERGOVERNAMENTAIS. FUNDEB. As transferências intergovernamentais podem se constituir em transferências constitucionais ou legais ou em transferências voluntárias:

40 Conforme Solução de Consulta nº 278 - Cosit. Receita Federal (Coordenação-Geral de Tributação)

a) As transferências intergovernamentais constitucionais ou legais estão abrangidas pela regra do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998, devendo o ente transferidor excluir os valores transferidos de sua base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas Governamentais e o ente beneficiário dos recursos deve incluir tais montantes na base de cálculo da sua contribuição;

b) As transferências intergovernamentais voluntárias estão abrangidas pelo § 7º do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998, devendo o ente transferidor manter os valores transferidos voluntariamente na base de cálculo de sua Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas Governamentais e o ente beneficiário deve excluir tais montantes de sua base de cálculo.

Os recursos do FUNDEB consistem em transferências intergovernamentais constitucionais ou legais operacionalizadas de modo indireto.

O § 6º do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998, ordena que a União retenha, por meio da Secretaria do Tesouro Nacional, os valores a serem transferidos a outros entes, podendo esses valores ser excluídos da contribuição devida desses últimos.

Dispositivos Legais: Constituição da República Federativa do Brasil , de 5 de outubro de 1988; Lei nº 9.715, 25 de setembro de 1998, art. 2º, III, § 6º e § 7º e art. 7 º; Decreto nº 4.524, de 17 de dezembro de 2002, art. 67, art. 68, parágrafo único e art. 69; Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, art. 11, § 1º e art. 12, § 2º e § 6º; Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 41; Lei Complementar nº 08, de 3 de dezembro de 1970, art. 2º; Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007."

Dessa forma, entendo que o entendimento firmado pela **RFB** (**na Solução de Consulta nº 278/2017**), ao contrário do que alegado (**f. 01-03; f. 04-17; f. 21-26v**) **EXPRESSAMENTE** autoriza a **DEDUÇÃO**, na base de cálculo do **PASEP**, das **TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS** concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres em observância ao disposto pelo **art. 2º, §7º, e pelo art. 7º, todos da Lei Federal nº 9.715/1998, bem como das TRANSFERÊNCIAS CONSTITUCIONAIS/LEGAIS (art. 2º, § 6º, da Lei nº 9.715/1998)**.

II.5) QUESTIONAMENTO 4: quanto à INCLUSÃO, na base de cálculo do PASEP, dos rendimentos financeiro decorrentes das transferências voluntárias (quando estas forem excluídas da

base de cálculo - aplicação do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998), uma vez que a parcela principal (transferências voluntárias excluídas da base de cálculo) é excluída da base de cálculo, mas os rendimentos oriundos (dessas transferências voluntárias excluídas da base de cálculo) estão inseridos na base de cálculo do PASEP.

Inicialmente, vale destacar que a **Lei Federal nº 9.717/1998**[41] contempla a hipótese de aplicação dos recursos destinados ao **RPPS** vinculados no mercado financeiro e de capitais (**art. 6º, IV**[42]), segundo critérios do **Conselho Monetário Nacional (Resolução CMN nº 3.922/2010)**.

Cumpre verificar, agora, se os rendimentos positivos obtidos na carteira de investimento dos **RPPS (e oriundos das transferências voluntárias quando estas forem excluídas da base de cálculo - aplicação do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998)** devem, ou não, ser

41 Que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

42 "Art. 6º. Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:

~~I - estabelecimento de estrutura técnico-administrativa, com conselhos de administração e fiscal e autonomia financeira; (Vide Medida Provisória nº 2.043-20, de 2000)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

II - existência de conta do fundo distinta da conta do Tesouro da unidade federativa;

~~III - aporte de capital inicial em valor a ser definido conforme diretrizes gerais; (Vide Medida Provisória nº 2.187-12, de 2001)~~ (Revogado pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

IV - aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional;

V - vedação da utilização de recursos do fundo de bens, direitos e ativos para empréstimos de qualquer natureza, inclusive à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a entidades da administração indireta e aos respectivos segurados;

VI - vedação à aplicação de recursos em títulos públicos, com exceção de títulos do Governo Federal;

VII - avaliação de bens, direitos e ativos de qualquer natureza integrados ao fundo, em conformidade com a Lei 4.320, de 17 de março de 1964 e alterações subseqüentes;

VIII - estabelecimento de limites para a taxa de administração, conforme parâmetros gerais;

IX - constituição e extinção do fundo mediante lei.

Parágrafo único. No estabelecimento das condições e dos limites para aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social, na forma do inciso IV do caput deste artigo, o Conselho Monetário Nacional deverá considerar, entre outros requisitos: (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

I - a natureza pública das unidades gestoras desses regimes e dos recursos aplicados, exigindo a observância dos princípios de segurança, proteção e prudência financeira; (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

II - a necessidade de exigência, em relação às instituições públicas ou privadas que administram, direta ou indiretamente por meio de fundos de investimento, os recursos desses regimes, da observância de critérios relacionados a boa qualidade de gestão, ambiente de controle interno, histórico e experiência de atuação, solidez patrimonial, volume de recursos sob administração e outros destinados à mitigação de riscos. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)"

computados (**ou dela deduzidos**), e, assim, servir (ou não) de base de cálculo para o **PASEP**.

Neste rastro, constata-se que os rendimentos positivos obtidos na carteira de investimento dos RPPS (**e oriundos das transferências voluntárias quando estas forem excluídas da base de cálculo - aplicação do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998**) decorrem da aplicação das receitas previdenciárias no mercado financeiro, - recursos esses advindos das contribuições previdenciárias dos servidores ao **RPPS**, das compensações financeiras entre os regimes previdenciário e das contribuições patronais, aportes, ou outras vinculações de bens ou valores realizados pelo ente federativo instituidor do regime - são todos eles legalmente vinculados ao pagamento presente ou futuro de benefícios previdenciários.

Neste sentido, observa-se a **DESTINAÇÃO ESPECÍFICA** que deve ser dada aos recursos vinculados ao **RPPS**, de acordo com o **art. 1º, III, da Lei Federal nº 9.717/98**:

> "As contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais."

Assim, resta evidente que os recursos auferidos por meio da aplicação financeira dos recursos dos RPPS (rendimentos) estão vinculados a sua destinação específica, qual seja, dar cobertura financeira ao plano de benefícios do Regime. Neste sentido, cita-se o art. 13[43] da Portaria nº 402/2008 do Ministério da Previdência Social.

Assim, as receitas auferidas pelos RPPS a título de RENDIMENTOS DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS dos recursos oriundos das transferências voluntárias (quando estas forem excluídas da base de cálculo - aplicação do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998), devem seguir o mesmo tratamento concedido às TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS (quando estas forem excluídas da base de cálculo - aplicação do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.715/1998). Vale dizer: tais rendimentos não devem

43 Art. 13. São considerados recursos previdenciários as contribuições e quaisquer valores, bens, ativos e seus rendimentos vinculados ao RPPS ou ao fundo de previdência de que trata o art. 11, inclusive a totalidade dos créditos do ente instituidor, reconhecidos pelo regime de origem, relativos à compensação financeira disciplinada na Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999."

servir de base de cálculo para o PASEP. Isso porque tais rendimentos são valores ACESSÓRIOS atrelados àqueles PRINCIPAIS. Em suma:

1) Se os rendimentos financeiros (oriundos das transferências intergovernamentais voluntárias) serviram de base de cálculo para o PASEP pelo ente transferidor (Estado) (§ 7º do art. 2º da Lei nº 9.715/1998), deve o ente transferidor manter os valores (recursos financeiros) transferidos voluntariamente na base de cálculo de sua contribuição para o PASEP incidente sobre Receitas Governamentais e o ente beneficiário deve excluir tais montantes de sua base de cálculo.
2) Já os rendimentos financeiros (oriundos das transferências intergovernamentais voluntárias excluídas da base de cálculo) integrados ao ente beneficiário devem ser excluídos da base de cálculo do PASEP, uma vez que o principal (transferências intergovernamentais voluntárias excluídas da base de cálculo) foram deduzidas da base de cálculo (por já terem servido de base de cálculo do PASEP pelo ente transferidor).

Ademais, é fundamental apresentar o entendimento inserido no MDF, 7ª edição, pag. 174, onde a STN, ao explicar o conteúdo das linhas de **DEDUÇÕES** do Demonstrativo da Receita Corrente Líquida, consagra que as parcelas acessórias devem ter o mesmo tratamento que as parcelas principais, nos seguintes termos:

> "DEDUÇÕES (II)
>
> Registra as deduções permitidas para a apuração da Receita Corrente Líquida, que são as Transferências Constitucionais e Legais, a Contribuição do Empregador e Trabalhador para a Seguridade Social, a Contribuição dos Servidores para o RPPS, a Compensação Financeira entre os Regimes de Previdência, a Contribuição para o Custeio das Pensões Militares, as Deduções para o FUNDEB e as Contribuições para o PIS/PASEP.
>
> As multas, juros e quaisquer acessórios incidentes sobre o principal, bem como a dívida ativa e multas e juros incidentes sobre as parcelas da dívida ativa dedutíveis da RCL deverão receber o mesmo tratamento dado ao principal, já que integram o produto da arrecadação e não subsistem quando descabida a cobrança do respectivo valor principal."

Pelo exposto, considerando-se a destinação específica dada aos recursos vinculados ao RPPS pela **Lei Federal nº 9.717/98** e pela Portaria MPS nº 402/2008, tanto para os principais (**transferências voluntárias**

excluídas da base de cálculo - art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.717/1998) quanto para os acessórios (**rendimentos financeiros**), bem como o entendimento de que ao **ACESSÓRIO** deve ser dispensado o mesmo tratamento dado ao **PRINCIPAL**, defende-se que as receitas orçamentárias referentes aos rendimentos da carteira de investimentos dos **RPPS** oriundos das **transferências voluntárias excluídas da base de cálculo** não devem ser computadas na base de cálculo do *PASEP*.

III) CONCLUSÃO:

Pelo exposto, conclui-se que:

1) **PRELIMINAR DE NULIDADE** (por incompetência absoluta) da Solução de Consulta nº 278/2017, da Solução de Consulta nº 297/2017 e da Solução de Consulta nº 305/2017, todas expedidas pela Receita Federal do Brasil (RFB), em ofensa ao art. 9º[44] da Lei Federal nº 9.717/1998.
2) **EQUÍVOCO** na Interpretação da RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017, na Solução de Consulta nº 297/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017), restando caracterizada a EXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* quanto à **VEDAÇÃO** (pela RFB) da **DEDUÇÃO**, na base de cálculo do PASEP, das despesas intraorçamentárias, sendo tributadas (essas despesas intraorçamentárias) tanto quando do ingresso dos recursos nos Cofres Públicos da Entidade Pagadora (Estado do Espírito Santo) quanto quando do repasse dos mesmos recursos (essas despesas intraorçamentárias) à Entidade Recebedora (IPAJM), principalmente no que se refere às receitas de contribuições previdenciárias patronais do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS): ao fundamento de que a leitura do art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998, deve ser feita **EM CONJUNTO** com o seu art. 7º, pois este dispositivo estabelece que as **RECEITAS CORRENTES ARRECADADAS INCLUEM** quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas no todo ou em parte, por outra entidade da

44 "Art. 9º. Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:
I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei; [...]"

Administração Pública, com a **DEDUÇÃO** das transferências efetuadas a outras entidades públicas.

3) **EQUÍVOCO** na Interpretação da RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017, na Solução de Consulta nº 297/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017) quanto à **INCLUSÃO**, na base de cálculo do PASEP, das transferências intragovernamentais extraorçamentárias (descentralização da execução orçamentária - cotas), com impacto nos aportes destinados à cobertura do déficit financeiro do RPPS: ao fundamento de que tais **TRANSFERÊNCIAS INTRAGOVERNAMENTAIS** não estão abrangidas no art. 2º, III, da Lei Federal nº 9.715/1998, sob pena de alargamento indevido da base de cálculo do PASEP, pois estas não representam **INGRESSO DE RECEITA** (receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas) junto ao IPAJM, mas, **TÃO-SOMENTE, MOVIMENTAÇÃO INTERNA DE RECEITA** entre os órgãos do mesmo Ente Público (Estado e IPAJM), sendo que a mesma (receita) já serviu de base de cálculo para o PASEP quando ingressou nos cofres públicos do Estado do Espírito Santo.
4) **ACERTO** na Interpretação da RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017, na Solução de Consulta nº 297/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017) quanto ao tratamento dado na base de cálculo do PASEP das transferências voluntárias concedidas a outras entidades públicas de direito público interno decorrentes de convênio, contratos de repasses e instrumentos congêneres, bem como das transferências constitucionais/legais: ao fundamento de que a referida interpretação autoriza que:
    a) as transferências voluntárias devem ser encaradas como uma exceção à regra prevista no inciso III do art. 2º, conjugado com o art. 7º, ambos da Lei nº 9.715/98, pois tais transferências acabam por ser tributadas na entidade transferidora e, quando o efetivo repasse ocorrer, devem ser excluídas da base de cálculo da entidade recebedora, para que não haja dupla tributação dos recursos em obediência ao art. 68, parágrafo único, do Decreto Federal nº 4.524/2002.
    b) as transferências constitucionais/legais devem excluídas da base de cálculo do PASEP pelo ente transferidor, cabendo ao ente beneficiário dos recursos incluir tais montantes na base de cálculo da sua contribuição, conforme entendimento da própria RFB (na Solução de Divergência nº 3-Cosit-2018).
5) **EQUÍVOCO** na Interpretação da RFB (na Solução de Consulta nº 278/2017, na Solução de Consulta nº 297/2017 e na Solução de Consulta nº 305/2017) quanto ao tratamento dado na **INCLU-**

SÃO, na base de cálculo do PASEP, dos rendimentos financeiro decorrentes das transferências voluntárias (excluídas da base de cálculo): ao fundamento de que, considerando-se a destinação específica dada aos recursos vinculados ao RPPS pela Lei Federal nº 9.717/98 e pela Portaria MPS nº 402/2008, tanto para os principais (transferências voluntárias) quanto para os acessórios (rendimentos financeiros), bem como o entendimento de que ao acessório deve ser dispensado o mesmo tratamento dado ao principal, defende-se que as receitas orçamentárias referentes aos rendimentos da carteira de investimentos dos RPPS não devem ser computadas na base de cálculo para determinação da RCL, observadas as deduções do art. 2º, § 7º, da Lei Federal nº 9.717/1998.

6) **VIABILIDADE** do ajuizamento de ação judicial (pelo Estado do Espírito Santo e pelo IPAJM) quanto aos itens "2", "3" e "5" para que seja afastada a interpretação (equivocada) dada pela RFB sobre os assuntos específicos.

À apreciação da PROCURADORA-CHEFE DA PFI.

Nestes termos.
Espera deferimento.
Vitória, 03 de julho de 2020.

CEZAR PONTES CLARK
Procurador do Estado do Espírito Santo
OAB/ES nº 12.306

2.2

CONTESTAÇÃO À AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL AJUIZADA POR XXX

CEZAR PONTES CLARK*

SUMÁRIO: I. DOS FATOS. II. DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS/JURÍDICOS. 1. DAS PRELIMINARES. 1.1. DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO-GERENTE PARA AJUIZAR DEMANDA EM NOME DA PESSOA JURÍDICA 1.2. DA AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA ASSUMIU O ENCARGO FINANCEIRO ORIUNDO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. 2. DO MÉRITO. 2.1. DA VALIDADE DA COBRANÇA DO DIFAL ANTES/APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 87/2015. 2.2. ADEMAIS, A LEGISLAÇÃO ESTADUAL APLICÁVEL AO CASO EM CONCRETO 2.3. DESCABIMENTO DO ART. 15 DO DECRETO-LEI N° 1.598/1977 (LEGISLAÇÃO FEDERAL) PARA FINS DE ISENÇÃO DA COBRANÇA DO DIFAL. 2.4. VALIDADE DA MULTA FISCAL (100% do valor do ICMS). III. DOS PEDIDOS.

I - DOS FATOS:

Trata-se, na origem, de AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL, ajuizada, em 05.04.2019, por XXX - COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA/LIMINAR - para fins de SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, em que se objetiva, na fase atual:

1) A DESCONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO ORIUNDO da cobrança do DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS (DIFAL) exigido pelo Estado do Espírito em relação às operações envolvendo aquisição de MERCADORIAS (DESTINADAS AO ATIVO FIXO/IMOBILIZADO) utilizadas pela empresa (XXX LTDA) (DA QUAL O AUTOR É SÓCIO- GERENTE).

O Autor (sócio-gerente da empresa XXX LTDA. - CNPJ n° 000) aduz as seguintes teses tidas como favoráveis à sua pretensão:

* Procurador do Estado do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Tributário pela Fucape.

1) O Autor é sócio-gerente da empresa XXX LTDA. (CNPJ n° 000).
2) Sobre as mercadorias adquiridas (ferramentas pneumáticas) de outras Unidades da Federação pela empresa XXX LTDA. não incidiria (por isenção) o DIFAL conforme determina o art. 15 do Decreto Federal n° 1.598/1977, uma vez que o custo de aquisição de bens do ativo n1o circulanæ imobilizado e intangível mo poderá ser deduzido como despesa operacional, salvo se o bem adquirido tiver valor unitśrio não superior a R$ 1.200,00, sendo esta a realidade dos autos, uma vez que o Autor ądquiriu as referidas mercadorias com unidades inferiores ao valor de R$ 1.200,00, conforme precedente[1].
3) A multa fiscal não é cabível pois não se observa da realidade do feito qualquer prejuízo ao Erário uma vez que houve apenas o descumprimento de uma obrigação acessória (não emissão de nota fiscal), tendo o Autor agido de boa-fé.
4) Natureza confiscatória da alíquota de 100% da multa fiscal, de forma que o percentual deve ser reduzido para 30%.

O Autor junta no presente feito os seguintes documentos:

1) Procuração/substabelecimento (f. 23; f. 139).
2) Contrato Social da empresa XXX LTDA. - CNPJ n° 000) (f. 24-26).
3) Cópia do Auto de Infração N° 000 (f. 28-58).
4) Cópia Integral do PTA n° 000 (f. 60-129).
5) Comprovação do pagamento das custas processuais (f. 131) com base no valor da causa de RȘ 19.581,90 (f. 21).

Em 03.07.2019, a Juízo determina (f. 133) a **INTIMAÇÃO** do Autor para EMENDAR a Petição Inicial, com a regularização do pólo ativo a fim de que passe a constar o sócio-gerente da empresa, tendo em vista que esta se encontra **LIQUIDADA** (f. 24-25; f. 134-135), no que é cumprido (f. 137-138) pelo Autor.

Em 28.08.2019, o Juízo ***INDEFERE*** (f. 142-143 v) o pleito de **SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO,** com amparo nos seguintes fundamentos:

1) No presente caso, a tutela antecipada pretendida pelo Autor diz respeito à suspensão dos efeitos decorrentes da CDA n° 000 (f.

1 TJSP. Apelação n° 8156416-38.2003.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Bianco, 5º CDP, d.j. 02.08.2011.

t2g), no valor de R$ 31.244,60 (atualizado até 07.08.2018), oriunda do Auto de Infração n° 000.

2) Compulsando os autos, verifica-se que o Autor foi autuado pela SEFAZ-ES, por meio do Auto de Infração n° 000, por infringir o art. 3º, XIV, e art. 188, XV, todos do RICMS/ES, (Decreto Estadual n° 1.090-R/2002), "*por deixar de recolher ICMS por Diferencial de Alíquotas, na aquisição para compor o Ativo Fixo, de ferramentas pneumáticas (NCM 84671900) de outras Unidades da Federação, no valor total original de R$ 126.896,75 (cento e vinte e seis mil e oitocentos e noventa e seis reais e setenta e cinco centavos")*, sofrendo a sanção prevista no art. 75, §1°, V, "a", da Lei Estadual n° 7.000/2001.
3) O Autor, a fim de refutar a autuação, sustenta, em síntese, que o mencionado Auto de Infração é insubsistente, haja vista que as notas fiscais de entrada referenciadas, dizem respeito à devolução de mercadorias remetidas para composição do ativo fixo da empresa, com unidades inferiores ao valor de R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) sendo, portanto, hipótese de não incidência tributária.
4) Contudo, em que pese as razões apresentadas, tem-se que não procede a alegação de que sob as operações em comento não incide ICMS, e que não incide o DIFAL de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, para fins de composição do ativo fixo da empresa.
5) Inicialmente, cabe salientar que o Decreto-Lei n° 1.598/77, utilizado como fundamento pelo Autor como parâmetro limitador de não incidência tributária, não é aplicável ao caso em comento, pois o mencionado Decreto trata de norma que altera a legislação do Imposto de Renda, sendo que as operações sobre as quais recaem ICMS são objeto de tratamento específico na legislação estadual.
6) No que diz respeito a incidência de ICMS, o RICMS-ES (Decreto Estadual n° 1.090-R/2002) dispõe o seguinte:

> "Art. 3º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: [...] XIV - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo ou a ativo fixo; ou [...]"
>
> "Art. 168. Ressalvadas as demais hipóteses previstas em lei, o Imposto será recolhido nos seguintes prazos: [...] XV - no prazo estipulado para as operações ou prestações normais da empresa, na entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a consumo próprio ou a ativo fixo, ou na contratação de serviços de transporte interestadual; ou [...]"

7) A Lei Estadual n° 7.000/2001, por sua vez, prevê que:

> "Art. 3º. Considera-se ocorrido fato gerador do **imposto** no **momento**: [...]
>
> XIII - da entrada no estabelecimento **de contribuinte** de **mercadoria, oriunda** de outro Estado, ou do Distrito Federal, destinada a consumo ou a ativo fixo;
>
> XIV - da utilização, por contribuinte, de serviço cł já prestação se tenha iniciado em outro Estado, ou no Distrito Federal, e não esteja vinculada a operação ou prestação subseqüente. [...]"
>
> "Art. II. A base de cálculo do imposto é: [...]
>
> IX - nas hipóteses dos Incisos XIII e XIV do art. 3.°, o valor da operação ou da prestação no Estado de origem. [...]
>
> § 3.° No caso do inciso IX, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto. [...]"

8) A partir dos mencionados dispositivos, é possível constatar que a **incidência** do fato gerador do ICMS se configura a entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria, quando oriunda de outro Estado ou do Distrito Federal, destinada ao ativo fixo. Assim, nesses casos, a base de cálculo aplicável será o valor da operação ou da prestação no Estado de origem, sendo que o imposto a pagar será aquele resultante do diferencial entre a alíquota interna e interestadual.
9) Verifica-se, assim, que a cobrança efetuada sobre os bens voltados ao ativo lmobìlìzado oriundo de outra Unidade da Federação, tal como ocorreu com o Autor, é abarcada pela legislação do lCMS e, submetida, portanto, ao chamado diferenciał de alìquotas para fins de complementação do ciclo de trìbutação.
10) A partir das informações contidas nas notas fiscais (f. 33•39), constata-se que os produtos adquiridos pelo Autor ao seu ativo fixo são oriundos do *Estado* de São Paulo, configurando-se, assim, a incidência do fato gerador de ICMS e, consequentemente, de diferencial de alíquotas.
11) Nessa análise preliminar, torna-se que não procede à alegado direito invocado pelo Autor, de que sob as transações não recai o ICMS. Isso porque, além de nǎo se aplicar ao caso o mencionado Decreto-Lei n° 1.598/1977, as próprias notas fiscais (f.

33/39), em seu corpo, indicam o valor a título de ICMS, sem, contudo, considerar em seu cálculo a porcentagem correspondente ao diferencial de alíquotas.

12) No que diz respeito à alegação de descompasso da multa aplicada aos princípios da razoabilidade c da proporcionalidade, no patamar de 100% (cem por cento) do valor do crédito, em tese, indevidamente escriturado, não se vislumbra o direito invocado pelo Autor, uma vez que o STF possui entendimento pacificado de que não possui caráter confiscatório multa fixada no referido montante, conforme precedentes[2].
13) Nesse contexto, cumpre ressaltar que os autos de infração, enquanto atos administrativos, gozam de presunção de legitimidade e de veracidade, sendo a primeira uma relação de conformidade do ato com a lei e a segunda a relação entre o ato e os fatos alegados pela Administração. Dessa forma, para se desconstituir o ato é necessário prova capaz de afastar tal presunção legal, aspecto não atendido no caso em tela.
14) No caso, as provas trazidas aos autos, em sede de cognição sumária, não permitem certificar, de pronto, as irregularidades apontadas pelo Autor, o que afasta a probabilidade do direito, sendo certo que as alegações são complexas, de modo que em respeito ao devido processo legal, impõe-se o prosseguimento regular do feito, com a dilação probatória.
15) Com efeito, prudente oportunizar o exercício do contraditório, permitindo-se a dilação probatória, a fim de que se possa decidir, a partir de mais elementos, acerca da pertinência dos argumentos invocados.
16) Assim, por não haver, por ora, elementos que informem a presunção de veracidade do que fora constatado pelo Fisco Estadual no momento da autuação, Foi **INDEFERIDO** o pedido de tutela antecipada consistente na suspensão dos efeitos da Certidão de Dívida Ativa (CDA) n° 000, oriundos do Auto de Infração n° 000.

Contra a referida decisão (f. 142•143v) o Autor interpôs (f. 147-163) **RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO** (Processo n° 000), ao qual foi **NEGADO** (f. 166-170) o **EFEITO SUSPENSIVO**.

Em 02.03.2020, o Estado do Espírito Santo é citado/intimado por carga dos autos (f. 176v). São esses os fatos.

2 Nesse sentido: STF ARE n° 1.073.192 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes. T2, dje. 28.02.2019.

II) DOS FUNDAMENTOS FÁTICOS/JURÍDICOS:

O ESTADO OO ESPÍRITO SANTO destaca, em síntese. os seguintes fundamentos aptos a justificar a **EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO/IMPROCEDÊNCIA** do pleito autoral:

1) DAS PRELIMINARES:

1.1) ***DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO SÓCIO-GERENTE PARA AJUIZAR DEMANDA EM NOME DA PESSOA JURÍDICA***: ao fundamento de que - ainda que EXTINTA REGULARMENTE (f. 24-25; f. 134-135) a empresa (XXX - CNPJ n° 000) da qual XXX foi sócio-gerente - a referida empresa possui LEGITIMIDADE ATIVA para discutir o débito fiscal em comento (DIFAL), nos termos do art. 18[3] do CPC/2015 e de precedentes[4] (inclusive em sede de RE-

3 "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pela ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial."

4 Nesse sentido:

1.RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. MEDIDA EXCEPCIONAL. DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO. IMPUGNAÇÃO. LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA. SUCUMBÊNCIA. PATRIMÔNIO MORAL ATINGIDO. DEFESA DA AUTONOMIA E DA REGULAR ADMINISTRAÇÃO. PROVIMENTO. 1. Desconsiderar a personalidade jurídica consiste em ignorar a personalidade autônoma da entidade moral, excepcionalmente, tornando-a ineficaz para determinados atos, sempre que utilizada para fins fraudulentos ou diferentes daqueles para as quais fora constituída, tendo em vista o canter não absoluto da personalidade jurídica, sujeita sempre a teoria da fraude contra credores e do abuso do direito. 2. No ordenamento jurídico nacional, o rot dos capacitados a interposição dos recursos østã no artigo 499 do Código de Processo Civil, do qual emerge a noção de sucumbência fundada no binômio necessidade/utilidade. O sucumbente/vencido detém legitimidade para recorrer, tendo em vista a capacidade do recurso de propiciar a recorrente situação mais favorável que a decorrente da decisão hostilizada. 3. A pessoa jurídiCa interessa a preservação do sua boa fama, assim como a punição de condutas ilícitas que venham a deslusṭrá-la. Dessa forma, quando há anúncio de medida excepcional e extrema que desconsidera a personalidade jurídica livre potencial bastante para atingir o patrimônio moral da sociedade, à pessoa jurídica será conferida a legitimidade para recorrer daquela decisão. 4. A lesão injusta ao patrimônio moral, que é valor agregado à pessoa jurídica, é fundamento bastante a legitimidade do recurso com vistas à recomposição do estado normal das coisas alterado pelo anúncio da desconsideração, sempre com vistas à defesa de sua autonomia e regular administração. 5. No mesmo sentido, precedente da Terceîra Turma do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: "o interesse na desconsideração ou. como na espécie, na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a eficácia de seu intuito, a qual deve sempre estar relacionada à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade" (REsp 1421464/SP, Rel. ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 12/05/2014). 6. Recurso especial provido." (STJ, Recurso Especial n" 1.208.652/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, T4, dje. 05.D8.2015) 3. "PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE RECONHECE A LEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS PARA A EXECUÇÃO FISCAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NO INTERESSE DO SÓCIO. ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA. DIALETICIDADE RECURSAL. IMPUGNAÇÃO ADEQUADA DOS ARGUMENTOS UTILIZADOS NA DECISÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ -EXECUTIVIDADE. SÓCIO CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE PARA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRiA PARA AFASTAR A PRESUNÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. 1. A pessoa jurídica não terá le-

CURSO REPETITIVO[5] - art. 543-C do CPC/1973), devendo TÃO-SOMENTE ser MANTIDA a responsabilidade tributária do sócio-gerente pelas dívidas da empresa (extinta regularmente).

1.2) *DA AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA ASSUMIU O ENCARGO FINANCEIRO* ORIUNDO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA: ao fundamento de que, conforme estabelece o art. 166 do CTN, para que a empresa possa pleitear a exclusão/cancelamento, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possua autorização expressa para tanto, conforme precedente[6].

2) DO MÉRITO:

2.1) DA VALIDADE DA COBRANÇA DO DIFAL ANTES/APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 87/2015: ao fundamento de que: a. as alterações promovidas pela EC n° 87/2015 em nada alteraram a sistemática (anterior) do DIFAL para as operações interestaduais com consumidores finais não contribuintes do imposto - o que, a toda evidência, não repercute no presente caso, porquanto a empresa (XXX - CNPJ n° 000) SEM-

gitimidade para interpor recurso no interesse do sócio. REsp 1347G27 / SP. (...)" (TJES, AI n° 0029343-77.2017.8 D8.0024. Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior, CCO3'. d.|e. 13.07.2018). 4. "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. A pessoa jurídica mo terá legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC: e da Resolução STJ n. 8/08" (STJ, Recurso Especial n° 1.Ş47.627/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, de. 21.10.2013).

5 "A pessoa jurídica não tem legitimidade para interpor recurso no interesse do sócio" (STJ. REsp n° 1.347.6274P, Rel. O Ministro Ari Pargendler, S1, de. 21.MAIO.2013). No mesmo sentido: 1) STJ, AgReg no REsp 1.347.627/SP, Rev. Min. Og Fernandes. T2, dje. 23.06.2015 [...] e 2) STJ. AREsp no AREsp n° 923.859/PR, Rela. Mina. Assusete Magalhães, T2, de. 11,11.2016). "com a dissolução da sociedade, seja ela extrajudicial (pleno iure, amigável, ou melhor, consensual ou voluntária) ou judicial, não se aniquilam, de imediato. os seus efeitos. nem sua responsabilidade social para com terceiros, pelas dívidas contraídas" (RTJ n° 85:945, JTACRS n° 35:287). No mesmo sentido: TJES, AI n° 0014752-09.2015.8.08.0048, Rel. Des. Namyr Carlos de Souza Filho, T2, d.je. 09.07.2015.

6 "TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTO PAGO A MAIOR, CONSIDERANDO A DIFERENÇA ENTRE O PREÇO ESTIMADO E O VALOR EFETIVO (MENOR) DA OPERAÇÃO. LEGITIMIDADE DO "SUBSTITUÍDO" PARA REQUERER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO OU PROCEDER À RESPECTIVA COMPENSAÇÃO, MAS SOMENTE A PARTIR DA LEI COMPLEMENTAR N° 87. DE 1996. ATÉ. a Lei Complementar n° 87, de 1996, o "substituído" não tinha qualquer relação jurídica com o sujeito ativo da obrigação tributária: depois dela, sem embargo de que não participe da relação tributária, o "substituto" está legitimado a requerer a repetição do indébito do ICMS pago a maior na chamada "substituição para frente" (art. 150, § 7º c/c o art. 10, § 1°, da Lei Complementar n° 87, de 1996) - desautorizada a presunção juris et de jure que militava a favor da base de cálculo por estimativa, no fim da Lei Complementar n° 44, de 1983. Recurso especial não conhecido." (STJ. REsp n° 203. 551/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, T2, d.j. 03.05 . 1999).

PRE FOI contribuinte do ICMS (vide CLÁUSULA TERCEIRA- f. 69 - do CONTRATO SOCIAL - f. 66-72), conforme precedentes:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENVOLVENDO MERCADORIAS DESTINADAS AO NOSSO ESTADO. RECOLHIMENTO DE DIFERENÇA. DIFAL. CONVÊNIO CONFAZ 93/2015. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E DA RESERVA LEGAL. INCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. I- A Constituição Federal reserva à Lei Complementar a regulação das regras gerais em matéria tributária (art. 146. III. CF/88), assim como o faz para definição de contribuintes, compensação, local das operações e base de cálculo, relativamente ao ICMS (art 155. § 2º, XII, a, c, d e i, CF/88). Já em seu artigo 155, §2°, inciso XII, letra g, da CF/88, atribui aos convênios dispor, mediante deliberação dos estados e do Distrito Federal, sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS. II - O Convênio ICMS 93/2015, editado pelo CONFAZ, buscou disciplinar os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens, mercadorias e serviços ao consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade da federação, nos termos da EC 87/2015. [...]. IV - A leitura do texto da norma revela que as disposições do Convênio ICMS 93/2015 não têm o condão de extrapolar os limites definidos pela Constituição, na medida em que a primeira vista, não inova quanto aos aspectos instrumentais da exação (alíquota e bar e de cálculo). cuidando, apenas, em disciplinar aspectos instrumentais do ICMS, decorrentes das modificações advindas da EC 87/2015. V - A sistemática adotada para a cobrança do diferencial de alíquotas revela-se de acordo com as normas gerais estabelecidas na Lei Complementar 87/96 ou pela Constituição Federal, não havendo, em urna cognição primária, ofensa à reserva legal com o aludido Convênio 93/2015. Vl - Agravo de instrumento não provido." (TJES, AI n° 024.18.900.746-1, Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos, CC03ª, d.je 06.09.2018). No mesmo sentido: TJES. AI n° 0008132-14.2019.8.08.0024, Rel. Des. Arthur José Neiva de Almeida, CC04ª, d.je. 02 05.2019.

2.2) ADEMAIS, A LEGISLAÇÃO ESTADUAL APLICÁVEL AO CASO EM CONCRETO ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM A CR/1988 E COM A LEI COMPLEMENTAR N° 87/1996, CONFORME DOUTRINA E PRECEDENTE. NESSE SENTIDO É A LIÇÃO DE EDUARDO SABBAG (GRIFOU-SE):

"Lançando um primeiro olhar ao § 2º do art. 155, percebe-se que o texto original dos incisos VII e VIII foram aglutinados no atual inciso VII, revogando-se as duas alíneas daquele próprio inciso VII. No tocante ao anterior inciso VIII, houve total alteração, e até agora passa a conter duas alíneas, expressando um tema que, até então, não tinha sede constitucional. Para a boa compreensão das novidades oriundas da EC n. 87/2015, recomenda-se recapitular a dinâmica de recolhimento de ICMS nas operações interestaduais. Em resumo, antes da Emenda, a sistemática de recolha do imposto, â luz dos incisos VII, "a" e "b", e VIII do § 2º do art. 155 da CF, assim se desdobrava: a) Se o destinatário da mercadoria fosse NÃO CONTRIBUINTE, o imposto caberá integralmente ao Estado de origem da operação, devendo ser calculado pela alíquota interna ou "cheia" (desse próprio Estado de origem), com fulcro no art. 155, § 2º, VII, "b", CF. Trata-se, em verdade, de "regra de ouro do ICMS", segundo a qual o imposto será sempre devido à unidade federativa a origem da mercadoria (Manual de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 2.323). b) Se o destinatário da mercadoria fosse CONTRIBUINTE (mas como consumidor final), o imposto caberia aos Estados de origem e de destino, incidindo duas vezes, da seguinte forma: 1º Cobrava-se o imposto no Estado de origem pela *alíquota interestadual*. a recolha se dava na saída da mercadoria ou no início da prestação dos serviços pelo estabelecimento de origem; e 2º Cobrava-se o imposto no Estado de destino pela diferença entre a alíquota interna (Estado de destino) e a alíquota interestadual (o chamado DIFAL, na abreviação de "diferencial de alíquota"): a recolha se dava na entrada da mercadoria ou na utilização dos serviços pelo estabelecimento destinatário. Exemplo. [...] é fácil perceber que, nas operações entre contribuintes, a sistemática anterior buscava a partilha de arrecadação, "agradando" tanto a origem, quanto o destino. Por outro lado, nas operações destinadas a consumidores finais não contribuintes - uma pessoa física ou, ainda, uma pessoa jurídica prestadora de serviços, estando sujeita apenas ao ISS -, a origem era contemplada com todo o bolo arrecadado, fertilizando o ambiente de "guerra fiscal (Manual de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 2.326-2.330)." Após a edição e a entrada em vigor do EC n° 87/2015, o cenário jurídico mudou. Diante da EC n. 87/2015, entende-se que a nova sistemática não fez ruir todo o mecanismo acima, mas parte dele. Em termos simples, a SITUAÇÃO II passa agora a valer para todas as ocorrências, não importando mais saber se o consumidor final (COFI) é contribuinte ou não contribuinte. Será dado o mesmo tratamento ao *COFI Contribuinte* e ao *COFI Não Contribuinte*. Além disso, o DIFAL estará presente sempre, desde que a mercadoria seja adquirida para o consumo final (vale dizer,

sem continuidade no luxo mercantil). Se, antes da Emenda, era utilizada a alíquota interna do Estado de Origem (INTERORI), agora será empregada a alíquota interestadual (INTERESTORI) e o diferencial de alíquota (DIFAL). Portanto, após a EC n. 87/2015, é possível assegurar, naquela linha de tom didático, que "toda operação entre dois Estados será considerada efetivamente interestadual". [..] Todavia, algumas observações precisam ser feitas: 1. O Estado de Origem não mais se beneficiará da alíquota interna (o tal INTERORI), passando agora a receber o tributo calculado pela alíquota interestadual (o chamado INTERESTORI). [...]

2. Nas operações em que o consumidor final não for contribuinte, mormente se pessoa física, não se torna factível receber a DIFAL desse destinatário, pelas dificuldades naturais de sua capilaridade. Foi por essa razão que a EC n. 87/15 (art. 155, § 2º, VIII, "a" e "b". CF) estabeleceu, textualmente — e de modo até pioneiro — regras de responsabilidade tributária para o Estado de origem, quanto ao dever de recolhimento desse diferencial. Assim se estabeleceu:[...] A bem da verdade, analisando-se a nova indumentária do DIFAL, sabe-se que o imposto correspondente ao diferencial de alíquota para o Estado de origem (DICOLORI) é provisório e tem prazo para acabar. Em poucos anos, o cenário acima só apresentará na fórmula citada, de modo mais simples, o chamado DIFALDEST, desaparecendo o outro dado. É mais um elemento de perda de arrecadação para os Estados de Origem. Foi esse o motivo pelo qual o art. 99 do ADCT, também oriundo da EC n. 87/2015. estabeleceu um rito gradualístico de repartição do DIFAL entre a origem e o destino, para os próximos 5 anos. Trata-se de uma espécie de DIFAL progressivo no tempo. Assim se estabeleceu a regra *de transição* com *escalonamento* do art. 99 do ADCT: [...] Conforme já se destacou, a EC n. 87/2015 só produzirá efeitos em 2016, o que acaba por anular, no quadro anterior, a proporção de repartição do DIFAL para 2015, tornando-a inócua. Ademais, nota se que, apenas em 2019, o Estado de destino irá se apropriar da integralidade do DIFAL. Desse modo, podemos esquematizar: [...] Decorre do acima exposto que compete a cada Estado da Federação a criação de Leis para instituir a cobrança de ICMS e suas alíquotas. Até a vigência da EC n° 87/2015 e até o fim da regra de transição (em 2019), tem-se que o Estado de origem da mercadoria e o Estado de destino possuem direitos sobre ICMS incidente nas operações a que, ainda, deve ser avaliado sobre o prisma de se as operações envolvem contribuintes ou não contribuintes. Sobre o tema do diferencial de alíquotas, assim regulamenta os arts. 19 e 20, ambos da LC n° 87/1996:

> **Art. 19.** O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.
>
> **Art. 20.** Para a compensação a que se refere o artigo anterior é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento. inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Não obstante, mesmo a LC n° 87/1996 autoriza que os Estados façam previsão própria acerca do ICMS-DIFAL:

> **Art. 6º.** Lei estadual poderá atingir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipóteses em que assumirá a condição de substituto tributário.
>
> § 1º. A responsabiìidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado. que seja contribuinte do imposto (Manual de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2,331- 237"

No mesmo sentido:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - DIFERENCIAÇÄO DE ALÍQUOTAS - OPERAÇÄO INTERESTADUAIS DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE - Decisão que indeferiu a liminar para suspender a exigibilidade dos crèditos tributários em discussão - Pleito de reforma da decisão - Não cabimento - Ausência dos requisitos legais para a concessão da liminar - Tribulação fundamentada no disposto no art. 155, VII, b, da CF e Convênio ICMS n° 93, de 17/09/2.015 - O STF já se posicionou quanto à possibilidade da extensäo da competência do ICMS às operações cujos bens são destinados a pessoa que não se desloca habitualmente ao comércio, sendo válida a constituição do crédito tributário, se existir lei complementar geral e legislação local - Ausência de decisäo final do STF sobre a

inconstitucionalidade do Convènio ICMS n° 93, de 17/09/2.015 - Decisão mantida - AGRAVO DE INSTRUMENTO não provido." (TJSP, AI n° 2060304-38.2017.8.26.0000, Rel. Kleber Leyser de Aquino, 03° Câmara de Direito Público, j. 15.05.2018)

2.3) DESCABIMENTO DO ART. 15 DO DECRETO-LEI N° 1.598/1977 (LEGISLAÇÃO FEDERAL) PARA FINS DE ISENÇÃO DA COBRANÇA DO DIFAL: ao fundamento de que a referida legislação federal (para fins de isenção/imunidade) não se aplica (sequer por Analogia[7]) aos débitos tributários estaduais, nos termos do art. 150, § 6°[8], da CR/1988, e do art. 111, II[9], do CTN, conforme precedentes:

> "[...] 2. É cediço nesta Corte que, à vista do art. 111, II, do CTN, a norma tributária concessiva de isenção deve ser interpretada literalmente [...]" (STJ. REsp n° 1.243.165/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, T2, d.je. 27.04.2011).

2.4) VALIDADE DA MULTA FISCAL (100% do valor do ICMS): ao fundamento de que, segundo entendimento pacífico do STF, são confiscatórias (apenas) as multas fiscais que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido, o que não é o caso dos autos, conforme precedentes:

---

7 TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ESPONDILOARTROSE. MOLÉSTIA NÃO CONTEMPLADA NA LEI ISENTIVA. ROL TAXATIVO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.116.620/BA (Rel. Ministro Luiz Füx, DJe de 25/8/2010), representativo da controvérsia, firmou entendimento de que é taxativo o rol de moléstias graves arroladas no art. 6º, XIV, da Lei n. 7.713/88, sendo, portanto, vedada a interpretação analógica ou extensiva da referida norma concessiva de isenção de imposto de renda. 2. Se a lei isenta do imposto de renda os portadores de determinada moléstia em grau mais elevado (no caso, espondiloartrose anquilosante), está interditada a interpretação que alcança toda e qualquer tipo daquela espécie (as várias formas de espondiloartroses), porque se cuida de enfermidades diversas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp n° 570.877/DF, Rel. Min. Og Fernandes, T2, d.je. 10.10.2014).

8 "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

§ 6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crćdito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.°. XII, g. [...]"

9 "Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III- dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias."

Nesse sentido:

I) STF, ARE n° 905.685 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso, T1, d.je 08.11.2018.

2) TJES. AI n° 0014673-63.2019.6.06.0024, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama. T2. d.je. 20.02.2020

São esses os argumentos.

III) DOS PEDIDOS:

ISTO POSTO, REQUER-SE:

1) **EM SEDE DE PRELIMINAR**: o **ACOLHIMENTO** das **PRELIMINARES** suscitadas, com a consequente **EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO**.
2) **NO MÉRITO**: a **IMPROCEDÊNCIA** do pleito autoral, com o consequente **RECONHECIMENTO** da **VALIDADE** do Auto de Infração em debate.
3) A **CONDENAÇÃO** do Autor em: **a) custas processuais (remanescentes)**; e **b) honorários advocatícios**, nos termos do **CPC/2015**,
4) Que as **INTIMAÇÕES** no presente feito sejam realizadas em nome do **Procurador do Estado: CEZAR PONTES CLARK (OAB/ES n° 12.306)**.

Requer-se, outrossim, a **PRODUÇÃO** de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente documental, testemunhal, depoimento pessoal e outros.

Nestes termos.
Espera deferimento.
Vitória, 11 de março de 2020.

CEZAR PONTES CLARK
Procurador do Estado do Espírito Santo
OAB/ES nº 12.306

2.3

REDIRECIONAMENTO-FRAUDE À EXECUÇÃO-DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

CEZAR PONTES CLARK*

SUMÁRIO: I - DOS FATOS. II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS. II.a) da relação do débito tributário consolidado em nome do Executado – diversas ações de execução fiscal ajuizadas – possibilidade de apensamento dos demais processos ao presente feito - possibilidade de concentração de todos os atos processuais em um único feito em homenagem ao princípio da celeridade processual e da eficiência – aplicação do artigo 28 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) – precedentes jurisprudenciais. II.b) das diversas fraudes/simulações implementadas pelo Executado para blindar ilicitamente o seu patrimônio – possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica e de redirecionamento da ação de execução fiscal contra todas as pessoas utilizadas furtivamente para proteção patrimonial do Executado – precedentes jurisprudenciais. II.c) das reiteradas intimações do Executado para efetuar o pagamento do crédito devido – da inércia do Executado – ausência de localização de bens – da realização da penhora on line/indisponibilização das contas do Executado na modalidade "BLOQUEIO TOTAL" sobre todas as contas do Executado – aprimoramento do sistema do BACENJUD. III - CONCLUSÃO.

I - DOS FATOS:

Trata-se, **na origem**, de **Ação de Execução Fiscal (CDA nº: XXX)**, ajuizada em **14.04.2004**, em que se objetiva, **na fase atual**, o pagamento de:

a) débito tributário.
b) custas processuais.
c) honorários advocatícios.

Em **14.09.2006**, o Executado é citado por mandado cumprido por Oficial de Justiça (**f. 16v**).

* Procurador do Estado do Espírito Santo, pós-graduado em Direito Tributário pela Fucape.

Em **30.01.2007**, o Estado do Espírito Santo requer (**f. 27**) a suspensão do processo para localização de bens.

Em **13.06.2008**, o Estado do Espírito Santo informa (**f. 42**) que não localizou bens do Executado, razão pela qual requer a penhora *online* da conta bancária do mesmo, no que foi deferido pelo Juízo (**f. 44-45**), e que se revelou sem resultados (**f. 46-48**).

Em **22.05.2009**, o Estado do Espírito Santo requer (**f. 51**) a expedição de ofício à Receita Federal para que seja juntada aos autos a cópia da declaração do imposto de renda do Executado, no que foi deferido pelo Juízo (**f. 53**).

Em **16.10.2009**, a Receita Federal junta aos autos cópia da declaração do imposto de renda (**exercícios: 2007 a 2009**) do Executado (**f. 56-108**), **sem que tenha sido comprovada a existência bens suficientes em nome da empresa e do sócio executado para a quitação do débito tributário**.

Em **06.11.2009**, o Estado do Espírito Santo requer (**f. 110**) a suspensão da Ação de Execução Fiscal com base no artigo 40, § 2º, da Lei de Execução Fiscal, no que foi deferido pelo Juízo (**f. 111**).

Em **11.07.2011**, o Estado do Espírito Santo é intimado a se manifestar nos autos (**f. 112**). São esses os fatos.

II – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

II.a) da relação do débito tributário consolidado em nome do Executado – diversas ações de execução fiscal ajuizadas – possibilidade de apensamento dos demais processos ao presente feito - possibilidade de concentração de todos os atos processuais em um único feito em homenagem ao princípio da celeridade processual e da eficiência – aplicação do artigo 28 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) – precedentes jurisprudenciais:

No caso em concreto, o Executado é devedor do Estado em diversas ações de execução fiscal **em trâmite na Comarca de Vitória/ES**, a saber:

	CDA nº	*AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL*	*VALOR DA CDA (VRTE)*	*ÓRGÃO JUDICIAL DE ORIGEM*
1	*000*	*024.04.002.041-4*	*42.129,4324*	*1ª VEF-VITÓRIA*
2	*000*	*024.04.002.969-6*	*78.247,5821*	*1ª VEF-VITÓRIA*
3	*000*	*024.04.009.882-4*	*7.828,0115*	*1ª VEF-VITÓRIA*
4	*000*	*024.04.015.083-1*	*8.708,4210*	*1ª VEF-VITÓRIA*
5	*000*	*024.04.007.103-1*	*11.934,7212*	*1ª VEF-VITÓRIA*

6	*000*	*024.04.010.326-9*	*21.506,4972*	*1ª VEF-VITÓRIA*
7	*000*	*024.04.009.881-6*	*11.193,9362*	*1ª VEF-VITÓRIA*
8	*000*	*024.04.007.388-4*	*31.972,6826*	*1ª VEF-VITÓRIA*
9	*000*	*024.04.009.886-5*	*8.434,0000*	*1ª VEF-VITÓRIA*
10	*000*	*024.04.010.327-7*	*15.034,00*	*1ª VEF-VITÓRIA*
11	*000*	*024.06.018.548-5*	*5.795,3218*	*2ª VEF-VITÓRIA*
12	*000*	*024.06.018.549-3*	*5.725,7098*	*1ª VEF-VITÓRIA*
13	*000*	*024.06.018.551-9*	*22.834,0000*	*1ª VEF-VITÓRIA*
		TOTAL:	**333.360,06**	

Como se infere da tabela acima, existem diversas ações de execução fiscal ajuizadas em trâmite na Comarca de Vitória/ES contra: a) XXX, no valor total de 333.360,06 VRTEs.

Cabe destacar, também, que o Executado é detentor dos seguintes CNPJs (DOCUMENTO Nº 01):

(...)

Nesse momento, o Estado do Espírito Santo requer:

a) O **APENSAMENTO** de todas as demais ações de execução fiscal ao presente feito (Processo nº: 000), também ajuizadas contra o Executado, e que tramitam em outro Juízo na Comarca de Vitória/ES.
b) A **CONCENTRAÇÃO**, a partir de agora, de todos os atos processuais nas demais ações de execução fiscal, também ajuizadas contra o Executado, e que tramitam em outro Juízo na Comarca de Vitória/ES, a serem realizados unicamente no presente feito (Processo nº: 000).

Isto porque a união de dois ou mais processos de cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, cujo devedor seja apenas um, é o de promover a garantia da execução de forma una, união esta que lhe faculta o artigo 28 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), e, ainda, que a reunião de processos visa a celeridade e conformidade das decisões com o Direito. Eis o que dispõe o artigo 28 da Lei nº 6.830/80:

> "Art. 28 - O Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.
>
> Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, os processos serão redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição."

O apensamento ora requerido não só é possível, pois, em concordância com o disposto no supracitado artigo, como é também recomendável, por atender aos princípios da celeridade (artigo 5º, LXXVIII, CR/88) e da economia processuais - "**o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais**", conforme lição de Ada Pellegrini Grinover[1].

Curial assinalar, este é o entendimento já pacificado no STJ:

> **"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. APENSAMENTO DE PROCESSOS CONTRA O MESMO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. ART. 28, DA LEI N. 6830/80.**
>
> **1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é plenamente possível o apensamento dos processos de execução fiscal propostos contra o mesmo devedor, nos termos do art. 28 da Lei n. 6.830/80.**
>
> **2. Recurso especial improvido[2]."**

O tema do apensamento dos autos de execuções fiscais, para processamento e julgamento conjunto, em observância ao artigo 28, da Lei nº 6.830/80 (LEF), foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob o regime dos recursos repetitivos, tendo o aludido sodalício firmado o entendimento de que "**a cumulação de demandas executivas é medida de economia processual, objetivando a prática de atos únicos que aproveitem a mais de um processo executivo, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 573 do CPC c/c art. 28, da Lei 6.830/80, quais sejam: (i) identidade das partes nos feitos a serem reunidos; (ii) requerimento de pelo menos uma das partes**[3]."

Na ocasião, o STJ reafirmou que, na cumulação superveniente, constitui faculdade do juiz a reunião dos autos, cabendo a ele aferir a conveniência do ato. Outro não é o pensamento dos demais Tribunais pátrios:

> **"EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE FEITOS. REQUISITO LEGAL. POSSIBILIDADE. ART. 28 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS.**

1 "in" Teoria Geral do Processo, Malheiros Editores, p. 79.

2 STJ, REsp nº 399.657/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 22.03.2006.

3 STJ, REsp nº 115.876-6/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, d.j. 22.09.2010.

- O art. 28 da Lei de Execuções Fiscais estabelece ao Juízo a faculdade de reunir as execuções fiscais que tramitem sob sua jurisdição, desde que haja identidade de devedor.

A utilização de tal expediente processual somente pode ser efetivada quando atendidos os requisitos processuais, requerimento das partes e coincidência de devedor em todas as demandas. Salienta-se que a unidade de garantia não quer dizer que as execuções sejam garantidas pelo mesmo bem, mas, sim, que todas as garantias estejam sob a tutela de um único Juízo[4]."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÕES DE MESMA NATUREZA. VARAS DISTINTAS. REUNIÃO. PERMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL.

- Em atendimento aos Princípios da Celeridade e Economia Processual, é conveniente a reunião das execuções fiscais dirigidas contra o mesmo devedor[5]."

Com base no artigo 28 da Lei nº 6.830/1980, e respaldado nos princípios da celeridade e da economia processuais, não só é possível como também recomendável o apensamento dos autos de execuções fiscais movidas pelo fisco contra a mesma executada, ainda que em trâmite os executivos em juízos distintos, hipótese em que, a teor do parágrafo único da referida norma, os feitos apensados serão redistribuídos ao juízo da pioneira execução.

Se o apensamento dos autos das execuções fiscais não se apresenta prejudicial a quem quer que seja, mas, ao contrário, é benéfico a todos, inclusive ao próprio Poder Judiciário, seu deferimento é medida que se impõe à luz da razoabilidade e, igualmente, do princípio da eficiência administrativa.

Quanto à possibilidade de concentração dos atos processuais, não há norma que impeça até mesmo a concentração dos tributos, exigindo-se, tão-somente, por força dos requisitos dispostos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e artigo 5º, § 2º da Lei nº 6.830/1980, que a certidão discrimine os tributos, inclusive quanto aos respectivos valores.

E o Código de Processo Civil autoriza a cumulação de pedidos, numa mesma ação, de sorte que não faria sentido a exigência de que a

4 TJMG, AI nº. 1.0024.97.078300-7/001, Relª. Desª. Maria Elza, DJ 07/04/2009.

5 TJGM, AI nº. 1.0702.08.480636-4/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, DJ 29.04.2011.

Fazenda Pública emitisse certidões de dívida ativa distintas, para quantos fossem os tributos objeto da mesma execução.

Acrescente-se o fato de que a emissão de um único título executivo e a concentração dos atos processuais não acarreta nenhum prejuízo à defesa. Nesse sentido:

> **"TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CONCENTRAÇÃO DE TRIBUTOS RELATIVOS A MAIS DE UM EXERCÍCIO - ADMISSIBILIDADE - NULIDADE AFASTADA - EXCLUSÃO DOS SÓCIOS-GERENTES - PEDIDO IMPROCEDENTE - TRIBUTOS NÃO RECOLHIDOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 134, III, DO CTN.**
>
> **1- Não havendo lei que proíba a reunião, num único título executivo, dos vários tributos devidos pelo contribuinte, e permitindo a lei processual a cumulação de pedidos, apresenta-se legal e regular a certidão de dívida ativa assim constituída.**
>
> **2- Respondem solidariamente com a empresa, contribuinte principal, os sócios-gerentes, pelo não-recolhimento de tributos, com amparo no art. 135, III do CTN[6].**"

Isto posto, requer-se:

a) o **APENSAMENTO** dos autos indicados na tabela acima ao **Processo nº: 000**, com a redistribuição dos feitos apensados ao **MM. Juiz de Direito da 01ª Vara de Execução Fiscal da comarca de Vitória/ES**.
b) a **CONCENTRAÇÃO**, a partir de agora, de todos os atos processuais nas demais ações de execução fiscal, também ajuizadas contra o Executado, e que tramitam **em outro Juízo na Comarca de Vitória/ES**, a serem realizados unicamente no presente feito (**Processo nº: 000**).

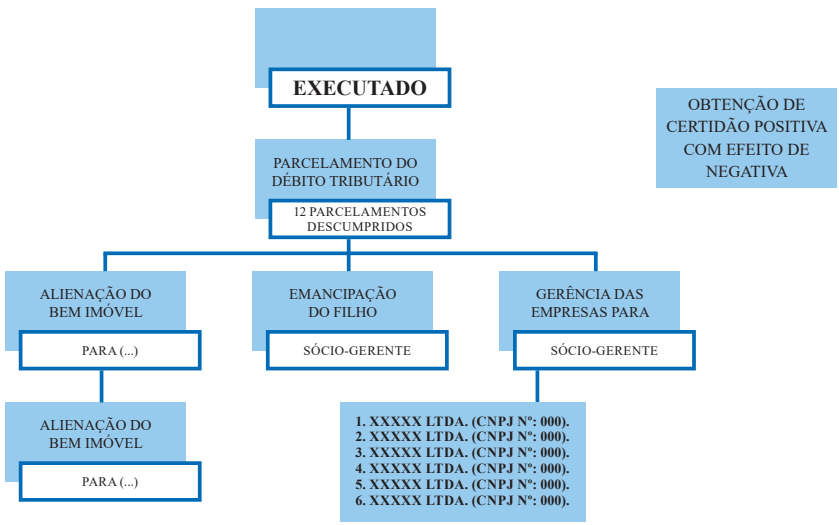
II.b) das diversas fraudes/simulações implementadas pelo Executado para blindar ilicitamente o seu patrimônio – possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica e de redirecionamento da ação de execução fiscal contra todas as pessoas utilizadas furtivamente para proteção patrimonial

6 TJMG, Apelação Cível n° 1.0518.02.019708-4/001, Rel. Des. Maurício Barros, d.j. 21/11/2006.

do Executado – precedentes jurisprudenciais:

Conforme demonstra o organograma abaixo, o Executado agiu de má-fé com nítida intenção de fraudar ao Erário, realizando diversos procedimentos ilegais na intenção de ocultar os seus bens.

ORGANOGRAMA DOS ATOS FRAUDULENTOS PRATICADOS PELO EXECUTADO



II.b.1) da fraude à execução - da realização pelo Executado de diversos parcelamentos de débito tributário - inadimplemento a partir de setembro de 2002 – alienação de bem imóvel em outubro de 2002 – claro intuito de obtenção de Certidão Positiva com Efeito de Negativa a possibilitar a alienação do bem imóvel – caracterização e do abuso de direito e da má-fé - aplicação do artigo 185-A do Código Tributário Nacional – precedentes jurisprudenciais:

Diante do valor do débito tributário devido pelo Executado, foi constatado pelo Estado do Espírito Santo que, tão logo as dívidas das empresas começaram a aparecer, em 2002, o devedor procurou a Repartição Fazendária e **efetuou várias denúncias espontâneas, requerendo parcelamentos dos débitos (DOCUMENTO Nº 02)**.

Entretanto, o Executado, mesmo tendo conhecimento de que a denúncia e o parcelamento equivalem a crédito devidamente constituído

em favor do Estado, **descumpriu todos os acordos, conforme pode ser constatado nos processos administrativo-fiscais (DOCUMENTO Nº 03)** e que será devidamente explicado abaixo.

Apesar dos débitos serem inscritos em dívidas ativas nos exercícios de 2003 e 2004, os primeiros fatos geradores referem-se à **Notificação de Débito nº: 000** (DOCUMENTO Nº 04), que lançou débitos de ICMS dos meses de:

a) 05/1995 e 06/1997.
b) 02, 03 e 05/1998.
c) 01, 02,03 e 04/2000, sendo que a maioria dos fatos geradores é dos períodos de 2000, 2001 e 2002.

Relevante ressaltar que o Executado titular das empresas individuais, requereu e teve deferidos **12 (doze) parcelamentos e adimpliu as prestações regularmente até setembro de 2002** quando, então, **paralisou os pagamentos partir de OUTUBRO/2002**, conforme atestam os demonstrativos em anexo, e abaixo explicitados **(DOCUMENTO Nº 05)**:

a) 05/1995 e 06/1997.
b) 02, 03 e 05/1998.
c) 01, 02,03 e 04/2000.

Tais parcelamentos foram celebrados apenas com o único intuito de ter deferida a Certidão Positiva com efeitos de Negativa, à luz do disposto no artigo 206 do Código Tributário Nacional.

Coincidentemente, em **OUTUBRO/2002**, **houve a transferência de um terreno de propriedade do Executado e sua esposa,** vendido para **XXX, que, posteriormente, em OUTUBRO/2010, o revendeu para XXX (CPF. 000) e (...) (CPF. 000)** (**DOCUMENTO Nº 06**).

Cabe destacar que XXX é ??????? do Executado. E XXX (CPF. 000) e XXX (CPF. 000) (DOCUMENTO Nº 07) são filhos do Executado.

Enfim, a suposta venda não passou de uma simulação para, com a situação tributária temporária e oportunamente regularizada (com a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa), o bem vendido não fosse alvo de penhora e, posteriormente, retornasse à família do Executado vez que os **adquirentes (e irmãos) são filhos do Executado**.

O interesse em efetuar o parcelamento, apenas com o intuito de regularizar a sua situação tributária e, em seguida, alienar o imóvel caracteriza um nítido abuso de direito.

Isto porque o Executado deixou de pagar as parcelas dos aludidos acordos e, logo em seguida, alienou bem imóvel a terceiro, para posteriormente, repassá-lo aos seus filhos.

Tal realidade enseja a caracterização do abuso de direito, conceituado como o exercício de um ato contrário à boa-fé.

Judith Martins-Costa afirma que a boa-fé objetiva é um "**modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade**[7]".

Já a boa-fé subjetiva leva em conta a intenção do sujeito da relação jurídica "**em função do seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética a boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem**."

Venosa, por sua vez, conceitua a boa-fé objetiva como a "**conduta normal e correta para as circunstâncias, seguindo o critério do razoável". Trata-se de um processo teleológico de interpretação**[8]."

Aliás, a função interpretativa não é a única atribuída à boa-fé, ela se reveste também de controle e de integração dos negócios jurídicos.

No ordenamento jurídico pátrio, resta pacificado e estreme de dúvidas que, "**em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra credores ou mesmo abuso de *direito***", e ainda, que "**a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito**[9]."

No mesmo sentido, como já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, "**(...)Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima *nemo potest venire contra factum proprium* (...)**.[10]"

Como é sabido, o termo de parcelamento de dívida ajustado entre o Executado e a Fazenda Pública possui efeito, de suspender o crédito tributário (Código Tributário Nacional, artigo 151, VI), e, com isso, autorizar a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa (artigo 206 do Código Tributário Nacional).

O parcelamento, entretanto, não pode ser utilizado como forma ilícita para atendar os interesses escusos do Executado para, no cur-

7 COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 417.

9 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22 ed. São Paulo: Saraiva, vol. I, p. 278 e 279.

10 STJ, EDcl no REsp 1143216 / RS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL, Rel. Min. LUIZ FUX, d.je. 25/08/2010.

so da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dilapidar o seu patrimônio, e, em seguida, manter-se inadimplente com os 12 (doze) parcelamentos celebrados anteriormente.

Por esse motivo, o Estado do Espírito Santo postula o reconhecimento do abuso de direito, ao fundamento claro de que o apelante se utilizou de via ilícita para dilapidar o seu patrimônio de forma a se esquivar do pagamento do débito tributário, e, assim, restar caracterizada a **FRAUDE À EXECUÇÃO CREDOR (FAZENDA PÚBLICA)**.

Isto porque:

1) face ao adimplemento regular dos parcelamentos até setembro/2002, seguido de alienação do imóvel de 75ha, em outubro/2002 e concomitante paralisação total do pagamentos acordados entre o Estado e o Executado.
2) clara intenção de manter o parcelamento até o desfazimento da propriedade, senão vejamos:
   2.a) nos acordos de parcelamento de nº 000 e nº 000, deferidos em 05 de setembro de 2002, com vencimento da 1ª parcela para 15 de outubro/2002, a empresa, gozando, conforme legislação da época, da suspensão da exigibilidade do crédito tributário a partir da assinatura dos contratos, sequer recolheu a parcela inicial.
   2.b) ora, se havia a prévia intenção de não cumprir o parcelamento, nem pelo menos a parcela inicial, o que teria motivado a empresa a assinar os acordos em SETEMBRO/2002 ?
   2.c) depreende-se que buscava tão somente garantir a suspensão da exigibilidade do crédito do Estado a partir de sua adesão com a assinatura dos contratos, diferentemente da legislação atual que somente consolida o parcelamento com o pagamento da 1ª parcela.

Essas condutas destacam um caso típico de fraude contra o credor (Fazenda Pública) na forma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, cuja redação foi alterada pela Lei Complementar nº 118/2005, pois, embora não houvesse ainda a inscrição em Dívida Ativa, a presunção de certeza e liquidez mostravam-se incontestáveis, quando do reconhecimento do débito, ao requerer e assinar o acordo de parcelamento, caracterizando, assim, alienação fraudulenta do imóvel mencionado, que, hoje, coincidentemente, pertence aos filhos do titular da executada, todos com endereço à xxx, conforme espelhos Receita Federal anexos.

Os Tribunais vêm aperfeiçoando a interpretação da norma no tocante à fraude à execução para se fortalecer o princípio da boa-fé.

Com o advento da Lei Complementar nº 118 de 9 de fevereiro de 2005, o termo "**em fase de execução**" foi suprimido do *caput* do artigo 185 do CTN, ocorrendo também a substituição em seu parágrafo único do termo "**dívida em fase de execução**" por "**dívida ativa**":

> **"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.**
>
> **Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."**

Nesse sentido, várias decisões passaram a entender que só é ineficaz a alienação em face do credor em demanda judicial após a inscrição em dívida ativa.

O STJ, ao julgar o Recurso Especial nº 1.141.990/PR, com a relatoria do Ministro Luiz Fux, emprestando ao mencionado recurso os efeitos do artigo 543-C do Código de Processo Civil para fins orientação das decisões judiciais nos demais recursos de idêntica questão jurídica, decidiu por unanimidade, através da sua Primeira Seção, pela inaplicabilidade da Súmula 375 às execuções fiscais, haja vista que a transferência de bens do devedor levada a efeito após a inscrição do débito tributário em dívida ativa, *de persi* já configurar-se-ia fraude à execução, tornando-se desnecessário o registro da penhora nos órgãos públicos de controle e da prova da má-fé do adquirinte, condições essas imprescindíveis apenas e tão somente para a caracterização da fraude em casos de dívidas não tributárias:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ.
>
> INAPLICABILIDADE.
>
> 1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derrogat lex generalis*), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que:

"*Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução . Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.*"

3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor:

"*Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:

"O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ". (EDcl no AgRg no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe

14/10/2009)

"Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);".

(REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009)

"Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005".

(AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008)

"A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal".

(REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, *verbis: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*."

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complemen-

> tar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.
>
> 10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005 , data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.
>
> 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008[11]."

O entendimento esposado pelo STJ para a não aplicação da Súmula 375 às execuções fiscais foi escorreito e legalmente amparado no princípio da especialidade (*lex specialis derrogat generalis*), pois os executivos fiscais são regulados por lei especial (Lei nº 6.830/80).

Assim, a Lei nº 6.830/1980 prevalece a lei geral como previsto no artigo 2º, § 2º do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil–LICC,), incidindo portanto, a aplicação da referida súmula, apenas e tão somente às demandas cíveis reguladas pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, justificando-se a diferença de tratamento entre uma e outra pelo fato de que na fraude civil afronta-se o direito privado enquanto na fraude fiscal vilipendia-se o interesse público.

Ainda, justificando seu voto, o i. Ministro Relator bem esclareceu que, diversamente da fraude contra credores, a fraude à execução possui caráter absoluto, razão pela qual não haveria necessidade de prova do conluio entre comprador e vendedor, pois a constatação da fraude é objetiva independendo da intenção dos negociantes.

Em tais hipóteses, basta, na prática, que tenha havido a frustração da execução em razão da alienação, não podendo o registro da penhora ser exigência à caracterização da fraude no âmbito dos créditos tributários, pois nesse caso há uma regra específica, qual seja, a prevista no artigo 185 do CTN que estabelece como únicos requisitos para a configuração da fraude a inscrição da dívida ativa em data anterior e a inexistência de outros bens que possam satisfazer o crédito.

11 STJ, Recurso Especial Nº 1.141.990 – PR, Rel. Min. Luiz Fux, d.je. 19.11.2010.

Conclui-se, portanto, segundo o entendimento do STJ:

a) que em razão da natureza jurídica tributária do crédito inscrito em dívida ativa, a simples alienação ou oneração de bens ou rendas (ou seu início) pelo sujeito passivo sem a reserva de meios para a sua quitação, gera presunção absoluta de fraude à execução, pois lei especial se sobrepõe à regra geral do direito processual civil conforme o princípio da especialidade (*lex specialis derrogat generalis*);
b) que para os negócios jurídicos ocorridos até 08/06/2005, data imediatamente anterior à da entrada em vigência da LC nº 118/2005, os mesmos somente podem ser considerados como fraude à execução se ocorridos após a citação válida do devedor;
c) se o ato translativo patrimonial foi praticado a partir de 09/06/2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º118/2005, basta apenas a efetivação da inscrição do crédito em dívida ativa para que a negociação seja considerada fraudulenta em desfavor da execução do título;
d) que a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, pois integrante do rol das "garantias do crédito tributário";
e) que a incidência da fraude à execução somente pode ser afastada pelo devedor ou pelo adquirente caso seja demonstrado que foram reservados bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida; ou que a citação não foi válida para as alienações ocorridas até 08/06/2005; ou que a alienação deu-se antes da citação se ocorrida até 08/06/2005; ou ainda, que a alienação, se a partir de 09/09/2005, operou-se antes da inscrição em dívida ativa.

II.b.2) do redirecionamento das ações de execução fiscal contra as empresas e os filhos do executado - da emancipação de um dos filhos do Executado - administração de diversas empresas em nome dos filhos do Executado e geridas de fato pelo Executado – aplicação dos artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional - precedentes jurisprudenciais:

Merece destacar também que o Executado, em **24/01/2008**, promoveu a EMANCIPAÇÃO de seu filho XXX, nascido em **10/06/1991**, possibilitando-o participar do quadro societário de várias empresas, em conjunto com seu irmão XXX nascido em **27/04/1987**, **cujas idades, respectivamente são, atualmente, 21 e 25 anos (DOCUMENTO Nº 08)**.

Em que pese o enorme passivo tributário do Executado, os fatos comprovam a sua persistência no ramo de supermercados ao gerenciar, de fato, e repassar a seus filhos todo seu "KNOW HOW" na administração de suas novas empresas, pois, apesar das tenras idades no e para o comércio, seus filhos tem evoluído significativamente o patrimônio da família por serem, gradativamente, desde a inadimplência de seu pai, proprietários de diversas empresas no ramo comercial, a saber (DOCUMENTO Nº 09):

(...)

E serem proprietários também de **12 (doze) veículos**, conforme relação anexa, sendo (DOCUMENTO Nº 11):

1) QUATRO VEÍCULOS EM NOME DE XXX.
2) DOIS VEÍCULOS EM NOME DE XXX.
3) SEIS VEÍCULOS EM NOME DE XXX.

Em diligências realizadas pelo **NIGRADE (NÚCLEO DE INVESTITGAÇÃO DE GRANDES DEVEDORES E BUSCA DE BENS DA SUB-PROCURADORIA FISCAL)**, constatou-se que o Executado normalmente é encontrado à frente dos negócios no XXX LTDA., (CNPJ nº: 000), situado na xxx.

Apurou-se, também que o estabelecimento XXX LTDA., (CNPJ nº: 000), situado na xxx, é um estabelecimento conhecido como a central de distribuição dos produtos.

Quanto aos demais estabelecimentos, constatou-se que:

1) **XXX LTDA. (CNPJ nº: 000): trata-se de um supermercado de pequeno porte, situa-se à xxx.**
2) **XXX LTDA. (CNPJ nº: 000): atualmente, encontra-se em reforma/ampliação, situa-se à xxx.**
3) **XXX LTDA. (CNPJ nº: 000): refere-se a uma indústria de embalagens de sacarias, situa-se à xxx.**
4) **XXX LTDA. (CNPJ nº: 000): é uma empresa de representação, situa-se à xxx.**

Quanto às propriedades rurais estamos juntando as cópias das Certidões Ônus.

Ante ao exposto, com a comprovação *in loco* e documentação anexa, constata-se uma realidade que, ora submetida a esse Juízo, caracteriza o **REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA TODOS OS ENVOLVIDOS NOS ATOS FRAUDULENTOS**.

Isto porque:

1) As empresas atuais **XXX LTDA** e o Executado guardam em comum:
   1.a) idêntica atividade econômica.
   1.b) gerência, de fato, exercida pelo titular do Executado.
   1.c) predominância no capital social das novas empresas, correspondente a 89%, pertencentes aos filhos do titular do Executado: **a) XXX (50%)**; e **b) XXX (39%)**.

Quanto ao aspecto do redirecionamento, a jurisprudência, em reiteradas oportunidades, consolidou o entendimento no sentido de que, caracterizados o abuso de direito e utilização indevida da pessoa jurídica, por seu sócio-gerente ou de administrador (sentido amplo), com a utilização de familiares para a ocultação de seus bens incidem os comandos contidos nos artigos 132 e 133, ambos do Código Tributário Nacional:

> **"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. CONFIGURAÇÃO NO CASO CONCRETO. REDIRECIONAMENTO POSSÍVEL.**
>
> **- Comprovada nos autos a existência de outra empresa, que se dedica à mesma atividade da executada, aparentemente dissolvida de forma irregular, e que é de propriedade do filho dos sócios desta, inclusive constando como nova fonte pagadora do pai em sua declaração anual de ajuste, concorrem indícios suficientes de sucessão de pessoa jurídica a autorizar o redirecionamento da execução, na forma dos arts. 132 e 133 do CTN.**
>
> **- Situação já analisada por outro órgão colegiado desta Corte em agravo de instrumento interposto nos autos de execução fiscal diversa em que litigam as mesmas partes [12]."**

No mesmo sentido:

> **"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.**
>
> **AGRAVO RETIDO. PROVA TESTEMUNHAL. DISPENSABILIDADE.**
>
> **- O destinatário da prova e é juiz, cabendo a ele decidir se a prova pretendida é ou não pertinente, tendo em vista a previsão do art. 130**

12 TJRS, AI nº 700.424.825-39, Rel. Des. Almir Porto da Rocha, d.j. 16/05/2011.

do CPC. Dessa forma, o julgador é livre para dispensar as provas que entende desnecessárias para o deslinde da causa e, conseqüentemente, para formar seu convencimento. Agravo retido desprovido.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO. RECONHECIMENTO.

- Reconhece-se a responsabilidade tributária por sucessão, já que restou evidente a transferência do estabelecimento comercial, uma vez que após o encerramento das atividades da devedora originária Getúlio Borges & Cia Ltda., a parte embargante instalou-se no mesmo local, retomando a exploração do mesmo ramo de atividade após breve espaço de tempo, inclusive sob mesma denominação, "Casa Nova". Além disso, a embargante é filha de Getúlio Borges, sócio proprietário da empresa originária, circunstância que reforça o entendimento no sentido da sucessão.

RESPONSABILIDADE. SUCESSOR. INTEGRAL.

- A responsabilidade tributária do sucessor abrange a integralidade dos encargos devidos pelo sucedido, ou seja, além dos tributos, as multas moratórias ou punitivas, juros e correção monetária. Agravo retido desprovido e apelo desprovido[13]."

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA AUTORIZAR A CITAÇÃO DA FIRMA INDIVIDUAL SUCESSORA.

- A documentação carreada aos autos revela que o filho do sócio-gerente da empresa devedora, se estabeleceu no mesmo endereço desta última, se dedicando ao mesmo ramo de comércio (insumos agrícolas, sementes hortaliças, etc). Havendo indícios de sucessão de empresas, na forma do art. 133 do CTN, autorizada está a citação da empresa individual tida como sucessora. Agravo provido[14]."

No que se refere à possibilidade de execução contra a **pessoa física** do **Executado**, resta caracterizado nos autos que a sua **firma individual (cujo patrimônio se confunde com o da própria pessoa física[15])** se en-

13 TJRS, AI nº 700.414.200-19, Rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 29.07.2011.

14 **TJRS, AI nº 700.424.825-39, Rel. Des. Almir Porto da Rocha Filho, j. 08.07.2011.**

15 **"AGRAVO - EXECUÇÃO FISCAL - DISTINÇÃO ENTRE FIRMA INDIVIDUAL E PESSOA FÍSICA - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVO DESPROVIDO. Inviável distinguir a pessoa natural (física) do empresário de sua empresa, FIRMA INDIVIDUAL, uma vez que compartilham mesmos bens, sendo necessária a formação da empresa apenas para fins de comercialização. Para efeitos de responsabilidade, a firma individual se confunde com o seu titular, pessoa física. Recurso desprovido". "FIRMA INDIVIDUAL E PESSOA**

contra irregularmente dissolvida, o que faz incidir, portanto, a **Súmula nº 435 do STJ**[16], que pacificou entendimento legitimando o redirecionamento quando presumida a dissolução irregular de empresa.

Nesse mesmo sentido:

> **"PROCESSUAL CIVIL. (...) REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 435 DO STJ.**
>
> **(...)**
>
> **2. O Tribunal de origem - ao confirmar a decisão do juiz que indeferiu o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios-gerentes, a despeito da existência de indício de dissolução irregular da empresa - adotou tese diametralmente opostas à orientação pacificada nesta Corte e consolidada nos termos da Súmula n. 435 do STJ: "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sóciogerente".**
>
> **3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido[17]."**
>
> **"Constatado o indício de dissolução irregular da empresa, é ônus do sócio atingido pelo redirecionamento do feito comprovar que não agiu com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder na forma do art. 135, III, do CTN. Precedentes. 4. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial[18]."**

Na hipótese, a desconsideração da personalidade jurídica deve abranger também todos aqueles que participaram da prática simulatória para benefício escuso, em conformidade ao que determina o art. 50, do Código Civil cumulado com o artigo 135 do Código Tributário Nacional.

FÍSICA DO COMERCIANTE. PRETENSÃO DE DISTINÇÃO DOS PATRIMÔNIOS, PARA FINS DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS. INADMISSIBILIDADE. A firma individual é uma mera ficção jurídica. Nada mais é do que a própria pessoa física do comerciante que a constitui, visto que o patrimônio de ambas se confunde, sendo o seu nome o mesmo do comerciante. (...)"

16 Súmula 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

17 STJ, REsp 1246.851/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 05/05/2011.

18 STJ, AgRg no REsp 109.137-1/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 05/11/2010.

> **"Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."**
>
> **"Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:**
>
> **I - as pessoas referidas no artigo anterior;**
>
> **II - os mandatários, prepostos e empregados;**
>
> **III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."**

Sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, em caso de confusão patrimonial/formação de grupo econômico, confira-se a jurisprudência pátria:

> **"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA CLT. SÚMULA 07/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO DA EXECUTADA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**
>
> **(...)**
>
> **2. Quanto ao art. 2º da CLT, a insurgência esbarra no óbice contido na Súmula n. 07/STJ, porquanto, à luz dos documentos carreados aos autos, que apontaram as relações comerciais efetuadas pela executada e pela recorrente, o Tribunal a quo chegou à conclusão de que se tratava do mesmo grupo de empresas.**
>
> **(...)**
>
> **4. Quanto à tese de inexistência de abuso de personalidade e confusão patrimonial, a pretensão esbarra, uma vez mais, no enunciado sumular n. 07 desta Corte. À luz das provas produzidas e exaustivamente apreciadas na instância a quo, chegou o acórdão recorrido à conclusão de que houve confusão patrimonial.**

5. Esta Corte se manifestou em diversas ocasiões no sentido de ser possível atingir, com a desconsideração da personalidade jurídica, empresa pertencente ao mesmo grupo econômico, quando evidente que a estrutura deste é meramente formal.

6. Por outro lado, esta Corte também sedimentou entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria, o que afasta a alegação de que o recorrente é terceiro e não pode ser atingido pela execução, inexistindo vulneração ao art. 472, do CPC."[19]

"PROCESSUAL CIVIL. (...). EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

(...)

3. "A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupo econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico" (Acórdão a quo).

4. "Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores.

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal.

Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de

19 STJ, Recurso Especial nº 1071643, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE 13/04/2009.

expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros.[20]"

"TRIBUTÁRIO - AÇÃO CAUTELAR FISCAL PREPARATÓRIA - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE SEM PATRIMÔNIO CONHECIDO - INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE SÓCIOS "LARANJAS" - ALTERNÂNCIA E IDENTIDADE DE INTERESSE ENTRE SOCIEDADES CONTROLADAS, INFORMALMENTE, POR UM GRUPO ECONÔMICO - ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ART. 124 - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - ADMISSIBILIDADE - LEI Nº 8.397/92, ARTS. 2º, II, V, VI E IX, E 3º, I E II – AVALIAÇÃO UNILATERAL E EXCESSIVA DOS BENS INDISPONÍVEIS, VALORIZADOS EM MAIS DE MIL POR CENTO AO ANO, DURANTE VÁRIOS EXERCÍCIOS CONTÁBEIS - DISCORDÂNCIA EXPRESSA PODER JUDICIÁRIO DA AUTORA - REDUÇÃO DA INDISPONIBILIDADE - INDEFERIMENTO - SUCUMBÊNCIA DOS RÉUS EM MAIOR PROPORÇÃO - CONDENAÇÃO DA AUTORA A TÍTULO DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO AFASTADA – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SÚMULA Nº 325 E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO - RECURSO DE APELAÇÃO - DESISTÊNCIA HOMOLOGADA.

a) Recurso - Apelação em Ação Cautelar Fiscal.

b) Decisão de origem - Procedente, em parte, o pedido.

1 - Consoante entendimento pacífico da jurisprudência, em Ação Cautelar Preparatória contra sociedades controladas, informalmente, por um grupo econômico, incabível discussão sobre ilegitimidade passiva ad causam porque há presunção legal de responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo. (Código Tributário Nacional, art. 124.).

2 - Sendo a dívida superior a R$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de reais), não merece acolhida o apelo para limitar a indisponibilidade dos bens em R$ 1.082.044,86 (um milhão oitenta e dois mil quarenta e quatro reais e oitenta e seis centavos), parte incontroversa da dívida (fls. 4.094/4.095), e, além disso, que recaia apenas sobre o patrimônio da COOPEFORT porque não há, nos autos, qualquer informação de que exista algum ativo permanente de

20 STJ, RMS nº 12872/SP, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 16/12/2002). No mesmo sentido: STJ, RESP 767021, DJ 12/09/2005.

propriedade dessa empresa. Aliás, desse fato decorrera a indicação de imóveis formalizada a fls. 3.317/3.319, todos pertencentes a Ivagro Agropecuária Ltda.

(...)

4 - Deve ser mantida a indisponibilidade de bens decretada (fls. 3.825) porque, além da discordância manifestada, de modo expresso, pela Autora (fls. 3.708/3.710), os respectivos laudos de avaliação não registram fatos extraordinários que justifiquem a excepcional valorização obtida por TODOS os imóveis, mais de mil por cento ao ano, durante vários exercícios contábeis, embora localizados em diferentes localidades.

5 - As cópias de instrumentos de mandato e de alterações contratuais acostadas aos autos (fls. 784/821 e 2.695/2.751) transmitem a clara noção da ALTERNÂNCIA entre os sócios Antônio Vilefort Martins, Virgílio Vilefort Martins, Márcio Vilefort Martins, Márcia Vilefort Martins e Marília Vilefort Martins, além de Roberto Lucas Peixoto, na ADMINISTRAÇÃO das empresas Coopefort Serviços Ltda, Pedrafort Ltda, VL Comercial Ltda, Villiex Representação e Comércio Ltda, Ivagro Agropecuária Ltda, BM Comercial Ltda e CEMA – Central Mineira Atacadista Ltda, com poderes, também, para CONTRATAR E DEMITIR EMPREGADOS, o que torna sem espeque a alegação de inaplicabilidade, à hipótese dos autos, da previsão legal do art. 124 do Código Tributário Nacional.

6 - A empresa Pedrafort Auto Atacado Ltda surgiu da cisão parcial da controladora MAV Empreendimentos e participações Ltda. (Fls. 681.)

As siglas MAV, VAM e MVM comprovam a ALTERNÂNCIA dos sócios Márcio, Márcia, Marília, Antônio e Virgílio Vilefort, além de Roberto Lucas, no controle das empresas do Grupo, restando

consubstanciada, desse modo, a total identidade de interesses entre todos os Apelantes.

7 - O instrumento de mandato de fls. 794, datado de 18/8/96, demonstra que, decorridos menos de trinta dias da retirada dos irmãos Antônio e Virgílio Vilefort, em 30/7/96 (fls. 2.762/2.763), com a transferência das suas cotas para o casal GERALDO ALVES DE MORAES (empregado do grupo Vilefort, com renda mensal de um salário mínimo, conforme documentos de fls. 753/759) e ROSA DA SILVA MORAES (trabalhadora de serviços gerais), Antônio Vilefort Martins continuou a administrar COOPEFORT em 22/3/99 e 16/02/2000 (fls. 798/799), outros instrumentos de mandato foram formalizados, conferindo poderes ao Sr. ANTÔNIO VILEFORT MARTINS, por prazo indeterminado, para, entre outros atos, admitir e demitir empregados.

8 - "A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado." (Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 325.).

9 - Extinto o processo, sem resolução de mérito, apenas em relação ao requerido Célio Vilefort Martins, (Código de Processo Civil, art. 267, VI), há sucumbência dos Réus em maior proporção, devendo, ser afastada, portanto, a condenação da União Federal (Fazenda Nacional) a título de honorários de advogado da devedora. (Código de Processo Civil, art. 21, parágrafo único).

10 - Comprovada pela Autora a dissolução irregular de Coopefort Serviços Ltda, responsável pelo não-recolhimento de milhões em impostos e contribuições, sem patrimônio conhecido, o que dificulta ou impede a satisfação do crédito, além da interposição fraudulenta de sócios, ficou, suficientemente, cumprido, o disposto nos arts. 2º, II, V, VI e IX, e 3º, I e II, da Lei nº 8.397/92. Conseqüentemente, lídima a desconsideração da personalidade jurídica decretada, com a

indisponibilidade dos bens de propriedade dos Réus.

11 - Desistência do recurso de Apelação da Autora homologada.

12 - Apelação dos Réus denegada.

13 - Remessa Oficial provida em parte.

14 - Sentença reformada parcialmente[21].”

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE CUNHO DECISÓRIO. CONFIGURAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. BURLAR COBRANÇA DO FISCO. CONFUSÃO PATRIMONIAL E ADMINISTRATIVA. INCLUSÃO DA EMPRESA NO PÓLO PASSIVO. RESPONSABILIDADE.

1 - Vislumbro a existência de conteúdo decisório na decisão de fls. 324, objeto do agravo de instrumento, visto que a inclusão da agravante RHENE COMPANY S/A no polo passivo da ação executiva se deu naquele momento, após o pedido do exequente feito às fls. 306/307.

2 - A questão retratada nos presentes autos diz respeito a agravo de instrumento interposto da decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 99.0755067-1 (fls. 324), que deferiu a inclusão de RHENEN COMPANY S/A no polo passivo das execuções fiscais reunidas, nos termos definidos na decisão de fls. 275/279 (fls. 211/215 dos autos principais).

21 TRF1, AC 2007.01.99.053004-9/MG, Rel. Des. Federal Catão Alves, E-DJF1 de 19/12/2008.

3 – Não merecem prosperar as alegações do recorrente, uma vez que restou demonstrada a configuração de uma organização empresarial com a finalidade de dificultar o pagamento de tributos, como exaustivamente delineou o ilustre Magistrado a quo, sendo, de fato, necessária a desconsideração da personalidade jurídica das empresas executadas de modo a viabilizar a responsabilidade solidária dos sócios e administradores.

4 - Considerando toda a documentação acostada aos autos, restou evidente a efetiva constituição de grupo econômico entre as empresas CIMOBRÁS-INDÚSTRIA DE MOLAS BRASILEIRAS LTDA, RHENE DO BRASIL-INDÚSTRIA DE MOLAS LTDA e RHENEN COMPANY S/A, assim como a responsabilidade solidária dos seus sócios-gerentes, principalmente pelo fato ímpar relatado pelo douto Magistrado a quo de que a empresa RHENEN COMPANY é sócia majoritária da empresa RHENEN DO BRASIL, tendo aquela como procurador do Sr. ROBERTO GOMES RUIVO, que também é sócio da empresa RHENEN DO BRASIL e igualmente atuava como procurador da empresa CIMOBRÁS.

5 - Houve ampla análise do juízo singular nos autos do processo nº 2002.51.10.003742-8 (fls. 277/278), o qual está apensada à execução fiscal nº 99.0755067-1, onde se evidencia a nítida intenção dos executados em burlar o fisco quanto ao pagamento do tributo por meio de "irreal" contrato de arrendamento.

6 - Merece ser mantida a empresa agravante no polo passivo da demanda ante os fortes indícios de constituição de grupo econômico com o fito de dificultar a execução do crédito devido.

7 – Agravo Interno provido para, no mérito, negar provimento ao agravo de instrumento[22]."

No caso em concreto, independentemente da responsabilidade que se está imputando aos ora Executados não decorrer, "*prima facie*", de dívidas tributárias contraídas em seu nome, tal responsabilização se deu em razão de identificar a empresa executada como grupo econômico, a ensejar, portanto, a responsabilidade solidária entre todos os integrantes do grupo, bem como diante da possibilidade de despersonalização jurídica nas hipóteses de fraude ou conluio, cujos indícios de ora se apresentam, a autorizar a legitimação passiva ad causam, no caso, para a ação de execução fiscal

22 TRF2, AG 201002010087255, Desa. Federal Sandra Chalu Barbosa, E-DJF2R 15/09/2010.

Não se olvida da presença dos requisitos autorizadores ao deferimento da medida de cautela pelo juízo "a quo". Na seara específica do direito tributário, resta evidenciada a possibilidade de se aplicar na hipótese a desconsideração da personalidade jurídica, pois há indícios de fraude por parte das empresas envolvidas, inclusive da requerente;

No caso em concreto, para fins de redirecionamento, os indícios são fortes e convincentes a justificar, portanto, a imediata desconsideração da personalidade jurídica com o redirecionamento das ações de execução fiscal contra:

(...)

II.c) das reiteradas intimações do Executado para efetuar o pagamento do crédito devido – da inércia do Executado – ausência de localização de bens – da realização da penhora on line/indisponibilização das contas do Executado na modalidade "BLOQUEIO TOTAL" sobre todas as contas do Executado – aprimoramento do sistema do BACENJUD 2.0 - expedição de ofício diretamente ao Banco Central - configuração dos requisitos previstos no art. 185-A, do Código Tributário Nacional para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens do executado – infrutífera decretação de indisponibilidade de conta bancária por meio do Sistema BacenJud na modalidade de "bloqueio parcial" – possibilidade do "BLOQUEIO TOTAL" pretendido - constrição incidente não só sobre o eventual saldo existente, mas também sobre os valores creditados posteriormente à ordem judicial - expedição de ofício ao Gestor do Sistema do Banco Central ou à agência bancária sacada – adequação da medida com os princípios da efetividade e duração razoável do processo:

Observa-se que, até o presente momento, o Executado, mesmo citado/intimado, não efetuou o pagamento integral: **a) do débito tributário; b) das custas processuais; e c) dos honorários advocatícios.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça autoriza a efetivação da penhora *on line* sem que seja necessário o exaurimento das diligências para a localização de bens passíveis de penhora[23].

No particular, o Estado do Espírito Sato pretende seja determinada a indisponibilidade parcial das contas do executado, por meio da expedição de Ofício à Agência sacada, em que há movimentação bancária, diante da inviabilidade material de se realizar através do Bacen-Jud.

Com efeito, a possibilidade de '**ORDEM JUDICIAL DE BLOQUEIO TOTAL**' de ativos bancários - atuais e futuros - encontrava-se prevista no Regulamento do BacenJud 2.0, em seu artigo 11:

> "**ARTIGO 11 - As ordens judiciais de bloqueio total visam a atender as decretações de indisponibilidade total de bens e/ou casos análogos, e vedam débitos em todas as contas e aplicações financeiras dos réus/executados.**
>
> **§ 1º - Essas ordens judiciais atingirão o saldo inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo for disponibilizado às instituições financeiras, bem como os valores creditados posteriormente, sem considerar, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida, etc).**"

Todavia, tal redação já se encontra revogada, estando em vigor, atualmente, o novo Regulamento, de **24/07/2009**, que suprimiu a hipótese de ordem judicial para "bloqueio total".

Subsiste, portanto, apenas a possibilidade de "**ordem judicial de bloqueio de valor**", que atinge, tão-somente, o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo de re-

23 "RECURSO ESPECIAL (...) EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA - PENHORA ON LINE - SISTEMA BACEN-JUD - PEDIDO REALIZADO APÓS VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.382/2006 - EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA - DESNECESSIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) II - Com a edição da Lei n. 11.382/06, responsável pela inserção do art. 655-A, no Código de Processo Civil, conferiu-se ao Poder Judiciário mecanismo compatível com a modernidade tecnológica, notadamente, a Internet, por meio da qual se determina, por meio do denominado sistema BACEN-JUD, a ordem de bloqueio de contas ou investimentos dos devedores. III - Contudo, para melhor aplicação do novel diploma legal, a jurisprudência desta Corte Superior estabeleceu dois entendimentos, tendo como norte a vigência da Lei n.º 11.382/2006. Nesse contexto, se o pedido de penhora *on line* for requerido antes da vigência da Lei n.º 11.382/2006, entende-se que tal medida é cabível apenas quando o exequente comprovar que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Todavia, se o pedido de penhora *on line* for realizado após a vigência da supracitada lei, a orientação assente é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. Na espécie, o pedido de penhora *on line* realizou-se na vigência do novo diploma legal. IV - Recurso especial provido" (STJ, Recurso Especial n° 1.159.807/ES, Rel. Min. Massami Uyeda, d.je. 29.06.2011).

messa for disponibilizado às instituições responsáveis (artigo 13, § 1º, Regulamento BacenJud[24]).

Tem-se, pois, que não se mostra possível a efetuação de "**BLOQUEIO TOTAl**" de valores por meio da utilização do sistema BacenJud.

Nada impede, contudo, que a medida requerida seja efetivada pelos meios convencionais, desde que não se mostre desarrazoada.

Mesmo porque, o Sistema Eletrônico BacenJud 2.0 constitui tão-somente um instrumento de comunicação entre o Poder Judiciário, emissor de ordens de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados; e as instituições financeiras bancárias, a quem cabe o cumprimento das determinações judiciais e as respostas na tela do sistema aos magistrados[25].

Sendo assim, embora seja o BacenJud um sistema inovador, que confere maior celeridade e efetividade às medidas judiciais de garantia da execução, há de se ter em vista que, se tal sistema, em virtude de dificuldades de operabilidade técnica, não se presta à realização de uma determinada medida, que se revele útil e adequada à localização de bens passíveis de constrição, deve ela ser efetivada por meio dos instrumentos convencionais.

Afinal, não se pode perder de vista que o objetivo basilar da execução é a satisfação do crédito exeqüendo.

Nesse sentido é esclarecedor o Parecer 2003/00514[26] (Dejur/Gabin):

> **"Os juízes podem enviar suas determinações diretamente às instituições financeiras. Todavia, pela facilidade de comunicação do Banco Central do Brasil com o Sistema Financeiro Nacional (especialmente por intermédio do chamado Sisbacen3), o Poder Judiciário, em regra, encaminha a ordem ao Banco Central, que providencia sua transmissão aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Basicamente, o Banco Central "converte" os ofícios**

24 "Art. 13. As ordens judiciais de bloqueio de valor têm como objetivo bloquear até o limite das importâncias especificadas e são cumpridas com observância dos saldos existentes em contas de depósitos à vista (contas correntes), de investimento e de poupança, depósitos a prazo, aplicações financeiras e demais ativos sob a administração e/ou custódia da instituição participante.

§ 1º. Essas ordens judiciais atingem o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo de remessa for disponibilizado às instituições responsáveis, sem considerar créditos posteriores ao cumprimento da ordem e, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida etc).

25 "Manual Básico - BACENJUD 2.0 - SISTEMA DE ATENDIMENTO AO PODER JUDICIÁRIO" (http://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/manualbasico.pdf).

26 Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin, da lavra do Subprocurador-Geral do Banco Central Luiz Ribeiro de Andrade e despacho do Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira. Publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, Brasília, vol. 1, n. 1, dez. 2007, p. 313 e 314.

> **encaminhados pelo Poder Judiciário em "correios eletrônicos do Sisbacen" e os remete às instituições financeiras destinatárias. Assim, o Banco Central do Brasil, desde os anos 80, vem prestando um importante serviço à Justiça, traduzido pelo repasse, às instituições do Sistema Financeiro Nacional, das solicitações remetidas pelo Poder Judiciário, tais como comunicação e extinção de falência, bem como bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas."**

O parecer acima apenas confirma o que já preceitua o "**Princípio da Concentração dos Poderes de Execução do Juiz**", segundo o qual o julgador pode se valer "**dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta**[27]", não devendo, pois, se limitar àqueles tipificados na lei.

Embora não se cuide, aqui, propriamente, de ato expropriatório, tal princípio revela-se perfeitamente aplicável, porquanto a constrição pretendida, por meio da ordem de '**BLOQUEIO TOTAL**', consiste em medida destinada à garantia da penhora.

Logo, se há indícios de existência de movimentação financeira em conta bancária da executada, e se o 'bloqueio total' de ativos - que inclui, além do saldo atual, os valores eventualmente creditados posteriormente à ordem judicial - não se faz possível por meio do BacenJud, mostra-se cabível a sua efetivação por meio de expedição de ofício.

Devo salientar que a medida não se mostra desarrazoada, porquanto a ordem judicial, ainda que seja pelo "bloqueio total", deve atingir apenas o valor necessário à satisfação do crédito, isto é, deve-se limitar ao valor da dívida. A propósito:

> **"DIREITO TRIBUTÁRIO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BENS NÃO LOCALIZADOS - BLOQUEIO PELO SISTEMA BACENJUD - DEFERIMENTO - VALORES NÃO LOCALIZADOS - BLOQUEIO TOTAL - POSSIBILIDADE DE DETECTAR FUTURA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - RAZOABILIDADE E CONVENIÊNCIA - RECURSO PROVIDO. - Se o Juiz já deferiu, através do sistema BACENJUD, o bloqueio de valores em contas e movimentações financeiras porventura existentes em nome dos devedores, e tais não foram localizadas, nada obsta a expedição de**

27 1 DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Execução. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 48.

> **ordem de bloqueio total, como forma de constringir valores que, no futuro, sejam movimentados pelos executados[28].”**

Do voto acima, extrai-se:

> **“Não sou daqueles que deferem bloqueios através do sistema BACENJUD, mas, a partir do momento em que tal foi deferido, não tendo o ilustre magistrado apresentado a mínima oposição, não vejo razão para que não se dê seqüência à tentativa de atingir, por constrição judicial, valores que, eventual e futuramente, venham a ser movimentados pelos devedores.**
>
> **Afinal, tendo a decisão recorrida destacado o princípio da celeridade e da utilidade do processo, é exatamente isso o que busca o exeqüente, como forma de evitar que os devedores se furtem aos efeitos da execução. Não tendo sido localizados outros bens, e tendo havido diligências, inclusive junto a cartórios de registro de imóveis - como comprovado nos autos, nenhum prejuízo haverá para o processo, ou para a administração da Justiça, no deferimento do reclamado bloqueio total; mesmo porque, sem isso, o feito permaneceria paralisado. Dou provimento ao agravo, para deferir a expedição de ordem de bloqueio total, observado, entretanto, o limite ditado pelo atualizado valor da execução (...)”.**

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim entendeu[29]:

> **“BLOQUEIO TOTAL - PENHORA 'ON LINE' DE DINHEIRO DE MOVIMENTAÇÕES FUTURAS- MEIO EXTREMO - POSSIBILIDADE - CUIDADOS DEVIDOS - ANÁLISE INDIVIDUADA DO CASO CONCRETO.**
>
> **- A expedição de ofício para bloqueio total de valores futuros em conta corrente constitui medida extrema e excepcional, por ser meio mais gravoso de execução, podendo porém ser deferida após esgotados todos os outro meios possíveis para encontrar bens penhoráveis, o que não contraria o artigo 185-A do CTN. A hipótese deve ser submetida ao prudente critério do Juiz, de acordo com as circunstancias que cercam o caso concreto.”**

28 TJMG, AI n. 1.0687.04.028471-7/001, Rel. Des. Moreira Diniz, d.j. 07/10/2008.

29 TJMG, AI n° 1.0086.08.021387-8/001, Rela. Desª. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, d.j. 13.05.2011.

Extrai-se o seguinte excerto do julgado acima (grifou-se):

> **"(...) Extrai-se dos autos que foram efetuados varias tentativas para saldar o débito tributário, a citação para pagamento e oferecimento de bens a penhora, f. 32, bloqueio de bloqueio de valores, f. 33, pesquisa junto ao RENAJUD, f. 37 e penhora e avaliação de bens f.40, todas infrutíferas.**
>
> **Não vejo, a princípio, utilidade na medida pretendida, se o sistema Bacenjud restou infrutífero. No entanto, há que se convir que se não há valor disponível no momento, pode haver a qualquer momento, o que demonstra a utilidade da medida. No que se refere aos preceitos contidos no art. 185-A do CTN é necessário clarear que a lei apenas prevê que preferencialmente os bloqueios sejam feitos de forma eletrônica, através do BACENJUD e RENAJUD, não determinando que esta seja a única forma possível de efetuar a constrição. Nada obsta, pois, o deferimento do pedido, inclusive porque irá dispensar repetitivas tentativas através do BacenJud. Vige hoje o princípio da cooperação, que impõe ao magistrado o dever de proteção/prevenção ao jurisdicionado, devendo tudo fazer, dentro das possibilidades processuais previstas, para que se consiga a tutela pretendia. (...)"**

Em idêntico sentido[30]:

> **"EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA 'ON LINE' - REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO COM ORDEM DE BLOQUEIO TOTAL - POSSIBILIDADE ATÉ O VALOR DO CRÉTIDO E RESSALVADOS OS CASOS DE IMPENHORABILIDADE PREVISTOS EM LEI.**
>
> **- A penhora 'on line' é um sistema inovador utilizado pelo poder judiciário, com apoio no art. 655 do CPC que dá preferência à penhora em dinheiro, para viabilizar de forma mais célere a garantia da execução, permitindo aos Juizes, através de solicitação eletrônica, bloquear instantaneamente as contas-correntes do executado. Contudo, a referida medida deverá ser utilizada de forma proporcional e razoável, ainda mais na forma de bloqueio total. Desde que infrutífero o bloqueio de valores, restringindo-se o bloqueio total ao valor do crédito e respeitados os casos de impenhorabili-**

30 TJMG, AI n° 1.0621.05.010207-1/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, d.j. 06/08/2010.

> **dade, entende-se que a medida não é gravosa, nem viola as garantias constitucionais."**

A própria interpretação extraída da legislação tributária (artigo 185-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 118/2005) autoriza a possibilidade do bloqueio total, nos termos ora indicados:

> **"Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.**
>
> **§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.**
>
> **§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido."**

Nesse mesmo sentido entendeu o Supremo Tribunal Federal[31]:

> **"(...) ressalto que o sistema BACEN JUD vem sofrendo crescente positivação legal, vide Lei Complementar 118/2005 e Lei 11.382/2006, que introduziram os artigos 185-A e 655-A no Código Tributário Nacional e no Código de Processo Civil, respectivamente.**
>
> **Tal quadro normativo tanto reforça a legitimidade na comunicação entre Poder Judiciário e os integrantes do Sistema Financeiro Nacional mediante sistema eletrônico e com a intermediação do Banco Central (...)"**

31 STF, ACO nº 1332 MC/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, d.je. 23/03/2009.

Pelo exposto, deve ser deferida a expedição por esse Juízo de ofício ao Banco Central para que efetue o **BLOQUEIO TOTAL** de valores em **TODAS AS CONTAS E MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS** do Executado porventura existentes em nome dos devedores, **COM A CONSTRIÇÃO DE TODO E QUALQUER VALOR QUE ATUALMENTE, E/OU, NO FUTURO, SEJA MOVIMENTADO PELO EXECUTADO A QUALQUER HORA DO DIA OU DA NOITE**.

III - CONCLUSÃO:

ISTO POSTO, REQUER-SE:

1) O **APENSAMENTO** dos autos abaixo ao Processo nº: 000, com a redistribuição dos feitos apensados ao **MM. Juiz de Direito da 01ª Vara de Execução Fiscal da comarca de Vitória/ES**.

	CDA nº	*AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL*	*VALOR DA CDA (VRTE)*	*ÓRGÃO JUDICIAL DE ORIGEM*
1	*000*	*024.04.002.041-4*	*42.129,4324*	*1ª VEF-VITÓRIA*
2	*000*	*024.04.002.969-6*	*78.247,5821*	*1ª VEF-VITÓRIA*
3	*000*	*024.04.009.882-4*	*7.828,0115*	*1ª VEF-VITÓRIA*
4	*000*	*024.04.015.083-1*	*8.708,4210*	*1ª VEF-VITÓRIA*
5	*000*	*024.04.007.103-1*	*11.934,7212*	*1ª VEF-VITÓRIA*
6	*000*	*024.04.010.326-9*	*21.506,4972*	*1ª VEF-VITÓRIA*
7	*000*	*024.04.009.881-6*	*11.193,9362*	*1ª VEF-VITÓRIA*
8	*000*	*024.04.007.388-4*	*31.972,6826*	*1ª VEF-VITÓRIA*
9	*000*	*024.04.009.886-5*	*8.434,0000*	*1ª VEF-VITÓRIA*
10	*000*	*024.04.010.327-7*	*15.034,00*	*1ª VEF-VITÓRIA*
11	*000*	*024.06.018.548-5*	*5.795,3218*	*2ª VEF-VITÓRIA*
12	*000*	*024.06.018.549-3*	*5.725,7098*	*1ª VEF-VITÓRIA*
13	*000*	*024.06.018.551-9*	*22.834,0000*	*1ª VEF-VITÓRIA*
		TOTAL:	**333.360,06**	

2) A **CONCENTRAÇÃO**, a partir de agora, de todos os atos processuais nas demais ações de execução fiscal, também ajuizadas contra o Executado, e que tramitam em outro Juízo na Comarca de Vitória/ES, a serem realizados unicamente no presente feito (Processo nº: 000).

3) O **RECONHECIMENTO JUDICIAL** da existência de **FRAUDE À EXECUÇÃO**, com a declaração de nulidade da alienação do seguinte imóvel:

(...).

4) O **REDIRECIONAMENTO DE TODAS AS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL CUMULADA COM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA** contra as seguintes pessoas jurídicas:

(...), **tendo em vista que as empresas acima:**

a) guardam em comum idêntica atividade econômica;
b) gerência de fato pelo Executado;
c) predominância no capital social de novas empresas correspondentes a 89% em nome dos filhos DO EXECUTADO.

5) O **REDIRECIONAMENTO DE TODAS AS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL, CUMULADA COM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA** contra as seguintes pessoas físicas:

(...)

6) A **IMEDIATA PENHORA *ON LINE* (com expedição de ofício pelo Juízo diretamente ao Banco Central) do valor devido: a) do débito tributário (333.360,06 VRTEs – valor mínimo a ser imediatamente penhorado – sem prejuízo de posteriormente ser atualizado o citado débito com juros moratórios de 1% ao mês e correção monetária); b) das custas processuais; e c) dos honorários advocatícios** a se efetivar sobre a conta bancária do(s) Executado(s) a seguir discriminado(s):

(...), porventura existentes em nome dos devedores, **COM A CONSTRIÇÃO DE TODO E QUALQUER VALOR QUE ATUALMENTE, E/OU, NO FUTURO, SEJA MOVIMENTADO PELO EXECUTADO A QUALQUER HORA DO DIA OU DA NOITE**.

7) **A REQUISIÇÃO, PELO BACENJUD 2.0** junto às Instituições Financeiras das seguintes informações:
a) **endereço do Executado;**
b) **extratos mensais do Executado, consolidados de contas correntes/contas de investimentos, de contas de poupança e/ou**

de investimentos e outros ativos dos últimos 3 (três) anos, dos Executados abaixo indicados:

(...)

8) A **REMESSA** dos autos à Contadoria do Juízo para atualizar o valor: **a) do débito tributário (com a incidência de juros moratórios de 1% ao mês, a partir do vencimento da dívida e de correção monetária); b) das custas processuais; e c) dos honorários advocatícios de 10% do valor do débito tributário consolidado, com posterior complementação do valor penhorado (333.360,06 VRTEs)**.
9) Que as intimações/decisões no presente feito sejam realizadas em nome do **Procurador do Estado, Cezar Pontes Clark, OAB/ES n° 12.306**.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.
Vitória, 30 de junho de 2012.

Cezar Pontes Clark
Procurador do Estado
OAB/ES n° 12.306

2.4

DA (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO MEDIANTE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS MÓVEIS E/OU SERVIÇOS[1]

JASSON HIBNER AMARAL*

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar, a partir de um caso gerador hipotético, inspirado em consulta real recebida pelo autor em sua atividade profissional, mas com uma série de adaptações para adequá-lo aos objetivos propostos, a possibilidade ou impossibilidade de extinção do crédito tributário mediante dação em pagamento de bens móveis e ou serviços. O objetivo proposto é analisar, dentre outros (i) a possibilidade de iniciativa parlamentar para projetos de lei de matéria tributária; (ii) a possibilidade de criação de novos meios de extinção do crédito tributário, além daquelas previstas no artigo 156 do CTN, por parte dos entes federados; (iii) a viabilidade jurídica da previsão em legislação local da dação em pagamento de bens móveis e serviços como modalidade de extinção do crédito tributário e suas implicações, tanto do ponto de vista específico do Direito Tributário como da perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro em sentido mais amplo; (iv) o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina sobre a matéria. Conclui-se, ao final, com base no entendimento externado pelo STF na última vez em que se debruçou sobre a matéria que, não obstante as hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no artigo 156 do CTN não sejam *numerus clausus*, e apesar de ser possível que a legislação do ente federado estabeleça outros meios de extinção do crédito tributário, a dação em pagamento de bens e serviços pode encontrar óbice no Direito Administrativo, na medida em que, ao criar nova modalidade de dispensa/inexigibilidade de licitação, pode implicar, pelo menos em tese, violação ao artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988, que estabelece a competência privativa da União para

* Procurador-Geral do Estado do Espírito Santo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor em cursos de pós-graduação em Direito. Advogado e Consultor Jurídico.

1 O presente parecer, a partir de um caso gerador hipotético, foi apresentado pelo autor como trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV RIO – em outubro de 2020. O estudo nele desenvolvido foi inspirado por consulta recebida pelo autor quando no exercício de suas atribuições no Centro de Estudos e Informações da PGE/ES, ocasião em que exarou o Parecer CEI/PGE – ES Nº: 00107/2018 no bojo do processo administrativo n.º 79272630.

legislar sobre normas gerais de licitação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Modalidades de Extinção do Crédito Tributário. CTN, art. 156. Outras modalidades de extinção previstas em lei local ou estadual. Autonomia dos Entes Federados. Dação em pagamento de bens e serviços. Direito Administrativo. Lei 8.666/1993. STF.

SUMÁRIO:1.Caso Gerador. 2. Parecer. 2.1. Relatório. 2.2 Fundamentação. 2.2.1. Da iniciativa para projeto de lei que veicula matéria tributária e cria órgão na estrutura da Secretaria de Fazenda. 2.2.2 - Do pagamento de dívidas tributárias com a realização de obras e/ou serviços, ou mediante dação em pagamento de bens móveis. 2.3. Conclusões. 3. Referências

1. CASO GERADOR

Em razão da grave crise econômica provocada pelo desastre natural de alcance mundial provocado por vírus, conhecido como pandemia do novo coronavírus, e tendo em vista a necessidade de aumentar ou não reduzir a arrecadação tributária sem deixar de levar em conta a fragilidade da situação de vários grupos de devedores da Fazenda Pública, o Tribunal de Contas do Estado, o Ministério Público de Contas e a Corregedoria Geral de Justiça, após deliberação conjunta, expediram o Ato Recomendatório Conjunto n.º 01/2020, pelo qual recomendavam ao Estado e aos Municípios a adoção de medidas tendentes a aprimorar a sistemática de cobrança da dívida pública, otimizando os procedimentos e criando alternativas aos devedores.

Entre as medidas sugeridas ao Estado e aos Municípios, estavam:

> 1 – A implementação, em seus respectivos âmbitos legislativos, da normatização necessária para possibilitar sistema alternativo de cobrança da dívida pública, por meio de procedimento administrativo de cobrança extrajudicial de títulos executivos que contemple, entre outros, modalidades de extinção do crédito tributário por meio de dação em pagamento de bens móveis e serviços, a fim de que devedores que porventura não tenham caixa para satisfazer suas obrigações tributárias possam valer-se dessa modalidade.

Diante do Ato Recomendatório, a Comissão de Estudos Tributários, Desenvolvimento Regional e Infraestrutura da Assembleia Legislativa do Estado encaminha expediente à Procuradoria da Casa de Leis, indagando sobre:

(i) a viabilidade jurídica do recebimento, com espeque nos art. 170 e 171 do CTN, de créditos tributários mediante compensação e/ou transação onde o sujeito passivo da obrigação tributária (pessoa jurídica) poderá pagar suas dívidas com a realização de obras e/ou serviços, ou mediante dação em pagamento de bens móveis, que sejam compatíveis com o objeto social da empresa devedora;

(ii) a possibilidade de parlamentar submeter à Assembleia Legislativa projeto de lei com essa finalidade, prevendo a possiblidade de quitação de obrigação tributária mediante fornecimento de bens móveis e/ou serviços, bem como a criação de órgão, na estrutura da Secretaria de Fazenda do Estado, com atribuição para avaliar, em procedimento administrativo, as propostas de transação ou dação em pagamento que envolvam a quitação de tributos mediante o fornecimento de bens ou serviços.

Na qualidade de Procurador da Assembleia Legislativa, analise as questões jurídicas postas na consulta do Parlamentar.

2. PARECER

PROCESSO Nº: XXXXXXXXX
PARECER PROCURADORIA Nº: 010/2020
ASSUNTO: Consulta sobre a viabilidade de extinção do crédito tributário mediante transação ou dação em pagamento de bens ou serviços.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PROCURADOR GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO.

2.1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada a Comissão de Estudos Tributários, Desenvolvimento Regional e Infraestrutura da Assembleia Legislativa do Estado, sobre a possibilidade jurídica de quitação de dívidas tributárias mediante transação de bens e realização de obras e serviços públicos, nos seguintes termos:

(i) a viabilidade jurídica do recebimento, com espeque nos art. 170 e 171 do CTN, de créditos tributários mediante compensação e/ou transação onde o sujeito passivo da obrigação tributária (pessoa jurídica) poderá

pagar suas dívidas com a realização de obras e/ou serviços, ou mediante dação em pagamento de bens móveis, que sejam compatíveis com o objeto social da empresa devedora;

(ii) a possibilidade de parlamentar submeter à Assembleia Legislativa projeto de lei com essa finalidade, prevendo a possiblidade de quitação de obrigação tributária mediante fornecimento de bens móveis e/ou serviços, bem como a criação de órgão, na estrutura da Secretaria de Fazenda do Estado, com atribuição para avaliar, em procedimento administrativo, as propostas de transação ou dação em pagamento que envolvam a quitação de tributos mediante o fornecimento de bens ou serviços.

A consulta veio instruída com o Ato Recomendatório Conjunto n.º 01/2020, oriundo do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público de Contas e da Corregedoria Geral de Justiça.

Passo, então, à análise solicitada.

2.2. FUNDAMENTAÇÃO

A possibilidade de o Poder Público solucionar controvérsias através de meios alternativos ou de composição é tema que vem sendo amplamente debatido, com notável avanço na última década.

Todavia, no âmbito do Direito Tributário, regido por um sistema constitucional dotado de princípios de alta envergadura, como a legalidade estrita, esse tema precisa ser analisado com cautelas específicas.

Neste sentido, a análise da viabilidade da adoção de meios alternativos, como a "*extinção do crédito tributário pela transação e/ou compensação, mediante a realização de obras públicas e/ou prestação de serviços pelo contribuinte à Administração Pública*", possui nuances que demandam análise particularizada.

Todavia, antes de adentrar nessa análise, por questão de organização lógica da resposta à consulta formulada, importante perquirir acerca da competência parlamentar para propor projeto de lei com essa finalidade, "*prevendo a possiblidade de quitação de obrigação tributária mediante fornecimento de bens móveis e/ou serviços, bem como a criação de órgão, na estrutura da Secretaria de Fazenda do Estado, com atribuição para avaliar, em procedimento administrativo, as propostas de transação ou dação em pagamento que envolvam a quitação de tributos mediante o fornecimento de bens ou serviços*".

2.2.1 - DA INICIATIVA PARA PROJETO DE LEI QUE VEICULA MATÉRIA TRIBUTÁRIA E CRIA

ORGÃO NA ESTRUTURA DA SECRETARIA DE FAZENDA:

Muito embora o Supremo Tribunal Federal – STF – tenha pacificado o entendimento segundo o qual "inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal"[2], a consulta *sub examine* também veicula a possibilidade de lei de iniciativa parlamentar criar órgão na estrutura da Secretaria de Fazenda "*com atribuição para avaliar, em procedimento administrativo, as propostas de transação ou dação em pagamento que envolvam a quitação de tributos mediante o fornecimento de bens ou serviços*".

Neste ponto, com a devida vênia, parece haver indevida intromissão na competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa de leis que tratam da estrutura e organização dos órgãos da Administração Pública, tal como estabelece o artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República, que tem aplicação, por simetria[3], aos Estados:

> Art. 61(...)
> § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
> (...)

---

2 Assim foi fixada a Tese de Repercussão Geral n.º 682:

"Tributário. Processo legislativo. Iniciativa de lei. 2. Reserva de iniciativa em matéria tributária. Inexistência. 3. Lei municipal que revoga tributo. Iniciativa parlamentar. Constitucionalidade. 4. Iniciativa geral. Inexiste, no atual texto constitucional, previsão de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo em matéria tributária. 5. Repercussão geral reconhecida. 6. Recurso provido. Reafirmação de jurisprudência" (ARE 743480, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tema 682, p. 20/11/2013).

Importante registrar que o voto condutor, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, acerca do alcance do art. 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea b da Carta Magna que, à primeira vista, pode induzir à interpretação de que leis sobre matéria tributária são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, esclarece que "a regra do artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, "b", diz que são de iniciativa do Presidente da República leis tributárias referentes apenas aos territórios".

3 Lei estadual que dispõe sobre a situação funcional de servidores públicos: iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, a e c, CR/1988). **Princípio da simetria**.

[ADI 2.029, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2007, P, DJ de 24-8-2007.]

ADI 3.791, rel. min. Ayres Britto, j. 16-6-2010, P, DJE de 27-8-2010.

Incorre em vício de inconstitucionalidade formal (CF, arts. 61, § 1º, II, a e c, e 63, I) a norma jurídica decorrente de emenda parlamentar em projeto de lei de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo de que resulte aumento de despesa. **Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria**.

[ADI 2.079, rel. min. Maurício Corrêa, j. 29-4-2004, P, DJ de 18-6-2004.]

RE 745.811 RG, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17-10-2013, P, DJE de 6-11-2013, Tema 686

II - disponham sobre:
a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
b) **organização administrativa** e judiciária, matéria tributária[4] e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Nesta linha, o STF tem entendimento consolidado, firmado em ADI, com efeito vinculante *erga omnes*, de que há vício de iniciativa em projeto de lei oriundo de parlamentar que trata da estrutura ou da organização da Administração Pública. Vejamos:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e, art. 63, I; Lei 13.145/2001, do Ceará, art. 4º; Lei 13.155/2001, do Ceará, artigos 6º, 8º e 9º, Anexo V, referido no art. 1º. I. - As regras do processo legislativo, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. Precedentes do STF. II. - Leis relativas à remuneração do servidor público, que digam respeito ao regime jurídico destes, que criam ou extingam órgãos da administração pública, são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. C.F., art. 61, § 1º, II, a, c e e. III. - Matéria de iniciativa reservada: as restrições ao poder de emenda - C.F., art. 63, I - ficam reduzidas à proibição de aumento de despesa e à hipótese de impertinência de emenda ao tema do projeto. Precedentes do STF. IV - ADI julgada procedente.
>
> (ADI 2569, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2003, DJ 02-05-2003 PP-00028 EMENT VOL-02108-02 PP-00248)

Portanto, de forma objetiva, deve-se responder quanto ao segundo questionamento formulado:

Embora segundo entendimento do STF, firmado em sede de repercussão geral (tese n.º 682), projeto de lei sobre matéria tributária esteja no âmbito da iniciativa geral, o que possibilitaria, em tese, a iniciativa parlamentar de projeto legislativo sobre a matéria, a proposição legislativa acerca da criação de órgão no âmbito da Secretaria Estadual de Fazenda violaria a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo

4 Vide nota de rodapé n.º 2, supra.

(art. 61, parágrafo 1º, inc. II, b da CRFB/1988), havendo, nesse ponto, vício de iniciativa a macular de inconstitucionalidade formal eventual proposição nesse sentido.

2.2.2 - DO PAGAMENTO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS COM A REALIZAÇÃO DE OBRAS E/OU SERVIÇOS, OU MEDIANTE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS MÓVEIS.

Conforme asseverado no item 2, a análise da viabilidade da adoção de meios alternativos para extinção do crédito tributário, em razão da especificidade da matéria tributária e dos rígidos princípios que a informam, notadamente a estrita legalidade, possui características que requerem uma análise bem particularizada.

Assim, alguns conceitos e institutos tributários são fulcrais à adequada avaliação da consulta.

Como sabemos, a extinção do crédito tributário é o desaparecimento deste[5] através de modalidades que tem em comum o cumprimento da obrigação.

Desse modo, somente a lei no seu sentido formal pode dizer quais as formas mediante as quais o crédito tributário pode ser extinto.

O CTN previu em seu art. 156, onze causas extintivas:

> **Art. 156**. Extinguem o crédito tributário:
>
> I - o pagamento;
>
> II - a compensação;
>
> III - a transação;
>
> IV - remissão;
>
> V - a prescrição e a decadência;
>
> VI - a conversão de depósito em renda;
>
> VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;
>
> VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 203.

> IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
>
> X - a decisão judicial passada em julgado.
>
> XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)
>
> Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.

Diante disso e estreitando a análise ao objeto da consulta, importante se faz uma breve diferenciação entre os institutos da compensação e da transação em matéria tributária.

A teor do disposto no art. 170 do Código Tributário, o sujeito passivo que apurar crédito tributário poderá utilizá-lo na compensação de débitos recíprocos e específicos entre o Fisco e o contribuinte, desde que seja líquido, certo e haja autorização legal. Em outras palavras, a compensação tributária, nada mais é do que o abatimento de obrigações tributárias distintas, em que o sujeito é credor e devedor da Fazenda Pública, devendo o valor de ambas as relações serem abatidas.

Desta forma compreende-se que o instituto da compensação tributária se realiza apenas entre **créditos e débitos**, recíprocos e específicos, não se ajustando, portanto, ao intento principal da presente consulta jurídica, qual seja, de possibilitar a realização de obras e serviços com a finalidade de extinguir o crédito tributário.

A transação, por sua vez, terceira hipótese de extinção dos créditos tributários, é o chamado "acordo", feito através de concessões mútuas entre o contribuinte e o fisco, em que ambas as partes cedem a fim de alcançarem a composição.

É visualizada, por exemplo, no instante em que o fisco oferece desconto ao sujeito passivo para o pagamento em determinada data.

Trata-se de instituto incorporado no direito privado desde longa data. O Código Civil de 1916 já previa, em seu art. 1.025, ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Dispositivo de redação idêntica é encontrado no art. 840 do Código Civil de 2002.

No Direito Tributário, porém, a transação possui algumas peculiaridades.

O art. 171 Código Tributário Brasileiro estabelece que:

> **Art. 171**. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.
>
> **Parágrafo único**. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Transigir implica concessões de parte a parte, erradicando a incerteza acerca de uma determinada controvérsia, por meio da celebração de um acordo. Nesse sentido, pontua Ricardo Lobo Torres:

> A transação implica no encerramento do litígio através de ato do sujeito passivo que reconhece a legitimidade do crédito tributário, mediante concessão recíproca da Fazenda Pública. O objetivo primordial da transação é, por conseguinte, encerrar o litígio, tornando seguras as relações jurídicas. O seu requisito essencial é que haja direitos duvidosos ou relações jurídicas subjetivamente incertas. Para que se caracterize a transação torna-se necessária a reciprocidade de concessões, com vista ao término da controvérsia[6].

Consiste, portanto, em instrumento de solução de controvérsias mediante ajustes mútuos, que implicam a extinção da relação jurídica tributária[7]. Apenas pode ser realizada nos termos e condições estabelecidos em lei, que deverá indicar a autoridade competente para efetivá-la.

O princípio da legalidade, com efeito, é caro ao instituto da transação, de modo que nenhuma transação pode se operacionalizar à míngua de lei específica que estabeleça os limites e condições para a celebração de acordo entre os sujeitos da relação jurídica tributária.

No campo doutrinário, prevalece a opinião no sentido de que as formas de extinção do crédito tributário, previstas no artigo 156 do CTN, não estão dispostas em *numerus clausus*.

Entende-se, ainda, com base na autonomia dos entes federados, princípio basilar do federalismo, que é lícito a cada Estado, com vistas ao incremento da receita, estabelecer novas modalidades de extinção do crédito tributário, dentre as quais, em tese, estaria a dação em pagamento de bens móveis ou a prestação de serviços públicos.

---

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 298.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 465.

Este entendimento foi expressamente albergado pelo STF, quando do julgamento da medida cautelar na ADI 1917-DF, ocasião em que o Ministro Relator, Carlos Britto, entendeu que se o Estado pode, inclusive, por lei própria, conceder remissão, por corolário lógico ele pode criar novas modalidades de extinção do crédito tributário pois, "quem pode o mais pode o menos".

Analisando o tema em caso muito semelhante ao ora posto, o Emérito Professor Ives Gandra da Silva Martins, em parecer ofertado ao Município de Santa Cruz do Rio Pardo[8], entendeu lícita, legal e possível a transação tributária levada a efeito entre o Município e uma Construtora.

Naquele caso, a Câmara Municipal aprovou a Lei Complementar Municipal n.º 176, de 10/04/2002, autorizando transação pela qual a Construtora, em débito de ISS, quitasse o valor devido mediante a dação em pagamento de materiais e mão-de-obra necessárias para pavimentação de vias urbanas.

Sem entrar nas circunstâncias mais específicas do caso concreto, porque desnecessárias ao intento desse trabalho, o fato é que a questão chegou ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ocasião em que foi levantada potencial ofensa à lei de licitações.

Refutando essa alegação, o parecerista fincou suas premissas na diferenciação entre institutos do Direito Tributário e do Direito Administrativo, asseverando que[9]:

> **"A transação, operação que se configura na espécie desta consulta, é nitidamente de natureza tributária e não de natureza administrativa**. E sua previsão legal, muito antes da Lei 8633/93, consta de lei que, embora surgida como ordinária, hoje se reveste de eficácia de complementar. Trata-se do Código Tributário Nacional, cujo art. 171 dispõe:
>
> "Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.
>
> Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso" (grifos meus)".

E continua:

8 Disponível em: https://gandramartins.adv.br/parecer/transacao-tributaria-realizada-nos-exatos-termos-do-artigo-171-do-codigo-tributario-nacional-inteligencia-do-dispositivo-prevalencia-do-interesse-publico-em-acordo-envolvendo-prestacao-de-servicos-2/

9 Parecer citado, p. 11.

> Sendo, pois, dois os regimes jurídicos (licitação administrativa e transação tributária) incompatíveis para adoção simultânea, devem prevalecer para os institutos pertinentes, nos estritos limites em que a lei determinar.
>
> No caso da transação, está ela subordinada ao CTN, não podendo o regime jurídico da licitação inviabilizar o seu regime jurídico determinado pela lei tributária, em detrimento do próprio interesse público e do princípio da eficiência para recebimento de crédito tributário, visto que NÃO HÁ QUALQUER LIMITAÇÃO PARA QUE A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA, em havendo lei, se faça pela forma que melhor convier aos interessados[10].

Ao final, conclui o parecerista que:

> Em face do exposto, considero irretocável a transação tributária realizada, nos exatos termos do Código Tributário Nacional, que trouxe indiscutível benefício para o Município, autorizada pela Câmara dos Vereadores, por lei de nível complementar, operação esta não sujeita à licitação, por força da própria natureza do instituto, essencialmente tributário[11].

Em que pese o entendimento do renomado jurista, parece-nos, com o devido respeito, que há aqui um inequívoco erro de premissas: parafraseando o eminente professor Eros Roberto Grau, o direito não se interpreta, nem se aplica, em tiras[12].

É sabido e consabido que o ordenamento jurídico é uno, importando a divisão do Direito em ramos ou matérias, muito mais por uma necessidade didática/acadêmica do que pela existência de distintas ordens. Numa palavra, o Direito deve guardar congruência.

Ao aplicar o Direito ao caso concreto, o intérprete deve levar em conta o ordenamento jurídico existente, e não apenas esse ou aquele ramo do direito.

Pensar o contrário seria permitir, a um só tempo, decisões judiciais e respostas jurídicas lícitas para um ramo do direito e, ao mesmo tempo, ilícitas para outro. Ora, ou a conduta é jurídica ou ela é antijurídica, no sentido de ofender o Direito vigente.

---

10 Parecer citado, p. 21.

11 Parecer citado, p.25.

12 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

Firmadas as premissas corretas, não há como analisar a licitude da transação tributária mediante dação em pagamento de bens e serviços, ainda que prevista em lei, sem considerar seus possíveis impactos no Direito Administrativo, notadamente na lei que rege a aquisição de bens e serviços pelo ente público.

Levada a efeito a separação proposta no parecer de Ives Gandra Martins, no sentido de que a transação, por ser instituto de Direito Tributário, está infensa à qualquer ingerência de legislação de cunho administrativo (no caso, a lei de licitações) corre-se o risco de, em última análise, incentivar que contribuintes não cumpram suas obrigações tributárias para com a Administração Pública para que possam ser beneficiários de transações que lhes permitam prestar serviços e fornecer bens sem que se sagrem vencedores em procedimentos licitatórios.

Seria uma subversão que o Direito não admite. Tanto é que, contrariamente ao parecer citado, analisando a matéria em abstrato, no bojo de ação direta de inconstitucionalidade, o STF a considerou inconstitucional, como se verá mais à frente.

Portanto, voltando ao cerne da questão posta, entendo que a viabilidade do mecanismo que se propõe depende necessariamente da abordagem do liame existente entre a transação tributária e a realização de obras públicas e/ou serviços e os procedimentos legalmente previstos para que o Estado adquira bens ou contrate a prestação de serviços, materializados na Lei n° 8.666/1993.

A rigor, não há como desconsiderar que a aplicação da transação na forma proposta nesta consulta, como forma de extinção do crédito tributário, poderá afetar princípios do Direito Administrativo, em especial o princípio licitatório.

Como sabemos, licitação é um instituto de grande relevo no direito administrativo, necessário e anterior à celebração de contratos públicos.

Não é demais esclarecer que o art. 2º da Lei 8.666/93, em harmonia com o art. 37, XXI da Constituição Federal, criou, como regra geral, a obrigatoriedade de prévia licitação para os casos em que obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública, sejam realizados por terceiros.

Alexandre Mazza, em sua obra Manual de Direito Administrativo, destaca:

> A licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A razão de existir dessa exigência reside no fato de que o Poder Público não pode escolher livremente um fornecedor qualquer, como fazem as empresas privadas. Os imperativos da isonomia, impessoalidade, moralidade e

> indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato[13].

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles (2005), expõe:

> Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, apenas expectativa de direito. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor.
>
> (...)
>
> Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o seu interesse[14].

Utilizando o conceito de Alexandre Mazza, pode-se definir licitação como "o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta".

Criou-se, assim, a presunção de que a prévia licitação produz para a administração pública a melhor contratação, ou seja, aquela que lhe assegura a maior vantagem possível.

Ademais, quanto ao objeto a ser licitado, Celso Antônio Bandeira de Mello, declara:

> São licitáveis unicamente os objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supões disputa, concorrência, ao menos potencial, entre os ofertantes. Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus pressupostos lógicos, em duas hipóteses:
>
> a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão

13 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 319.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 269-271.

> administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá ofertá-lo;
>
> b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se denomina produtor ou fornecedor exclusivo.
>
> Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em dispensa de licitação, pois só se pode dispensar alguém de dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso, a legislação optou por denominá-las como casos de inexigibilidade de licitação, expressão, aliás, que também não é feliz.
>
> Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja[15].

Não se desconhece que a regra da licitação comporta exceções, tal como prevê o próprio art. 37, XXI da CF, que deixa claro a relatividade e instrumentalidade do processo licitatório. Ao dar concreção a esse dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/93 delineou as hipóteses que ensejariam a contratação direta, desde que devidamente motivada (art. 26 da Lei 8.666/93). Essas hipóteses reconduzem-se, fundamentalmente, aos casos em que a licitação se mostra (i) inviável por ausência de competição ou (ii) inconveniente para atendimento do interesse público. Daí os casos de dispensa (art. 17), dispensabilidade (art. 24) e inexigibilidade (art. 25), nos quais fica afastada a presunção de que a prévia licitação sempre proporciona a "melhor contratação".

Neste ponto, cabe frisar que a exigência de atendimento às finalidades precípuas da administração é de suma importância, pois em se tratando de prestação de serviços públicos, tal ato deve ser precedido de procedimento licitatório, não havendo se cogitar na utilização de contratação direta indiscriminadamente.

Ademais, importante trazer à baila as discussões levantadas nas ações direta de inconstitucionalidade em trâmite no Supremo Tribunal Federal, que tratam de assunto semelhante e ainda espraiam divergências.

Inicialmente, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1917-DF, com pedido de liminar, pelo Governador do Distrito Fe-

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 506-507.

deral, na qual alegava que a Lei Ordinária Distrital nº 1.624/1997, que instituiu a dação em pagamento como forma da extinção do crédito tributário, mediante a entrega de bens móveis, ofendia o art. 24, e parágrafos, art. 37, inciso XXI, art. 146, inciso III, alínea "b" e art. 150, inciso II, todos da CF/1988.

O Plenário do STF, em 18/12/1998, por unanimidade de votos, deferiu o pedido de medida cautelar formulado na ADI para determinar a suspensão da eficácia da norma contestada:

> CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO. As formas de extinção do crédito tributário estão previstas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Carta de 1988 como lei complementar. Surge a relevância de pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade considerada lei local prevendo nova forma de extinção do crédito tributário na modalidade civilista da dação em pagamento. Suspensão de eficácia da Lei Ordinária do Distrito Federal de nº 1.624/97. (ADI 1917 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1998, DJ 19-09-2003 PP-00015 EMENT VOL-02124-03 PP-00521).

Após o julgamento da medida cautelar, veio à baila a Lei Complementar nº 104/2001 que acrescentou o inciso XI, ao art. 156 do Código Tributário Nacional, dispondo expressamente sobre a possibilidade de extinção do crédito tributário pela dação em pagamento de bens imóveis, a saber:

> Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
>
> (...)
>
> XI – a dação em pagamento em **bens imóveis**, na forma e condições estabelecidas em lei. (Incluído pela LC nº 104, de 10.1.2001)

Percebe-se, claramente, que a intenção do legislador foi adequar a legislação tributária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que emergiu do julgamento proferido na medida cautelar na ADI 1917-DF, já que o novo dispositivo foi introduzido por intermédio de lei complementar e restringiu o uso do instituto somente para a entrega de bens imóveis.

No julgamento do mérito da ADI 1917-DF, proferido em 26/04/2007, o STF julgou procedente a ADI, confirmando a decisão em sede cautelar e declarando inconstitucional a Lei Ordinária Distrital nº 1.624/1997, contendo a seguinte ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUICIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública. **IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997**. (ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00059 RDDT n. 146, 2007, p. 234-235 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 53-63 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 106-111).

A decisão proferida pelo tribunal foi fundamentada, em síntese, na reserva de lei complementar para tratar das causas de extinção do crédito tributário, conforme o disposto no art. 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, já que a lei atacada era ordinária, **bem como na necessidade de licitação prévia para realização de obras, serviços e compras pela administração pública, diante do que dispõe o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna**.

A dação em pagamento foi mais uma vez objeto de apreciação pelo STF, desta vez nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2405-RS, impetrada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, com pedido de liminar, em face da Lei Estadual nº 11.475/2000, a qual, dentre outros aspectos, incluiu a dação em pagamento em bens móveis como forma de extinção de crédito tributário.

Em 06/11/2002, no julgamento da medida cautelar, contrariando o que foi decidido em sede de medida cautelar na ADI 1917-DF, **o Excelso Pretório entendeu, por maioria, ser possível a criação de novas hipóteses de extinção do crédito tributário na via da lei ordinária, conforme previsão contida no art. 146, inciso III, alínea b, da CF, pois os Estados-membros possuiriam autonomia para estabelecer regras específicas de quitação de seus créditos**. A ementa possui os seguintes termos:

> EMENTA: **Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar**: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: **possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de**

> **seus próprios créditos tributários**. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: consequente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. (...) (ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56).

O STF fundamentou a decisão alegando que a Lei Complementar nº 104/2001, que acrescentou o inciso XI ao artigo 156 do Código Tributário Nacional, não obstante sua redação específica, não teve o condão de restringir a dação em pagamento somente aos bens imóveis, pois a questão envolve medida de economia interna de cada unidade federada, não sendo, por isso, exigida uma uniformidade normativa por meio de lei complementar.

Extrai-se do voto do Ministro Relator, Carlos Britto:

> (...) A disposição, todavia, pelas razões acima expostas, não teve o efeito de ampliar o rol de causas de extinção do crédito tributário, visto que já era aceita pela doutrina a possibilidade de a lei estadual atribuir ao instituto esse efeito nem muito menos de restringir essa possibilidade aos bens imóveis, dado não se poder ter por razoável qualquer limitação dessa ordem, aos Estados, impedindo-o de aceitar, em pagamento de seus créditos, v.g., títulos públicos por ele mesmo emitidos, ou pela União, o que não passaria de um rematado contrassenso. **Nada impedia, nem impede, por isso, em princípio, que a lei estadual, com vista ao incremento da receita, estabeleça novas modalidades de extinção da dívida ativa, como fez a lei gaúcha, ao instituir a dação em pagamento, visto que a transação e a moratória, também nela previstas, estão contempladas no CTN**.

Com essa decisão, em caráter provisório, o STF permitiu aos Estados e ao Distrito Federal estabelecerem outros meios não previstos expressamente no CTN para a extinção de seus créditos tributários, máxime porque podem conceder remissão e, "*quem pode o mais pode o menos*", posicionamento defendido pelo tributarista Luciano Amaro, expressamente encampado pelo Ministro Carlos Britto nas razões do seu voto.

Ademais, como pode ser observado, diversamente do que foi decidido no mérito da ação declaratória de inconstitucionalidade de nº

1917-DF, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar da ADI 2405-RS, **não se manifestou quanto à exigibilidade de licitação para a dação em pagamento de bens móveis**.

Como dito, em **26/04/2007**, no julgamento do mérito da ADI nº 1917/DF, o STF reafirmou seu entendimento relativo à inconstitucionalidade da Lei Distrital que previa a extinção de crédito tributário por meio de dação em pagamento em bens móveis, **tendo em vista a reserva de lei federal para estipular regras gerais de licitação**.

Contudo, em **20/09/2019**, julgando o mérito da ADI2405-RS, o STF confirmou, em menor extensão, a medida cautelar anteriormente proferida e, para o que aqui interessa, manteve o entendimento de que os Estados e o Distrito Federal podem, em razão da autonomia dos entes federados, alicerce do Federalismo, criar novas modalidades de extinção do crédito tributário além daquelas já previstas no CTN.

O julgamento restou assim ementado:

> Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 11.475/2000. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COBRANÇA JUDICIAL DE CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. REVOGAÇÃO DE PARTE DA NORMA IMPUGNADA. CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO. PRECEDENTES. **PREVISÃO DE MODALIDADES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM LEI ESTADUAL. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO DE COMPETÊNCIAS E IMPOSIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES AO PODER EXECUTIVO POR LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÃO PARA REPARTIÇÃO OBRIGATÓRIA DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS POR LEI ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO DE PRECATÓRIOS COM DÉBITOS DECORRENTES DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS DE BANCOS PÚBLICOS ESTADUAIS. ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE INSTITUTO DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, I, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS COM PRECATÓRIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM MENOR EXTENSÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE EM PARTE**. 1. A jurisdição constitucional abstrata brasileira não admite o ajuizamento ou a continuidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo já revogado ou cuja eficácia já tenha se exaurido, independentemente do fato de terem produzido efeitos

concretos residuais. Perda de objeto parcial da ação em relação aos seguintes dispositivos: inciso III do art. 114; parágrafo único do art. 118; e arts. 134 a 136, todos da Lei 6.537/1973 do Estado do Rio Grande do Sul, com redação dada pela Lei 11.475/2000 do mesmo Estado. Precedentes. **2. Não há reserva de Lei Complementar Federal para tratar de novas hipóteses de suspensão e extinção de créditos tributários. Possibilidade de o Estado-Membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. 3. Ao criar órgãos e estabelecer competências para o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para a Procuradoria-Geral do Estado, a lei estadual, de iniciativa parlamentar, viola regra constitucional que determina a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo para a disciplina de sua organização administrativa (CF, art. 61, § 1º, II, "e"). 4. É inconstitucional a norma que invade a competência própria do Poder Executivo para dar destinação aos imóveis recebidos por dação em pagamento decorrente de créditos tributários, bem como a que impõe a instituição de programa de financiamento no banco do Estado, matéria submetida à reserva de administração (art. 61, § 1º, II, "e", c/c art. 84, II e VI, "a", da CF)**. 5. Viola o texto constitucional a norma estadual que impõe condições para a repartição de receitas tributárias, por contrariedade ao art. 158 da Constituição Federal. Precedentes. 6. Inconstitucionalidade, com interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, do § 3º do art. 114, introduzido na Lei 6.537/1973 pela Lei 11.475/2000, com relação ao Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Interferência no sistema constitucional de repartição do produto da arrecadação do IPVA (50%). 7. Ao estabelecer condicionantes à compensação de precatórios com dívidas decorrentes de operações financeiras nos bancos públicos estaduais, a norma estadual alterou a sistemática da compensação. Norma relativa ao Direito Civil, tema inserido no rol de competências legislativas privativas da União (art. 22, I, da CF). 8. Possibilidade de compensação de precatórios com débitos tributários. Precedentes. 9. Inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos legais: o art. 117; a expressão "da Comissão de Dação em Pagamento" contida no parágrafo único do art. 122; o caput do art. 123, as alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "f", e "g", e parágrafo único; os §§ 2º e 3º do art. 124; a expressão "por órgão da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos, podendo esta, para efetivação da avaliação, requisitar servidores especializados de outros órgãos públicos da Administração Direta e Indireta", conforme o caput do art. 125; o § 2º do art. 125; a expressão "salvo se forem área de preservação ecológica e/ou ambiental", conforme o caput do art. 127; os §§ 1º e 4º do art. 127; o parágrafo único do art. 128; a expressão "sendo competente para transigir o Procurador-Geral do Estado" do art. 130;

> todos da Lei Estadual 6.537/1973, com a redação dada pelo art. 1º, III, da Lei 11.475/2000 do Estado do Rio Grande do Sul; e ainda o art. 98 da Lei 6.537/1973, na redação dada pelo inciso IV do art. 1º da Lei 11.475/2000 do Estado do Rio Grande do Sul; a expressão "por meio da Comissão de Dação em Pagamento, prevista no art. 123 da Lei nº 6.537, de 27 de fevereiro de 1973, e alterações, com a redação dada por esta lei", veiculada pelo § 2º do art. 4º da Lei 11.475/2000; o § 3º do art. 4º; o art. 6º; o caput do art. 7º e parágrafo único; e o art. 8º, todos da Lei 11.475/2000 do Estado do Rio Grande do Sul. 10. Conhecimento parcial da ação. Medida cautelar confirmada em menor extensão. Procedência em parte da Ação Direta de Inconstitucionalidade.
>
> (ADI 2405, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 02-10-2019 PUBLIC 03-10-2019)

Portanto, neste aspecto, qual seja, da constitucionalidade de lei estadual, de iniciativa parlamentar, sobre modalidade de extinção de crédito tributário, o STF, na ADI 2405-RS, julgada em 20/09/2019, manteve o entendimento firmado 12 anos antes, quando do julgamento do mérito da ADI 1917-DF.

Diante disso, resta a indagação sobre a superação ou não do fundamento que levou o STF a considerar inconstitucional a lei distrital, quando do julgamento de mérito da ADI1917-DF, qual seja, a ofensa ao artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988, que confere competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação. Rememore-se que, naquela ocasião, entendeu o Pretório Excelso que, ao permitir à Administração a aquisição de bens e serviços por meio de dação em pagamento para extinção do crédito tributário, a norma distrital criara nova modalidade de dispensa ou inexigibilidade de licitação, matéria de competência privativa da União.

E esse ponto não passou desapercebido pelo Eminente Relator, senão vejamos:

> A propósito, **é importante fazer um distinguishing e mencionar que não há se cogitar incongruência entre o entendimento adotado acima com o firmado no julgamento definitivo da ADI 1.917**, cuja ementa está transcrita abaixo:
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUICIONALIDADE.
> OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I- Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito tributário. **III - Ofensa ao princípio da licitação**

> **na aquisição de materiais pela administração pública**. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997. (ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 24/8/2007)"
>
> **Nesse julgado, a CORTE analisou a constitucionalidade de lei do Distrito Federal que dispunha sobre o "pagamento de débitos das microempresas, das empresas de pequeno porte e das médias empresas, mediante dação em pagamento de materiais destinados a atender a programas de Governo do Distrito Federal"**.
>
> Apesar de ventilada a questão da necessidade de edição de Lei Complementar para tratar das formas de extinção de crédito tributário, **o ponto principal da discussão no julgamento da ADI 1917 versou sobre o desrespeito ao processo licitatório, em contrariedade ao art. 37, XXI, da CF**.

Portanto, apesar de o inteiro teor do julgado conter alguns apontamentos que merecem especial atenção em estudo mais aprofundado, para os fins desse trabalho, resta clarividente que o STF, ao julgar a ADI 2405-RS **não superou** (*overruling*) o entendimento firmado quando do julgamento da ADI 1917-RS, em que considerou a dação em pagamento de bens móveis como modalidade de extinção do crédito tributário, tal como instituída naquele diploma normativo, atentatória ao artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/1988, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre regras gerais de licitação, na medida em que a lei distrital criara verdadeira hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação não prevista na lei geral da União (Lei 8.666/1993).

Pelo contrário, o STF expressamente diferenciou (*distinguishing*) o que decidido na ADI 2405-RS daquilo que decidido na ADI 1917-DF de forma que, não tendo sido superada, a *ratio decidendi* da decisão anterior resta mantida e, como tal, pelo menos em tese e num juízo amparado em uma visão razoável de uma teoria dos precedentes que vem sendo construída no ordenamento jurídico brasileiro, tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

E a congruência entre os dois julgados pode ser vista claramente quando se cotejam as legislações impugnadas em cada uma das ADI's: enquanto a legislação distrital, objeto da ADI 1917-DF, previa a dação em pagamento de bens móveis (materiais destinados a atender programas de Governo) como forma de extinção do crédito tributário, a legislação gaúcha, objeto da ADI 2405-RS, previa a dação em pagamento de bens imóveis e títulos públicos emitidos pelo próprio governo do RS como forma de extinção do crédito tributário.

Portanto, os julgamentos partiram de premissas distintas e chegaram a conclusões distintas, em nada incongruentes, sendo certo que a *ratio decidendi* de um e outro julgado constituem precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto, convém acrescentar, ainda, a lição do Professor Ricardo Alexandre[16] que, mesmo anterior ao julgamento de mérito da ADI 2405-RS, coaduna com todo o entendimento exposto: "deve-se manter o tradicional entendimento de que o crédito tributário não pode ser extinto mediante dação em pagamento de bens móveis".

Em suma, na linha de raciocínio empreendida quando do julgamento da ADI 1917-DF, expressamente não superado pelo julgamento da ADI 2405-RS, o STF considerou que se um ente recebe um bem móvel ou um serviço como forma de quitação de dívidas tributárias, ou até mesmo como pagamento, em verdade está adquirindo um bem sem licitação.

E como sabido, a competência para editar normas gerais de licitação, onde se incluem as hipóteses de inexigibilidade e dispensa, é privativa da União, consoante se vê do artigo 22, inciso XXVII da CRFB/1988:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> (...)
>
> XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;

Desta feita, partindo-se da premissa de que o gestor não pode se afastar do comando inserto no art. 3º da Lei de Licitação e Contratos[17], entendo, na linha esposada pelo STF, que a pretensão que ora se apresenta conteria vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que viola a competência privativa da União para criar regras gerais de licitação, pois ao receber bens móveis ou serviços em dação em pagamento de débitos tributários, o Estado estaria criando novas espécies de dispensa/inexigibilidade de licitação, não previstas na norma geral da União.

16 ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm. 2017. p. 46.

17 Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

2.3. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, em resposta à consulta formulada, é possível estabelecer as seguintes proposições objetivas:

1 – É possível que lei estadual de iniciativa parlamentar disponha sobre matéria tributária (STF, tese de repercussão geral n.º 682);
2 – Lei de iniciativa parlamentar que cria órgão na estrutura do Poder Executivo viola o princípio da separação de poderes e a competência privativa do chefe do Poder Executivo estatuída no artigo art. 61, § 1º, II, a e c, CR/1988). Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria. Logo, haveria vício de iniciativa a macular de inconstitucionalidade formal o dispositivo de iniciativa parlamentar que criasse órgão na estrutura da Secretaria de Estado da Fazenda, incumbido de analisar as propostas de dação em pagamento;
3 – As hipóteses de extinção do crédito tributário previstas no artigo 156 do CTN não são taxativas. Os Estados, com fundamento na autonomia dos entes federados, podem instituir por lei outras formas de extinção do crédito tributário, a fim de incrementar sua arrecadação. STF, ADI 1917-DF e ADI 2504-RS;
4 – Embora não viole a legislação tributária, a dação em pagamento de bens móveis e serviços como forma de extinção do crédito tributário, prevista em lei estadual, afronta o artigo 22, inciso XXVII, da CRFB/1988, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre regras gerais de licitação, na medida em que, assim dispondo, a lei estadual acaba por criar verdadeira hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação não prevista na lei geral da União (Lei 8.666/1993). STF, ADI 1917-DF

É o parecer, s.m.j., que submeto à apreciação superior.

Cidade/Estado, 04 de outubro de 2020.

_____

Procurador da Assembleia Legislativa do Estado

3.REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1917 MC/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, ADI 1917 MC, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1998. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp >

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Pesquisa de Jurisprudência. ADI 1917. Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00059 RDDT n. 146, 2007, p. 234-235 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 53-63 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 106-111). Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp >

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de inconstitucionalidade. ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Pesquisa de Jurisprudência. ADI 2405 MC. Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56). Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp >

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de inconstitucionalidade. ADI 2405, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Pesquisa de Jurisprudência. ADI 2405. Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, DJ 03/10/2019 Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%202405&sort=_score&sortBy=desc

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARTINS, Ives Gandra. Disponível em: https://gandramartins.adv.br/parecer/transacao-tributaria-realizada-nos-exatos-termos-do-artigo-171-do-codigo-tributario-nacional-inteligencia-do-dispositivo-prevalencia-do-interesse-publico-em-acordo-envolvendo-prestacao-de-servicos-2/

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação anual de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

I. artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;

II. pareceres;

III. resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;

IV. comentários de decisões jurisprudenciais;

V. trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo e

VI. decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, dispostas a seguir.

O envio dos trabalhos deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: cei@pge.es.gov.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Não deve ser usado o **negrito** ou o <u>sublinhado</u>.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (titulação acadêmica, associações ou outras instituições de que seja integrante e

a principal atividade exercida), acompanhado de endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e autorização de publicação com a assinatura do TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

I. parte introdutória,

II. corpo do trabalho com desenvolvimento livre,

III. conclusões,

IV. referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do editor de texto utilizado pelo autor.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/ 2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto;* local; *dois pontos;* editora (não usar a palavra editora); *vírgula;* ano da publicação; *ponto,* como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. 3 O meio ambiente e a sustentabilidade.

Poderão ser destacadas as palavras–chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (internet, *CD-ROM, e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

_____

Autorizo o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

_____.

Submete-se, igualmente, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em consequência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

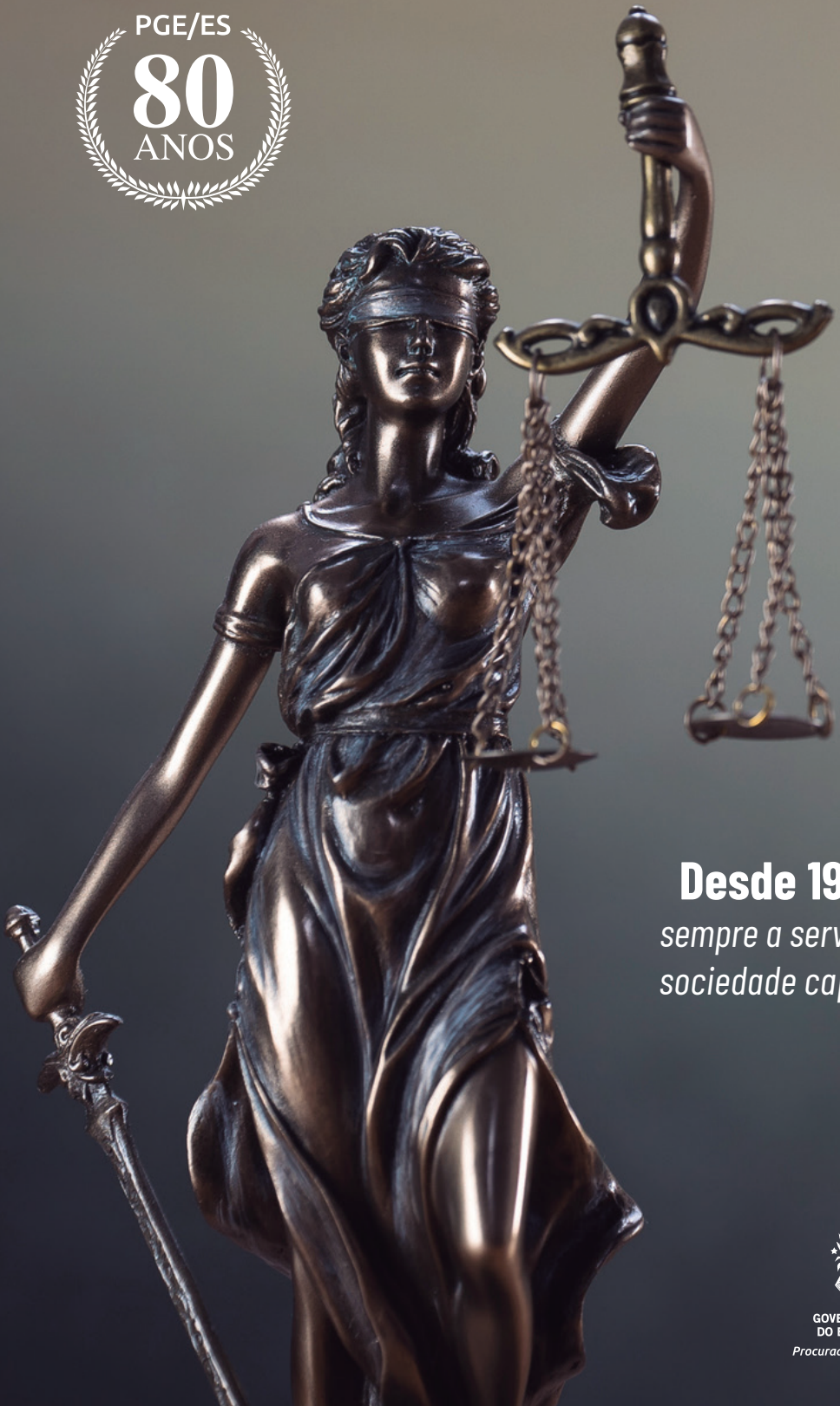
Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____ , _____ de_____ de 20 ___.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

PGE/ES

80 ANOS



Desde 1943,

sempre a serviço da sociedade capixaba

GOVERNO DO ESTADO
DO ESPÍRITO SANTO

Procuradoria-Geral do Estado