SINPROFAZ

Sindicato Nacional dos
Procuradores da Fazenda Nacional

ISSN 1980-8828

Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional

Ano 11 - Nº 8 - 2009

SINPROFAZ

Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional

Ano 11 - Nº 8 - 2009

SINPROFAZ Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional

Diretoria do SINPROFAZ - Biênio 2007/2009

João Carlos Souto
Presidente

João Soares da Costa Neto
Vice-Presidente

Anderson Bitencourt Silva
Diretor Administrativo

Filemon Rose de Oliveira
Diretor Jurídico

Deysi Cristina Da'Rolt
Diretora Cultural de Eventos

Giuliano Menezes Campos
Diretor de Assuntos Profissionais e Estudos Técnicos

Maria da Penha Duarte Brito
Diretora de Assuntos Relativos aos Aposentados e Serviços Assistenciais

Bruno Nascimento Amorim
Diretor de Comunicação Social

Roberto Rodrigues de Oliveira
Diretor de Assuntos Parlamentares

José Valter Toledo Filho
Diretor Secretário

José Vilaço da Silva
Leonardo Augusto de Lontra Costa
Luiz Fernando Juca Filho
Maria José Oliveira Lima Roque
Suplentes

Todos os Direitos Reservados
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais.
A citação é autorizada mediante indicação da fonte.

Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional
Ano 8/9 - nº 8/9 - 2008/2009

ISSN: 1980-8828

Conselho Editorial:
Agostinho do Nascimento Netto
Aldemário Araújo Castro
Anderson Bitencourt Silva
João Carlos Souto

Coordenação Científica
Anderson Bitencourt Silva

Impressão: Color Press Editora

SUMÁRIO

Anderson Bitencourt Silva - 'Compensação Ambiental': tributo ou mera indenização por danos causados ao meio ambiente? Comentários ao acórdão proferido pelo STF no âmbito da ADIN nº 3378/DF

1. Breve histórico – 2. A dupla via de interpretação quanto à natureza jurídica da exação instituída pelo artigo 36, §1º da Lei nº 9.985/00 – 3. O princípio do poluidor-pagador como fundamento para a cobrança da compensação ambiental – 4. Da natureza jurídico-tributária da compensação ambiental – 5. Da natureza indenizatória da compensação ambiental – 6. Do acórdão proferido pelo STF na ADIN nº 3.378/DF – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas. 7

André Emmanuel Batista Barreto Campello - Cid Heráclito de Queiroz[1]. - Apontamentos para estudo da história da Advocacia Fiscal brasileira e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – Das Origens Lusitanas até o advento da Lei Nº 2.642, de 09.11.1955.

Introdução – 1. Notas sobre a Estrutura da Advocacia fiscal metropolitana portuguesa; 1.1. Ordenações Manuelinas: "Os Procuradores dos Nossos Feitos"; 1.2. Ordenações Filipinas: Os Procuradores dos Feitos da Fazenda; 1.3. Regimento de 07 de março de 1609: "O Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça"; 1.4. Dos Conselhos da Fazenda e os Procuradores da Fazenda – 2. Particularidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Império brasileiro; 2.1. O Tribunal Nacional do Tesouro e as Tesourarias das Províncias: os Procuradores Fiscais e os Procuradores da Fazenda; 2.2. A Diretoria-Geral do Contencioso; 2.3. No apagar das luzes do Império uma nova Reforma: o Decreto nº 9.893/1888 – 3. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na Era Republicana (de 1889 até o advento da Lei nº 2642, de 09.11.1955); 3.1. Da Diretoria do Contencioso do Tesouro à Procuradoria da Fazenda Pública; 3.2. A Procuradoria da República e suas atribuições de execução da Dívida Ativa da União: 3.3. O ocaso e o ressurgimento da Procuradoria Geral da Fazenda Pública. Conclusão. Referências Bibliográficas. Notas. 25

Antônio Marques Pazos - Limites da responsabilidade funcional dos advogados públicos

1. Introdução – 2. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito; 2.1. Da Necessidade de Evolução Administrativa – 3. O Advogado Público; 3.1. Das Atribuições; 3.1.1. Das Atribuições Constitucionais; 3.1.2. Das Atribuições Disciplinares; 3.1.3. Das Atribuições Funcionais; 3.1.4. Das Atribuições Profissionais; 3.2. Das Prerrogativas Funcionais; 3.2.1. Da Imunidade Funcional; 3.2.2. Da Autonomia Funcional; 3.2.3. Da Independência Funcional – 4. Dos Limites da Responsabilidade Funcional – 5. Da Proposta de Consolidação das Prerrogativas – 6. Conclusão. 87

Carlos Eduardo de Freitas Fazoli - Uma abordagem filosófica sobre a hermenêutica constitucional

1. Introdução – 2. O Brasil como Estado Social Democrático de Direito – 3. Uma crítica à realidade atual – 4. A necessidade de uma abordagem constitucional – 5. A hermenêutica e a interpretação – 6. Os limites à nova hermenêutica; 6.1. Os princípios constitucionais; 6.2. Fundamentos normativos e possibilidade de generalização; 6.3. A necessidade de o Poder Judiciário romper limites – 7. Conclusões finais. 111

Érika Gomes Chaves - Mandado de segurança e compensação tributária. Notas sobre o prazo decadencial e as súmulas 269 e 271, do STF

Considerações iniciais – 2. Mandado de segurança e compensação tributária na doutrina e na jurisprudência; 2.1. O procedimento e a sentença proferida em mandado de segurança. Características e efeitos; 2. 2. Eficácia da sentença de procedência no *mandamus* e o pedido de compensação: incompatibilidades. 2.3. Interpretação compatibilizad[illegible] Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça; 2.4. Multiplicação de dem[illegible] um objetivos mais amplos que o estabelecido na Súmula 213, do STJ – 3. O prazo decadencial de 120 dias e as Súmulas 269 e 271, do STF; 3.1.O prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias do art. 18, da Lei n.º 1.533/51; 3.2. As súmulas 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal – 4. Proposta de modelo compatível – 5. Conclusão. 139

Marcelo Claudio Fausto Maia - A condenação do executado em honorários de sucumbência na execução da Fazenda Nacional nos casos de pagamento do crédito exeqüendo após a citação do executado

1. Introdução. Jurisprudências selecionadas que corroboram a interpretação aqui defendida – 3. O encargo do FGTS cumula com a Condenação do Executado em Honorários – 4. Da sucumbência e de seus efeitos – 5 Conclusões – Anexo – Decisão. 155

Marcus Abraham - O Direito Civil como fundamento normativo para o redirecionamento da Execução Fiscal ao sócio da empresa

1. Introdução. 2. Limitações Normativas Preliminares. 3. O Direito Tributário como Norma de Sobreposição. 4. Regras do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária. 5. Princípios do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária. 6. Normas do Direito Tributário nas cobranças das Dívidas Tributárias. 7. Conclusão; Bibliografia. 167

Odair Efraim Kunzler - Lourenço Euclides Malucelli Júnior - A boa-fé do terceiro adquirente na fraude à execução fiscal

1. Introdução – 2. Dos atos do devedor em prejuízo do credor; 2.1. A Fraude contra Credores; 2.1.1. Requisitos; 2.1.2. Momento; 2.1.3. Alienação Gratuita ou Onerosa; 2.1.4. Natureza Jurídica; 2.1.5. Remédio Processual; 2.2. A Fraude à Execução; 2.2.1. Requisitos; 2.2.2. Momento; 2.2.3. Alienação Gratuita ou Onerosa; 2.2.4. Natureza Jurídica; 2.2.5. Registro da Citação; 2.2.6. Remédio Processual; 2.3. Fraude contra Credores x Fraude à Execução – 3.

A boa-fé do adquirente – 4. A fraude à execução fiscal; 4.1. Requisitos; 4.2. Momento; 4.3. Presunção do *consilium fraudis;* 4.4. Alienação Gratuita ou Onerosa; 4.5. Prerrogativas da Fazenda Pública; 4.6. Distinção em relação à fraude à execução prevista no CPC – 5. A boa fé do daquirente na fraude à execução fiscal; 5.1. A legislação; 5.2. O entendimento doutrinário; 5.3. O entendimento jurisprudencial – 6. Conclusão – 7. Referências Bibliográficas. 191

Paulo Mendes de Oliveira - Conhecimento de ofício das questões de ordem pública. Limite à jurisdição do STJ?

1. Introdução – 2. Limites constitucionais de jurisdição – 3. Prequestionamento – 4. As questões de ordem pública – 5. Julgamentos de ofício – 6. Atuação *ex officio* do STJ – 7. Conclusão – 8. Referências. 211

'COMPENSAÇÃO AMBIENTAL': TRIBUTO OU INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE? COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NO ÂMBITO DA ADIN Nº 3.378/DF E AO DECRETO FEDERAL Nº 6.848/09

Anderson Bitencourt Silva
Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF.
Especialista em Direito Tributario pela FGV.
Procurador da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: 1. Breve histórico - 2. A dupla via de interpretação quanto à natureza jurídica da exação instituída pelo artigo 36, §1º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000 – 3. O princípio do poluidor-pagador como fundamento para a cobrança da 'compensação ambiental' – 4. Da natureza jurídico-tributária da 'compensação ambiental' – 5. Da natureza indenizatória da 'compensação ambiental' – 6. Do acórdão proferido pelo STF na ADIN nº 3.378/DF – 7. Do Decreto Federal nº 6.848, de 14 de maio de 2009 – 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

1. Breve Histórico

A cobrança da assim denominada 'compensação ambiental' em processos de licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ao meio ambiente teve início com a edição da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 10, de 03 de dezembro de 1987, a qual foi, posteriormente, revogada pela Resolução nº 02, de 18 de abril de 1996.

É fato que, de início, por ser embasada em resoluções do CONAMA, a cobrança relativa à 'compensação ambiental' causou controvérsias no meio jurídico em razão do postulado fundamental de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, positivado na Constituição da República em seu artigo 5º, inciso II. Dessarte, o legislador ordinário, no intuito de solucionar tal debate, editou a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, instituindo, em esfera normativa superior à das Resoluções do CONAMA, a 'compensação ambiental', com seus contornos legais previstos no artigo 36, *caput* e §1º. Assim é que, com a edição do referido diploma legal, estabeleceu-se para o empreendedor a obrigação de, no licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental, apoiar a implantação e a manutenção de unidade de conservação, mediante a destinação de no mínimo 0,5% (meio por cento) do valor total de implantação do empreendimento. Confira-se:

> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.
>
> § 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

A norma em questão foi, posteriormente, regulamentada pelo Decreto nº 4.340, de 22 de agosto de 2002, merecendo destaque o artigo 31, *caput* e § único (redação dada pelo Decreto nº 5.566, de 26 de outubro de 2005), eis que disciplina a matéria. *In verbis*:

> Art. 31. Para os fins de fixação da compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985, de 2000, o órgão ambiental licenciador estabelecerá o grau de impacto a partir de estudo prévio de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA realizados quando do processo de licenciamento ambiental, sendo considerados os impactos negativos e não mitigáveis aos recursos ambientais.
>
> Parágrafo único. Os percentuais serão fixados, gradualmente, a partir de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, considerando-se a amplitude dos impactos gerados, conforme estabelecido no *caput*.

2. A dupla via de interpretação quanto à natureza jurídica da exação instituída pelo artigo 36, §1º da Lei nº 9.985/00

A 'compensação ambiental', na forma como prevista no artigo 36, §1º da Lei nº 9.985/00, objetiva, em síntese, a arrecadação de valor monetário pelo Poder Público, montante esse que será destinado à implantação e manutenção de unidade de conservação. A natureza jurídica do instituto em comento, no entanto, tem suscitado debates na doutrina, seja por se cuidar de compensação prévia por impactos significativos ao meio ambiente, seja porque a sua forma é exclusivamente de arrecadação monetária.

De fato, há duas principais linhas de interpretação acerca da natureza jurídica da 'compensação ambiental', sendo que a primeira considera ter a exação em comento natureza jurídico-tributária, e a segunda que se trata de espécie de indenização reparatória dos danos causados ao meio ambiente.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por seu turno, ao recentemente julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3378/DF, lançou luzes sobre a questão. Com efeito, julgou a corte constitucional parcialmente procedente a ADIN referida para declarar a inconstitucionalidade da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", constante do artigo 36, §1º da Lei nº 9.985/2000.

Neste breve estudo, portanto, analisa-se, ainda que perfunctoriamente, o polêmico instituto da 'compensação ambiental', a partir dos posicionamentos doutrinários existentes sobre o tema, trazendo-se à colação o acórdão proferido pelo STF em

abril de 2008, bem como o recente Decreto Federal nº 6.848, de 14 de maio de 2009, que preencheu a lacuna legislativa decorrente do *decisum* emanado da corte constitucional.

Essencial, contudo, antes de abordarmos cada uma das correntes hermenêuticas susomencionadas, que se teçam breves considerações acerca do chamado *princípio do poluidor-pagador* pela sua manifesta relação com o tema.

3. O princípio do poluidor-pagador como fundamento para a cobrança da 'compensação ambiental'

O princípio do poluidor-pagador apresenta-se como postulado fundamental para o Direito Ambiental, baseado que é na teoria econômica segundo a qual os custos sociais externos que acompanham o processo de produção de riquezas podem e devem ser internalizados, obrigando os agentes econômicos, quando da elaboração dos cálculos relativos aos custos do processo produtivo, a incluir inclusive os relacionados à utilização dos recursos minerais, bem como os impactos causados ao meio ambiente.

Tal mandamento encontra-se insculpido na Lei Maior, em seu artigo 225, §3º, *verbis*: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Em sede infraconstitucional, o princípio em comento norteia a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, nos seguintes termos:

> Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Nesse diapasão, é de se ressaltar que, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), destacam-se a busca pela compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, assim como a necessidade de preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas a sua utilização de modo racional e disponibilidade permanente. Não se pode olvidar, outrossim, a responsabilidade civil objetiva pela prática de danos ao meio ambiente e a terceiros afetados pela atividade poluidora, obrigando-se o poluidor, independentemente da existência de culpa, à indenização ou

reparação cabível, como previsto no artigo 14, §1º do diploma legal susomencionado.

Oportuna é lição de Paulo Affonso Leme Machado[1], que ensina, *verbis*:

> "O *princípio do usuário-pagador*[2] não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações."

De fato, conforme alerta Marcelo Abelha Rodrigues[3], a primazia do poluidor-pagador não é representação pelo que se causou ao meio ambiente e, menos ainda, que se estabeleça um preço para o custo da poluição. Teleologicamente falando, complementa o autor, o poluidor-pagador corresponde na verdade a uma política de consciência ambiental no mercado econômico, seja na criação dos bens, seja no seu consumo.

Sob enfoque diverso, José Marcos Domingues de Oliveira[4] sustenta que o princípio do poluidor-pagador seria uma atribuição aos agentes poluidores da responsabilidade da integração do valor das medidas de proteção ambiental nos seus custos de produção, tendo, em tal contexto, duas facetas: uma impositiva e uma seletiva. No primeiro caso, o postulado em comento impõe o dever estatal de cobrar do poluidor contribuição pública em função de sua atividade poluidora, de forma a fazê-lo arcar com custo dos serviços públicos gerais ou específicos necessários à preservação e recuperação ambientais. Em sua conotação seletiva, o princípio determina ao Poder Público que gradue a tributação de forma a incentivar atividades, processos produtivos ou consumos ecologicamente corretos – '*environmentally friendly*' – desestimulando o emprego de tecnologias defasadas, a produção ou o consumo de bens ecologicamente incorretos, vale dizer, '*not environmentally friendly*'.

Aliás, sob tal perspectiva, como mui apropriadamente registram Édis Milaré e Priscila Santos Artigas[5], "é o princípio do poluidor-pagador que dá ensejo à instituição de mecanismos capazes de fazer com que, na cadeia de produção, sejam internalizados os custos decorrentes da utilização de recursos minerais." Continuando seu raciocínio, aduzem os autores que "esses mecanismos podem ter natureza

[1] Direito ambiental brasileiro. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 54.

[2] O princípio usuário-pagador contém o princípio poluidor-pagador, o qual, como visto, obriga o poluidor a arcar com os danos que podem ou já foram causados ao meio ambiente. (grifos nossos).

[3] Elementos de direito ambiental. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 232.

[4] Direito tributário e meio ambiente. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[5] Compensação Ambiental: questões controvertidas. Revista de Direito Ambiental nº 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006, p. 104.

reparatória, compensatória e, até mesmo preventiva (como as medidas parafiscais)".

De qualquer modo, parece-nos que somente pela análise do princípio do usuário-pagador - ainda que insculpido tal postulado na Lei Maior, e, por isso, fundamento último de validade do instituto da compensação ambiental - não se apresenta viável, numa análise preliminar, determinar sua natureza jurídica; o que não contradiz o fato de ser este o melhor caminho a ser inicialmente trilhado para o estudo da questão.

Assim é que, visando estabelecer uma ligação do comando legal previsto no artigo 36, §1º da Lei nº 9.985/2000 com o ordenamento jurídico nacional, vale dizer, com normas que lhe sejam hierarquicamente superiores e que lhe emprestem validade, podemos admitir a existência de duas correntes hermenêuticas acerca da 'compensação ambiental', uma a suscitar a natureza tributária da exação, outra a considerá-la espécie de indenização reparatória em razão dos danos causados ao meio ambiente.

4. Da natureza jurídico-tributária da 'compensação ambiental'

Não há dúvida de que o valor a ser pago a título de 'compensação ambiental' pelo empreendedor estará sujeito, por expressa determinação legal, a uma destinação específica, relacionada à defesa e preservação do meio ambiente. Cuidar-se-ia, portanto, para tal corrente interpretativa, de parcela pecuniária, com previsão em lei, decorrente da expedição de licenciamento ambiental para empreendimentos com significativo impacto ambiental, dentro do campo da licitude – até porque, do contrário, estar-se-ia diante da prática de crime ambiental – e, ainda, exigida com compulsoriedade, sob pena de não ser expedida a licença operacional pelo órgão competente, com o que restaria inconteste a natureza tributária da exação. A dificuldade, contudo, residiria em enquadrar o instituto numa das cinco[6] espécies de tributos existentes em nosso ordenamento jurídico.

De toda sorte, é de comum sabença que a criação de tributos em nosso ordenamento observará, necessariamente, as diretrizes fixadas pelo legislador constituinte, aí incluídos desde os critérios de fixação de competência para a instituição da exação até os postulados harmonizadores do sistema tributário nacional. Heleno Taveira Tôrres[7] aborda, com objetividade, a questão ao asseverar que, *verbis*:

[6] Filiamo-nos à corrente doutrinária que sustenta a existência de cinco espécies de tributos no Sistema Tributário Nacional.

[7] Pressupostos constitucionais das contribuições de intervenção no domínio econômico. A cide-tecnologia. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119-120.

"Em um sistema constitucionalmente analítico como o brasileiro, quanto à matéria tributária, não há, para o legislador, ampla discricionariedade na formulação de leis instituidoras de tributos ou pertinentes aos procedimentos de arrecadação e fiscalização dos mesmos. A própria Constituição Federal já demarcou, previamente em angustas fronteiras, os limites da ação legiferante, formal e materialmente, porque os motivos para a instituição de um ou de outro tributo já estão objetivamente definidos como sendo os critérios necessários para a qualificação da tipologia do tributo que se queira instituir."

Noutras palavras, em se tratando da instituição de impostos, são válidos os que criados no âmbito da competência exclusiva de cada ente da Federação, definida, no caso da União Federal, nos artigos 153 e 154, incisos I e II, da CR/88. Quantos às taxas, que podem ser instituídas por quaisquer dos entes federados, sua criação está vinculada ao custeio do exercício do poder de polícia, ou à utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, nos termos do artigo 145, inciso II. No que tange às contribuições de melhorias, também passíveis de serem criadas por União, Estados, Municípios e Distrito Federal, somente poderão ser cobradas diante da constatação de efetiva valorização mobiliária decorrente de obra pública, conforme artigo 145, inciso III.

No âmbito da competência exclusiva da União Federal, de acordo com o que prevê o artigo 148 da Carta Magna, temos os empréstimos compulsórios para atendimento de despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (inciso I); ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (inciso II). Ainda aqui, na dicção do artigo 149, encontram-se as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, não se podendo olvidar a competência residual da União para a criação de outras fontes destinadas ao custeio da seguridade social, fundada no artigo 195, § 4º.

Este, portanto, em apertada síntese, o arcabouço em que possível a criação de tributos em nosso ordenamento por parte da União Federal, e que será o ponto de partida para a análise da suposta natureza jurídico-tributária da compensação ambiental.

Por óbvio que, para a identificação da natureza jurídica de um tributo qualquer, irrelevante o nome a ele atribuído pelo legislador, bem como a destinação legal do produto de sua arrecadação, consoante dispõe o artigo 4º do Código Tributário Nacional. De fato, como ensina Paulo de Barros Carvalho[8], será pela associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo que se revelará a natureza própria do tributo investigado.

[8] Curso de direito tributário, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 29.

Nesse diapasão, parece-nos que a 'compensação ambiental' não pode ser enquadrada na definição de imposto. Isto porque não há no texto constitucional dispositivo que preveja, como hipótese de incidência de impostos, a expedição de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental. Muito menos a base de cálculo da 'compensação ambiental', identificada que é esta pelos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, enquadra-se nalguma das hipóteses de incidência previstas no artigo 153, ou mesmo nos artigos 155 e 156, que tratam dos impostos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Lado outro, sendo os impostos tributos, por definição, desvinculados de qualquer prestação estatal específica, consoante expressa definição[9] do CTN, não se poderia admitir a 'compensação ambiental' como espécie de imposto residual ou extraordinário (respectivamente, artigo 154, incisos I e II, da CR/88), já que os recursos obtidos com a exação em comento destinam-se ao financiamento (implantação e manutenção) de unidades de conservação de proteção integral. Até mesmo em razão do que dispõe o artigo 167, inciso IV, da Constituição da República[10]

Dificuldade também haveria para se enquadrar a 'compensação ambiental' como contribuição de melhoria, posto a cobrança desta espécie tributaria estar necessariamente condicionada à constatação de valorização de um bem imóvel em decorrência de obra pública, o que não se verifica *in casu*, sob qualquer ótica.

Quanto aos empréstimos compulsórios, os pressupostos constitucionais para sua instituição não se assemelham com o fundamento da criação da 'compensação ambiental', que é cobrada nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, como visto.

Dentre as contribuições sociais, encontramos as do artigo 195, devidas pelas empresas, pelos trabalhadores, bem como as advindas de concursos de prognósticos[11] e, ainda, a prevista no artigo 239, comumente denominada 'PIS'. Aqui também as "contribuições sociais gerais" previstas no artigo 149, criadas para fazer frente a questões de ordem social – diversas, pois, daquelas ligadas à seguridade social pro-

[9] "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte."

[10] "Art. 167. São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;"

[11] Oportuno registrar que Roque Antônio Carrazza, entre outros, sustenta não ter natureza jurídico-tributária a exação incidente sobre a receita de concursos prognósticos. In Curso de Direito Constitucional Tributário, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 538.

priamente dita - como é o caso do salário-educação, fonte adicional de financiamento do ensino fundamental público. Ora, considerando-se que as contribuições susomencionadas destinam-se ao custeio da seguridade social (previdência social, assistência social e saúde) e a questões de ordem social e incidem, por exemplo, sobre folha de salários, lucro, receita ou faturamento da empresas, não podem confundir-se com a 'compensação ambiental', que tem destinação do produto de sua arrecadação e fundamento para cobrança completamente diversos dos acima mencionados.

Não haveria, outrossim, como associar o instituto em análise com as contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, previstas no artigo 149, destinadas que são às entidades representativas de classe nas respectivas áreas de atuação, e voltadas para o custeio das funções de fiscalização e regulação do exercício de atividades profissionais ou econômicas, por aquelas desempenhadas.

No que concerne às taxas, poder-se-ia admitir, *a priori*, que a compensação ambiental se encaixaria na modalidade deste tributo cobrada em razão do exercício do poder de polícia, considerado esse como o poder que tem a Administração Pública de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos através de ações públicas praticadas em prol da ordem social. Nesse sentido, oportuno relembrar a clássica lição de Geraldo Ataliba[12], segundo a qual a taxa de polícia cabe "para cobrir os custos administrativos com o exercício do poder de polícia diretamente referido a certas pessoas que o provoquem, ou exigem, em razão de sua atividade". Sacha Calmon Navarro Coelho[13], na linha do entendimento do mestre Ataliba, assevera que as taxas de polícia se dão pela realização de atos administrativos com base no poder geral de polícia, diretamente relacionada à pessoa do contribuinte. E será a partir do aspecto quantitativo do fato gerador, vale dizer, da base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota prevista na lei instituidora da exação tributária, que será possível determinar o custo real da taxa pelo exercício do poder de polícia. Noutras palavras, será por meio de tal aspecto quantitativo que se dimensionará a atuação estatal envolvida.

E é exatamente aqui que residiria obstáculo para a classificação da compensação ambiental como taxa de polícia, já que, a partir da análise da base de cálculo definida pela Lei nº 9.985/00 e pelo Decreto nº 4.340/2002, possível concluir que não poderia o legislador determinar, como base de cálculo da exação em comento, os custos totais previstos para a implantação do empreendimento, uma vez que o referido critério não guarda nenhuma relação com as hipóteses previstas no inciso II do artigo 145 do texto constitucional.

[12] Hipótese de incidência tributária. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 139.

[13] Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 150.

Como acertadamente aduz Ricardo Berzosa Saliba[14], *verbis*:

> "Com isso, se a base de cálculo para a criação de taxas não for o custo do exercício do poder de polícia, então estaremos diante de uma inconstitucionalidade por ausência de autorização constitucional; se se tratar de taxa que tenha por base de cálculo um aspecto que não guarde nenhuma relação com o custo do exercício do poder de polícia, será ela então de toda sorte indevida".

Por fim, de citar-se o posicionamento de Édis Milaré e Priscila Santos Artigas[15], para quem a melhor figura tributária em que se poderia enquadrar a 'compensação ambiental' seria a contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE), cujo fundamento para a cobrança foi previsto pelo legislador constituinte no artigo 149 da Carta Magna, autorizando a União Federal a editar leis que criem programas de estímulo ao desenvolvimento de setores da economia nos quais a intervenção estatal seja necessária, onde se enquadraria a questão da defesa do meio ambiente equilibrado, em consonância, inclusive com os princípios da ordem econômica, delineados no artigo 170 da CR/88.

Registre-se que, segundo tais autores[16], "se uma categoria de empreendimentos, cujo conjunto se integra em decorrência de causarem significativos impactos ao meio ambiente, formam um setor econômico específico capaz de afrontar o princípio acima apontado, legitima-se a intervenção do Estado a exigir a contribuição estampada no art. 149 da Carta Magna." Asseveram, outrossim, que tal situação se coadunaria perfeitamente com o princípio do poluidor-pagador, ao resultar na imposição de que um dado setor econômico, ao arcar com a CIDE, insira em sua cadeia produtiva os custos dos impactos causados ao meio ambiente.

Ocorre, contudo, que ainda que se considerasse a exação em análise como sendo um exemplo de CIDE, a sua instituição prescindiria de edição de lei complementar, conforme disposto no artigo 146, inciso III, alínea 'a', da CR/88, o que por si só já traria à baila o conseqüente questionamento da sua constitucionalidade. O mesmo raciocínio, impende registrar, sendo aplicável às exações tributárias retromencionadas que demandem, por expressa determinação constitucional, quórum qualificado de maioria absoluta para sua criação pelo Parlamento.

De todo modo, ainda que se admita a natureza tributária da 'compensação ambiental', sob qualquer das espécies existentes no sistema tributário nacional, não é

[14] A natureza tributária da "compensação ambiental" – vícios de inconstitucionalidades. Revista Interesse Público, Ano 6, nº 29, janeiro/fevereiro, Porto Alegre: Notadez, 2005.

[15] ob. cit., p. 111

[16] ob. cit., p. 112.

possível conceber como legítima exação cuja lei instituidora silencie quanto à fixação do teto máximo da alíquota aplicável quando da incidência do suposto tributo[17].

Na esteira desse raciocínio, oportuno uma vez mais trazer à colação as considerações de Édis Milaré e Priscila Artigas[18] no sentido de que, conquanto nada impeça a criação de impostos progressivos, as faixas de sua incidência devem vir discriminadas na lei, sendo inconcebível deixar umas e outras ao talante do agente lançador, tendo como único parâmetro a apreciação subjetiva da importância do impacto ambiental causado pelo empreendimento, pois isso infringe o artigo 150, inciso I, da CR/88 e o artigo 97 do CTN. De fato, consoante assinalam tais autores, "o Princípio da segurança jurídica da tributação pretende, dentre outros fins, impedir o confisco da propriedade produtiva, o que certamente ocorre quando se deixa ao livre arbítrio do Administrador Público a fixação das alíquotas que não tem um limite máximo".

Ainda a este respeito, não é demasiado trazer à baila a pertinente lição de Roque Antônio Carrazza[19], segundo a qual as leis que criam ou aumentam tributos impõem deveres instrumentais tributários ou descrevem infrações tributárias, cominando-lhes sanções, devem ser absolutamente precisas. Suas eventuais lacunas jamais poderão ser supridas pela 'norma interpretativa', que a isto obsta o princípio da segurança jurídica.

Haveria, finalmente, a possibilidade de se argumentar que a 'compensação ambiental' seria, em verdade, um preço público. No entanto, também não parece ser esse o melhor posicionamento. Objetivamente, bastaria consignar que o preço público pressupõe a cobrança pelo uso de um determinado bem de natureza pública, e não o intuito de compensar, ou ao menos tentar fazê-lo, um impacto ambiental não mitigável.

5. Da natureza jurídica indenizatória da 'compensação ambiental'.

Como mencionado, uma outra linha hermenêutica é a que considera a 'compensação ambiental' verdadeira indenização reparatória dos danos causados ao meio ambiente.

[17] Repise-se que, em sua redação original, o artigo 36, §1º, da Lei nº 9.985/2000, cuja inconstitucionalidade, ressalte-se, foi declarada no julgamento da ADIN 3378/DF, apenas estabelece o valor mínimo de 0,5% (meio por cento) a incidir sobre os custos totais do empreendimento.

[18] ob. cit., p. 112.

[19] Curso de direito constitucional tributário. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 821.

De fato, já desde a edição da Lei nº 6.938/91, restou positivada no ordenamento jurídico pátrio a imposição ao poluidor de obrigatoriamente indenizar ou reparar os danos causados em decorrência de sua atividade ao meio ambiente, independentemente, é de se ressaltar, da existência de culpa, consoante dicção do artigo 14, §1º do mencionado diploma legal, que, dessarte, introduziu a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a própria Constituição da República em vigor, em seu Título VIII, Capítulo VI ("Do Meio Ambiente"), impôs ao explorador de recursos naturais a obrigação de recuperar o meio ambiente degradado, bem como, àqueles que adotem condutas lesivas ao meio ambiente, a obrigação de reparar os danos[20], conforme já visto.

Com substrato na legislação susomencionada, portanto, possível em tese sustentar que a 'compensação ambiental' enquadra-se no instituto da reparação civil, com o que restaria inconteste sua natureza jurídica indenizatória, traduzindo-se em modalidade de reparação pelos danos causados ao meio ambiente. Ademais, o fato de o instituto em comento fundamentar-se, em última análise, no princípio do poluidor-pagador, de matriz constitucional como já verificado, somente reforçaria tal posicionamento.

É essencial, contudo, repisar que do princípio do poluidor-pagador não derivam ações de cunho reparatório, tão somente. Com efeito, o postulado é fundamento, entre outros, para a exigência de medidas mitigadoras e compensatórias no decorrer do processo de licenciamento ambiental propriamente dito, podendo, ainda, embasar a instituição de política pública parafiscal.

Nesse ponto, saliente-se que, segundo consignado por Édis Milaré[21] em seu renomado manual de direito ambiental, "a reparação civil do dano ambiental é a manifestação mais evidente do princípio do poluidor-pagador embora este também alcance medidas de cunho preventivo e repressivo, assim como os custos correspondentes à própria utilização dos recursos naturais". É fato inconteste, pois, que o princípio do poluidor-pagador é fundamento para a responsabilização civil, a embasar inclusive o instituto da 'compensação ambiental', criado pela Lei nº 9.985/2000. Por outro lado, não se discute que o referido princípio fundamenta todos os outros meios (políticas públicas, políticas parafiscais, instituição de tributos ambientais etc.) capazes de fazer com que os custos da utilização dos recursos ambientais sejam internalizados na cadeia produtiva.

Ocorre que tudo não isso não significa, conclusivamente, que a 'compensação ambiental' tenha natureza jurídica reparatória. Mesmo porque, para a correta carac-

[20] Vide art. 225, §§ 2º e 3º da CR/88.

[21] Direito do ambiente, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 755.

terização da responsabilidade civil, além do ato ilícito ou infracional, não se pode prescindir da efetiva existência de danos ao meio ambiente, como determina a Lei Civil Substantiva[22]. Assim, em última análise, sustentar a natureza reparatória ou indenizatória da 'compensação ambiental' importa em admitir que, no trâmite do processo de licenciamento ambiental, possa o empreendedor ser obrigado a ressarcir dano que ainda não se sabe se efetivamente irá ocorrer.

Com efeito, não há dúvida de que o dano é o fundamento jurídico da indenização e que o prejuízo a esta antecede, devendo necessariamente haver proporcionalidade entre o montante concercente à indenização e o dano efetivamente verificado. Noutros termos, indenizar pressupõe a prévia ocorrência de um dano e indenização daí decorrente representa nada mais do que a reparação pelos danos causados. No entanto, como já visto a partir da análise do artigo 36, §1° do diploma legal que instituiu a 'compensação ambiental', o legislador fixou, desde logo, o valor mínimo a ser pago pelo empreendedor, antes mesmo de comprovada a existência de efetivo dano causado ao meio ambiente em razão do empreendimento.

Assim, se o intuito da exação em comento é a reparação de eventual dano ambiental, o cálculo do montante a ser dispendido pelo empreendedor a título de 'compensação ambiental' deveria ocorrer nos termos do que determina a regra do artigo 944 do Código Civil[23], isto é, levando-se em conta estritamente a extensão do dano, não sendo admissível o estabelecimento de um percentual variável e que tende ao infinito, a incidir sobre os custos totais do empreendimento, o que penaliza justamente aqueles que mais investem em equipamentos e tecnologia para a proteção do meio ambiente. Além do fato de que o critério adotado para a quantificação da 'compensação ambiental' dificilmente coincidirá com o efetivo dano ambiental verificado.

Com isso, inevitável a insegurança jurídica decorrente dos critérios instituídos pela Lei n° 9.985/2000 para o cálculo da 'compensação ambiental', visto que possibilitam a eventual exigência de indenização em montante assaz superior aos futuros e incertos danos ambientais advindos do empreendimento licenciado.

Sob esse prisma, pertinentes as ponderações de Sérgio Guerra[24], a seguir transcritas, *verbis*:

[22] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

[23] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

[24] Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. Direito ambiental: visto por nós advogados. Coord. Mário Werneck et. Al. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 137.

"No processo de licenciamento ambiental, por óbvio, inexiste ato ilícito capaz de ensejar a caracterização de uma indenização. Com efeito, o particular que executa pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais, ou que constrói, reforma, amplia, instala ou faz funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores com a devida licença ou autorização do órgão ambiental competente, e de acordo com as normas legais e regulamentares pertinentes, não é um infrator, eis que não se enquadra na tipificação dos arts. 55 e 60 da Lei de Crimes Ambientais."

6. Do acórdão proferido pelo STF na ADIN n° 3378/DF

O STF lançou luzes sobre o controverso tema da natureza jurídica da 'compensação ambiental' ao prolatar, no mês de abril de 2008, acórdão julgando parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.378/DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), tendo por objeto o artigo 36 e seus parágrafos da Lei n° 9.985/00.

Reconheceu o Supremo a constitucionalidade da compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental, apontando, todavia, a inconstitucionalidade parcial do §1° do artigo retromencionado, mais especificamente no tocante à expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", tendo o aresto em questão sido publicado no Dje n° 112, de 20 de junho de 2008.

Com efeito, arguiu a CNI a inconstitucionalidade dos dispositivos legais precitados sob a alegação de que violavam inúmeros postulados fundamentais do ordenamento pátrio, tais como os princípios da legalidade, da harmonia e independência dos poderes, da razoabilidade e da proporcionalidade, sustentando que o instituto em comento representava verdadeira hipótese de indenização prévia, sem a anterior mensuração e comprovação da ocorrência de dano ao meio ambiente, configurando possível enriquecimento sem causa pelo Estado. Aduziu, ademais, a confederação autora que a base de cálculo da 'compensação ambiental', ao levar em conta os custos totais para a implantação do empreendimento, acabou por penalizar justamente aqueles que mais investiram em equipamentos e tecnologia para proteção ambiental, com o que revelada a manifesta irrazoabilidade da medida.

Tais argumentos foram em sua maioria rechaçados pelo STF, tendo a corte decidido que o compartilhamento-compensação ambiental de que trata o dispositivo legal atacado não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza, e que igualmente inexistente ofensa ao princípio da separação de poderes, por não se

tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados.

Ponderou-se no douto acórdão que o instituto da 'compensação ambiental' densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica, concluindo o tribunal supremo pela inexistência de violação do postulado da razoabilidade, visto que a exação referida se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Além disso, cuida-se, na visão do Pretório Excelso, de medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.

Contudo, reconheceu-se no julgamento da ADIN em comento que o valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa, com o que manifesta a prescindibilidade de fixação de percentual sobre os custos do empreendimento e, por consequência, explícito o vício de inconstitucionalidade do §1° do artigo 36 da Lei n° 9.985/00 nesta parte.

Nesse sentido, cite-se a intervenção do eminente Ministro Marco Aurélio Mello, que consignou expressamente em seu voto que a obrigação de recuperar o meio ambiente pressupõe, segundo a ordem natural das coisas, que este tenha sido degradado, remetendo o preceito aos parâmetros da lei. Chamou a atenção, ainda, para o fato de que o instituto da compensação ambiental, nos moldes em que criado, traduz-se em imposição de desembolso para obter-se o licenciamento ambiental sem mesmo saber-se a extensão dos danos causados, estabelecendo, em desprezo total ao princípio da razão suficiente, como base de incidência do percentual a ser fixado pelo órgão ambiental licenciador, os custos totais previstos para a implantação do empreendimento, e não o possível dano verificado.

É fato que no aresto mencionado, o STF abordou, ainda que indiretamente, a natureza jurídica do instituto, ao defini-lo como 'compartilhamento-compensação'. Na verdade, em seu voto, o ilustre Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, esclarece que o legislador ordinário federal, através da edição da Lei n° 9.985/00, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, criando, no seu artigo 36, uma forma de compartilhamento das despesas com as medidas oficiais de específica prevenção ante empreendimentos de significativo impacto ambiental.

Em seu denso voto, asseverou o eminente Ministro Ayres Britto que o fato de eventualmente inexistir efetivo dano ambiental causado em razão do empreendimento não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos de medidas preventivas, considerando-se que uma das vertentes do princípio usuário-pagador é a que

impõe ao empreendedor o dever de também responder pelas medidas de prevenção de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empírica empreitada econômica.

Nos calorosos debates que se seguiram no âmbito do STF acerca do tema, e que culminaram no reconhecimento da procedência parcial do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade em comento, registrou o Ministro Menezes Direito seu posicionamento, aduzindo que, em seu entender, a compensação ambiental não se trata de verba indenizatória, constituindo-se, ao contrário, em verba de natureza compensatória exatamente por visar à preservação do meio ambiente em função de eventual empreendimento que possa causar significativo impacto ambiental, com o que ratificou o ensinamento de Paulo Affonso Leme Machado[25], segundo o qual "em diversas línguas – inclusive na portuguesa -, a compensação visa a contrabalançar uma perda ou um inconveniente presente ou futuro. A compensação não é um presente que se dá a alguém, pois compensa-se por algo que representa um desequilíbrio, isto é, tenta-se o restabelecimento do equilíbrio".

Em consonância com tal entendimento, vale transcrever a conclusiva anotação de Édis Milaré e Priscila Artigas[26], *verbis*:

> "Na gestão ambiental, os estragos ao meio ambiente devem ser "pesados", ou seja, ponderados no sentido de que os ecossistemas no seu conjunto não sofram diminuição quantitativa ou qualitativa dos seus componentes e atributos sem que algo se lhes dê em retribuição. A bem ver, portanto, a compensação ambiental visa a "contrabalançar" a coletividade pela utilização dos recursos naturais que possa advir da atividade licenciada, constituindo uma forma de o empreendedor "recompensar" os prejuízos (no sentido positivo da palavra). Com efeito, a ação do empreendedor pode causar algum impacto ou prejuízo ao meio; porém, é justamente com esses prejuízos que se proporciona o desenvolvimento econômico e social."

7. Do Decreto Federal n° 6.848, de 14 de maio de 2009.

Com o fito de preencher a lacuna legislativa decorrente da declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, da expressão "não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento", constante do §1° do artigo 36 da Lei n° 9.986/00, foi publicado no Diário Oficial da União de 15 de maio de 2009 o Decreto n° 6.848, que fixa o teto da 'compensação ambiental' em 0,5% (meio por cento), além de definir nova metodologia de cálculo a ser adotada

[25] ob. cit., p. 765.

[26] ob. cit., p. 102.

pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a qual considerará, exclusivamente, os impactos ambientais negativos sobre o meio ambiente.

Assim é que, de acordo com o diploma legal em espeque, são excluídos do cálculo da 'compensação ambiental' os investimentos referentes aos planos, projetos e programas exigidos no licenciamento ambiental para a mitigação de impactos, assim como os encargos e custos incidentes sobre o financiamento do empreendimento, aí incluídos os relativos às garantias, bem como os custos com apólices e prêmios de seguros pessoais e reais. Desse modo, cumpre registrar, evita-se a contradição de penalizar-se injustificadamente o empreendedor que, consciente dos riscos que sua atividade pode trazer ao meio ambiente, investe em equipamentos tecnológicos para proteção ambiental mais avançados, aumentando-se, por decorrência, o montante a ser pago a título de 'compensação ambiental', em razão de os custos totais do empreendimento serem logicamente maiores do que os daqueles empreendimentos em que tal não se verifica.

Estabelece, outrossim, o novel ato normativo infralegal que, em havendo necessidade de complementação dos licenciamentos já iniciados na data de publicação do Decreto, para fins de aplicação da nova metodologia, as providências para o cálculo deverão ser adotadas sem prejuízo da emissão das licenças ambientais e suas eventuais renovações.

8. Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que com o recente julgamento da ADIN 3378/DF o STF rechaçou, de modo definitivo, a corrente hermenêutica pela qual se poderia considerar a exação instituída pelo artigo 36, *caput* e §1° da Lei n° 9.985, de 18/07/00, uma exação tributária. Prevaleceu na corte suprema o argumento pela constitucionalidade da assim denominada 'compensação ambiental', corrigindo-se o excesso praticado pelo legislador ordinário federal no que concerne à sistemática e aos limites para a mensuração do *quantum* devido pelo empreendedor. Com isso, a nosso ver, andou bem o colendo STF, harmonizando esse importante instrumental de defesa do meio ambiente com os princípios que norteiam e informam o arcabouço legal pátrio.

Por outro lado, é de se reconhecer que o Poder Executivo Federal, atento à necessidade de se conjugar o desenvolvimento econômico da nação com a preservação do meio ambiente, obteve êxito ao aprimorar a legislação atinente ao cálculo da 'compensação ambiental', garantindo a aplicabilidade e a efetividade do instituto jurídico objeto deste breve estudo. De fato, com a edição do Decreto n° 6.848, parece-nos que restou compatibilizado com os fundamentos norteadores do

ordenamento jurídico-constitucional brasileiro o indispensável instituto da 'compensação ambiental'.

9. Referências Bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUERRA, Sérgio. **Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. Direito ambiental: visto por nós advogados**. Coord. Mário Werneck et. Al. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis; ARTIGAS, Priscila Santos. **Compensação Ambiental: questões controvertidas**. Revista de Direito Ambiental n° 43, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2006.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha Rodrigues. **Elementos de direito ambiental**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALIBA, Ricardo Berzosa. **A natureza tributária da "compensação ambiental" – vícios de inconstitucionalidades**. Revista Interesse Público, Ano 6, n° 29, janeiro/fevereiro. Porto Alegre: Notadez, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Pressupostos constitucionais das contribuições de intervenção no domínio econômico. A cide-tecnologia**. São Paulo: Dialética, 2003.

APONTAMENTOS PARA ESTUDO DA HISTÓRIA DA ADVOCACIA FISCAL BRASILEIRA E DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL – DAS ORIGENS LUSITANAS ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 2.642, DE 09.11.1955.

André Emmanuel Batista Barreto Campello
Professor de Direito Tributário e de Direito Coletivo do Trabalho na Faculdade São Luís/MA.
Professor de Direito da Universidade Federal do Maranhão.
Procurador da Fazenda Nacional.
Ex-Advogado da União.
Ex-Procurador Federal.

Cid Heráclito de Queiroz[1].

Sumário: Introdução. 1– Notas sobre a Estrutura da Advocacia Fiscal metropolitana portuguesa; 1.1. Ordenações Manuelinas: "Os Procuradores dos Nossos Feitos"; 1.2. Ordenações Filipinas: Os Procuradores dos Feitos da Fazenda. 1.3; Regimento de 07 de março de 1609: "O Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça"; 1.4. Dos Conselhos da Fazenda e os Procuradores da Fazenda. 2 – Particularidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Império brasileiro; 2.1. O Tribunal Nacional do Tesouro e as Tesourarias das Províncias: os Procuradores Fiscais e os Procuradores da Fazenda; 2.2. A Diretoria-Geral do Contencioso. 2.3. No apagar das luzes do Império uma nova Reforma: o Decreto nº 9.[illegible].1888; 3 – A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na Era Republicana (de 1889 até o advento da Lei nº 2642, de 09.11.1955); 3.1. Da Diretoria do Contencioso do Tesouro à Procuradoria da Fazenda Pública. 3.2. A Procuradoria da República e suas atribuições de execução da Dívida Ativa da União; 3.3. O ocaso e o ressurgimento da Procuradoria Geral da Fazenda Pública – Conclusão – Referências Bibliográficas. Notas.

> "(...) a estrutura da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nunca será estática, mas dinâmica – como dinâmicos são os seus serviços – de modo a amoldá-la, sempre e sempre, às constantes, pesadas e complexas exigências do serviço jurídico-fiscal, altamente especializado e de marcante interesse público."

Introdução

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)[2] é órgão previsto no §3° do art. 131 da Constituição de 1988:

> "§ 3.° Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei."

Por esta razão, apenas por Emenda à Constituição tal órgão poderia ser extinto, devendo o legislador infraconstitucional respeitar as atribuições mínimas de que, na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional[3].

A PGFN sempre foi, por séculos, órgão do Ministério da Fazenda[4], e, na forma do art. 12 da Lei Complementar n° 73/93, continua sendo subordinada ao titular desta pasta, detendo as seguintes atribuições jurídicas especializadas:

> "Art. 12. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;

III - (Vetado)[5]

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

V - representar a União nas causas de natureza fiscal."[6]

Observa-se também que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é o órgão máximo de consultoria do Ministério da Fazenda, apenas se subordinando às decisões administrativas da Advocacia-Geral da União na forma dos arts. 13 e 40 da Lei Complementar n° 73/93:

> "Art. 13. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

> Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente lei complementar.
>
> (...)
>
> Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
>
> § 1° O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento."

Ora, se a PGFN é órgão administrativo do Ministério da Fazenda e os pareceres do Advogado-Geral da União apenas vinculam o restante da administração pública federal se aprovados e publicados juntamente com o respectivo despacho presidencial, não restam dúvidas de que os órgãos fazendários, inclusa a PGFN, só devem observar tais pareceres quando chancelados pelo Presidente da República e se publicados no Diário Oficial.

Com este intróito, objetiva-se apenas realçar que a missão de consultoria do Ministério da Fazenda, secularmente exercida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, deve ser atribuída ao órgão que, por gerações, de modo eficiente e com brilhantismo, acumula uma vitoriosa história de defesa do erário.

Busca-se realçar a autonomia da PGFN, que, nas palavras do Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional Leon Fredja Szklarowsky, possui membros com singular característica:

> "Os Procuradores da Fazenda Nacional constituem-se em advogados altamente especializados, de inequívoca tradição na defesa dos interesses do Erário e da Nação, remontando sua origem aos idos da colonização lusitana."[7]

Neste pequeno trabalho intentou-se expor e sistematizar, dentro das limitações óbvias para um artigo jurídico, a história da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, analisando e interpretando os diplomas legais a fim de tentar compreender como se estruturava os órgãos responsáveis pela advocacia pública fiscal e, também, como eles atuavam em juízo e fora dele, tendo por base a sua respectiva regra de competência, dentro de um contexto de resgate da memória desta instituição, realçando uma longa tradição de atuação jurídica dos seus membros, os Procuradores da Fazenda Nacional, revelando como o legislador sempre lhe atribuiu as mais altas missões de defesa do Erário e do Patrimônio público.

Traz-se ao texto não apenas dados do direito positivo (estrutura legislativa), mas também jurisprudência, decisões administrativas e atos do Poder Público, bem como alguma doutrina, tentando vislumbrar como seria a dinâmica da institui-

ção e quais os desafios enfrentados pelos Advogados Públicos fiscais no seu cotidiano.

Em alguns momentos fica-se surpreso com os destinos dos órgãos que antecederam à PGFN, sobretudo com a leitura dos melancólicos pareceres que entendiam pelo fim dos procuradores fiscais, nas primeiras décadas do século XX. Adverte-se que, por muitas vezes, não foi observada rigidamente a cronologia com a finalidade de fornecer melhor compreensão evolutiva da instituição. Muitas informações foram expostas na forma de notas de rodapé com a finalidade de tornar a leitura do texto mais linear sem furtar ao leitor a possibilidade de ter acesso não só às fontes, mas também a dados importantes para a compreensão da dinâmica da instituição.

Esta pesquisa é parte de um trabalho maior realizado pelo autor em que se procuram subsídios que permitam a compreensão da evolução da advocacia fiscal brasileira e da PGFN, até o advento da Constituição Federal de 1988, que não poderiam ser integralmente publicados em um único artigo, na Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, pelo seu tamanho, por esta razão, neste opúsculo, pretende-se ir até o surgimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em 1955, com o advento da Lei nº 2.642.

Não há prejuízo para o leitor, pois o mesmo poderá vislumbrar nitidamente as origens da advocacia fiscal brasileira e como ela evoluiu, aperfeiçoando-se ao longo do Império e nota-se que as estruturas republicanas, nitidamente, foram influenciadas pela legislação pretérita e que as tradicionais atribuições dos advogados públicos fiscais subsistem há séculos, em face da certeza de que a história desta instituição continua a ser escrita e que novos e grandiosos desafios merecem ser enfrentados pelos membros desta instituição: os Procuradores da Fazenda Nacional.

Por fim, não se pode deixar de ressaltar o imprescindível apoio fornecido pela Dra. Érika Gomes Chaves, tanto na pesquisa quanto nas sugestões referentes à redação do texto. Importante também realçar a atenta leitura feita pelo Dr. Maurício Rios Junior, da qual se originaram inúmeras sugestões e críticas construtivas. Frisa-se também o estímulo e o apoio conferidos pelos Drs. Walber Silva Oliveira Macedo e João Gomes Cantanhede. O auxílio da Bibliotecária Sra. Lúcia Cubas e do servidor Sr. Raphael Lusio também foram essenciais. A todos estes colegas da Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado do Maranhão, agradecimentos sinceros. Valioso o apoio dos Srs. Antônio Rodrigues Teixeira e Matié Nagi, servidores da biblioteca da Câmara dos Deputados, em Brasília/DF. Pelo incentivo e apoio oferecido não se deve olvidar a Dra. Daniele Russo Barbosa Feijó, então Coordenadora da CAP/PGFN. A constante leitura crítica e a paciente revisão do texto realizada pela amada esposa do autor Dra. Márcia Gomes Araújo de Lima justificam também agradecimento especial. Pela minuciosa revisão são devidos agradecimentos ao Dr. Alessandro Neres Lindoso, ex-estagiário da PFN/MA e atualmente analista judiciário do TRE/MA.

1. Notas sobre a Estrutura da Advocacia fiscal metropolitana portuguesa

A legislação metropolitana foi recepcionada pelo Império brasileiro, por meio da Lei de 20 de outubro de 1823:

> "Art. 1.º As Ordenações, Leis, Regimentos, Avaras, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brazil, em quanto reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Império, ficam em inteuiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negócios do interior deste Império, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas."

Não apenas a legislação metropolitana foi recepcionada, mas os próprios paradigmas e a forma de dispor sobre a edificação do Estado.

Muitos dos órgãos atualmente existentes, *v.g.*, o Tribunal de Contas da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Ministério Público Federal, encontram suas raízes em títulos e cargos instituídos pela legislação lusitana que, ao longo de todo Império, marcaram a estrutura jurídica pátria.

Iniciando a exposição faz-se necessário tentar buscar as origens mais remotas da advocacia fiscal lusitana e suas relações com os órgãos competentes para processar e julgar as causas em que houvesse interesse da Régia fazenda.[8]

Evidente que as atribuições de defesa do patrimônio régio, em Portugal, estão intimamente ligadas ao próprio surgimento e consolidação de Portugal como Estado Nacional:

Fundada a monarquia, aparecem referências aos procuradores e advogados do rei encarregados dos negócios do fisco e da coroa. Mas não se tratava de cargos permanentes, antes de nomeações para casos específicos.

É só no tempo de Afonso III que surge o cargo de *procurador do rei* com características de permanência e o privilégio de "chamar à casa do rei" as pessoas que com ele tinham pleitos.

Não estava ainda então instituída uma magistratura, pois só à medida em que foram criados tribunais regulares e publicadas leis gerais que substituíam o direito dos forais privativos de cada terra , se foi reconhecendo a necessidade de estabelecer uma estrutura que apoiasse os que reclamavam justiça e defendesse o interesse geral.

Estes traços vieram a encontrar-se na figura do *procurador da justiça*, existente no tempo de D. João I, cujo regimento consta do título VIII do livro I, das Ordenações

Afonsinas, publicadas em 1446 ou 1447 nestes termos:

> "E veja, e procure bem todos os feitos da Justiça, e das Viúvas, e dos Orphãos, e miseráveis pessoas, que aa Nossa Corte vierem".

Também o alvará de 28 de Março de 1514 se refere já ao *procurador do rei*, mandando que não responda a citação feita contra este sem se lhe apresentar alvará de licença. E a ordenação manuelina de 1521, nos títulos XI e XII do livro I compendiou as obrigações do *procurador dos feitos do rei*, do *promotor da justiça* da Casa da Supplicação e dos *promotores da justiça* da Casa do Cível. O alvará de 22 de Janeiro de 1530 restabeleceu a obrigação de os procuradores dos feitos do rei, tanto da coroa como da fazenda, promoverem, sem necessidade de terem para cada feito mandado especial.[9]

Com a consolidação do estado português, com o surgimento e ampliação do império ultramarino, além de se notar uma evolução da legislação vigente no Reino, por óbvio detecta-se, de forma clara, o surgimento da advocacia fiscal lusitana, com a especialização de suas atribuições na pessoa dos procuradores régios.

1.1. Ordenações Manuelinas: "Os Procuradores dos Nossos Feitos"

As Ordenações manuelinas surgiram diante da necessidade de, transcorridos apenas 60 anos da criação das Ordenações alfonsinas (publicada em 1446 ou 1447), haver necessidade de a legislação feudal e pós-feudal ser atualizada, reformando-a e aprimorando o *codex* de D. Afonso V. Após vários trabalhos de compilação e muitas revisões, iniciados em 1506 (Carta Régia de 9 de fevereiro de 1506), em 11 de março de 1521 deu-se a publicação da Ordenações manuelinas, que adotou o plano e a estrutura do *codex* anterior, tendo natureza, predominante, de compilação sistematizada das leis lusitanas.

Nestas Ordenações, já se pode vislumbrar o embrião da advocacia fiscal na figura dos "Procuradores dos Nossos Feitos", isto porque a Coroa se identificava com o Estado lusitano e a defesa do patrimônio de Sua Majestade significava, por conseqüência, a proteção do patrimônio do próprio ente estatal (que não era, por óbvio, público):

"Livro I.

Título XI

Do Procurador dos Nossos Feitos

O PROCURADOR dos Nossos Feitos deve seer Letrado, e bem entendido, para saber espertar, e alegar as cousas, e razões que aos Nossos Dereitos pertecem, porque sejam por seu bom aviso os Nossos Desembargadores bem enformados, e

Nossos Dereitos Reaes acrescentados. A qual Mandamos, que com grande deligencia, e muito a miude requeira os Veedores da Fazenda, Contadores, e Juizes, que lhe dem as enformações, que ouverem dos Nossos Dereitos, nos feitos que se trautam, ou trautarem perante Nosso Juiz, ou que cumprir de se ordenarem por razam de Nossos Bens e Dereitos, segundo a enformaçam que lhe dada for. (...)"[10]

Pelo que se observa, tais procuradores, além de gozar de excelente preparo e prática jurídica, deveriam ser os defensores do patrimônio de El-Rei, atuando perante o Juízo dos Nossos Feitos (Livro I, Título 7, das Ordenações Manuelinas), buscando, inclusive, em outras relações jurídicas, a guarda de direitos e interesses de sua majestade:

> "Porém nom lhe Embargamos que possa procurar, ou voguar nos feitos dos Fidalgos, que trazem Nossas Terras, Rendas ou Dwereitos, e d'outras pessoas, que traguam alguãs cousas Nossas, e da Coroa de Nossos Reynos, ajudando-os contra outras pessoas privadas que lhe queiram embarguar, ou menos paguar de Nossos Dereitos, ou fazer alguu dãno, ou minguoamnto em elles, o que poderá fazer sem Nosso Mandado." [11]

Um dos marcos divisórios na história do Estado português foi a Unificação das Coroas espanhola e lusitana (1580), com a adoção e manutenção, por aquele Reino, após a restauração (1640), das Ordenações Filipinas, não apenas no reino, mas também no ultra-mar.

1.2. Ordenações Filipinas: Os Procuradores dos Feitos da Fazenda

As Ordenações Filipinas, ou as "Ordenações e Lei do Reino de Portugal/ Recopiladas per mandado do mvito alto catholico e poderoso Rei dom Philipe o Primeiro", nasce dentro de um contento de necessidade de revisão das já antigas Ordenações Manuelinas.

De fato, além de as Ordenações Manuelinas não impulsionarem uma adaptação do direito à sociedade mercantil e às necessidade do dinâmico império ultramarino português que estava a surgir, ou seja, elas não estavam a servir de substrato para uma nova realidade social.

Com a Unificação Ibérica, sob a Coroa castelhana, esta necessidade de atualização da legislação ficou ainda mais premente.

O trabalho para a criação de uma atualização e compilação da legislação existente já estava sendo feito desde 1583, mas já existam em períodos anteriores coletâneas de leis extravagantes, mas, através da Lei de 11 de janeiro de 1603, Felipe I (Felipe II, da Espanha), atribuiu vigência aos trabalhos de compilação concluídos em 1595. Entretanto, tal monumento legislativo não implicou em substancial evolu-

ção legislativa, já que nas palavras de Mário Júlio de Almeida Costa, "apenas se procedeu, afinal, à reunião, num único corpo legislativo, dos dispositivos manuelinos e dos muito subseqüentes que se mantinham em vigor", que, pasme-se, já estavam revogados ou em desuso, restando, pois, tal Ordenação imperfeita para regular a sociedade da sua época diante da manifesta ausência de originalidade de seus dispositivos, merecendo, justificadamente, muitas críticas.

Acerca dos Procuradores dos Feitos da Fazenda, com o advento destas ordenações, podemos apresentar o ministério brilhante do Procurador da Fazenda Nacional Arnaldo Moraes Godoy:

> "De 1580 a 1640 houve o domínio espanhol cujo rei tornou-se senhor de toda a América do Sul. Em 1595 concluíram-se as Ordenações Filipinas, de vigência a partir de 11 de janeiro de 1603, revogadas em Portugal em 1° de junho de 1867 e, no Brasil, em 1° de janeiro de 1916[12]. (...).

Consagrou-se o título XII do Livro Primeiro ao Procurador dos Feitos da Coroa e o título XIII do mesmo livro dos Procuradores dos Feitos da Fazenda, em divisão que lembra a atual separação de funções entre Procurador da União e Procurador da Fazenda Nacional. Havia uma justiça especializada para as causas fiscais, o Tribunal do Conselho da Fazenda, onde atuava o Procurador.

Montou-se uma estrutura para assuntos fazendários, a exemplo das Juntas da Fazenda, composta de Ouvidor-Geral, do Intendente da Marinha, do Procurador da Coroa e de um Escrivão, sob a presidência do respectivo Capitão-Mor; as Alfândegas, administradas por um Juiz e Ouvidor, com o auxílio do Escrivão, Tesoureiro, Oficiais e Guardas; e as Mesas de Inspeção."[13]

Nas Ordenações Filipinas, no Livro 1, Título XIII, encontrava-se a regulamentação das atribuições dos Procuradores dos Feitos da Fazenda, que atuavam perante o Tribunal do Conselho da Fazenda:

"Livro I

Título 13

Do Procurador dos Feitos da Fazenda

O Procurador dos feitos da nossa Fazenda irá todos os dias à Relação, para ser presente ao despacho dos feitos della, que a Nós pertence. E para o melhor poder fazer, o escusamos de continuar com o Tribunal do Conselho da Fazenda, salvo quando della for mandado chamar para o dito Conselho, ou no principio de cada mês, como adiante diremos.

1. Item, não poderá citar pessoa alguma, nem ser citado para nenhuma causa ou demanda, nem se poderá oppor, nem assistir a ella, senão per nossas Provisões. E o despacho das petições, que as partes fizerem, per que peçam licença para poderem citar o dito Procurador, ou para se oppor, ou assistir a algumas causas, pertence ao Tribunal do Conselho da Fazenda somente: no qual, primeiro que dêm a tal licença, examinarão bem as causas, e se verá, se se pôde escusar fazer-se per outra via. E parecendo que se deve conceder a tal licença, se lhe dará despacho, per o qual se fará Provisão; e fazendo-se as ditas Provisões em outra maneira, mandamos, que se não cumpram, nem se faça per ellas obra alguma.

2. Item, mandamos ao dito nosso Procurador, que em nenhum feito venha com libello, ou contrariedade, sem primeiro dar conta no Tribunal do Conselho da Fazenda, para ahi fazerem tomar em lembrança as ditas causas em hum livro, que nelle para isso haverá, onde se lhe dará a informação, que for necessária. E terá cuidado de ir no principio de cada mez no Conselho da Fazenda dar conta dos termos, em que stão [sic] os feitos, em que elle for parte, e da diligencia, que se nelles se mais dee fazer, e pedir a que for necessária para se prover, como parecer nosso serviço.

3. E mandamos, que tanto o nosso Procurador se oppozer, ou assistir, por o que toca a nossa Fazenda, em quaesquer feitos, que penderem em qualquer outro Juízo, logo sejam remettidos ao Juízo dos ditos feitos da Fazenda[14], em quaesquer termos que stiverem [sic], sem mais Juiz algum tomar delles conhecimento, assi em todos os Juízos de nossa Corte e Casa da Supplicação, como em outros quaesquer de nossos Reinos e Senhorios.

4. Item, será presente ao despacho dos agravos dos feitos cíveis, que a Nós tocarem, que forem dante o Juiz da Índia e Mina a Casa da Supplicação aos Desembargadores dos Aggravos della, a quem peertecem. E razoará nelles, mandado-se-lhe delles dar para isso vista per despacho da Relação: e no dito Juízo dos Aggravos se despacharão, sem emvbargo de elle haver vista e razoar nelles. E assi será presente ao dar das vozes nos feitos, em que for parte, e nas suspeições, da maneira que temos dito no Título 12: Do Procurador da Coroa.

5. E bem assim, dará ordem, com que se façam as diligencias, que se mandarem fazer, e inquirições, que se houverem de tirar per cartas dos Juizes da Fazenda, como nellas for conteúdo.

6. Item, o Procurador da nossa Fazenda não levará salário algum à custa das partes,a que assistir, ou ajudar, por conservação de nosso direito, ou por quem razoar per despacho da Relação."[15]

Buscando elementos para a reflexão acerca das atribuições dos Procuradores da Coroa e dos Procuradores dos Feitos da Fazenda, encontra-se interessante comentário em que revela que, na Casa de Suplicação, órgão superior da justiça

lusitana, atuava tanto um procurador dos feitos da coroa e um procurador dos feitos da fazenda:

> "Também segundo as ordenações filipinas, havia na Casa da Suplicação um *procurador dos feitos da coroa* e um *procurador dos feitos da fazenda*, um *promotor de justiça* e um *solicitador da justiça* e na Casa do Cível da Relação do Porto um *promotor da justiça* e um *solicitador da justiça*.

Mais tarde, o decreto de 21 de Agosto de 1637 proibiu que se consultassem matérias de jurisdição sem ser ouvido o *procurador da coroa*.

Foi esta evolução, notoriamente influenciada pelas vicissitudes do poder político e muito colada ao fluir de instituições como a Casa da Suplicação ou a Casa do Cível, que levou os doutrinadores a pensar que a instituição do Ministério Público em Portugal não teve origem francesa mas foi uma resultante "das necessidades da justiça e da preparação de uma época". [16]

Interessante notar que, nas colônias, nas mais importantes cidades, nas Capitanias coloniais, eram criadas as Relações, que se apresentava como uma estrutura administrativo-judicial, incluindo um Tribunal composto por dez desembargadores, e que, para a vida dos maiores centros coloniais, era imprescindível.

Cumpre ressaltar que, sem a Relação instalada na Capitania colonial, os habitantes da localidade, nas suas lides, teriam de socorrer necessariemente, nas suas lides, à Casa de Suplicação, em Lisboa, que era assim descrita:

"Como a Casa de Supplicação seja o maior Tribunal da justiça de nossos Reinos, e em que as causas de maior importância se vem a apurar e decidir, deve o Regedor della ter as qualidades, que para o cargo de tanta confiança e autoridade se requerem. (grifos nossos)[17]

Observe-se que estes tribunais eram estruturados a partir de um padrão (a Casa de Suplicação lisboeta), razão pela qual a Relação instalada na Cidade de São Luís, na Capitania do Maranhão e Pará, também contava, dentre os seus membros (desembargadores), com um Procurador dos feitos da Coroa e Fazenda:

"Alvará - de 13 de Maio de 1812

Manda crear uma Relação na Cidade de S. Luiz da Capitania do Maranhão

Eu o Príncipe Regente faço saber aos que este alvará com força de lei virem, que havendo, por bem dos habitantes das Capitanias do Maranhão e do Pará, mandado crear uma Relação na Cidade de S. Luiz do Maranhão, pelas minhas Reaes Resoluções de 23 de Agosto do anno próximo passado, e de 5 do corrente mez de

Maio, tomadas em Consultas da Mesa do Desembargo do Paço do Estado do Brazil; com o parecer das quaes fui servi lo conformar-me, annuindo á represetação que a este respeito me tizeram os moradores da dita Cidade, e ao officio e requerimento que me faz tambem o Procurador da minha Real Corôa, por força dos urgentes e notórios motivos que recresceram: o que tudo me foi presente nas ditas consultas, e fez excitar os desejos que tenho de que todos os meus vasallos sejam socorridos com a mais prompta, imparcial e recta administração da justiça: hei agora por bem dar á sobredita Relação este Regimento, ordenando em conformidade da referida ultima consulta e sua resolução, para que se regule por elle a mesma Relação, fazendo-se por conta da minha Real Fazenda todas as despezas que forem necessárias para a sua creação e estabelecimento na fórma abaixo declarada.

(...)

Titulo VIII

DO PROCURADOR DOS FEITOS DA CORÔA E FAZENDA

I. Usará inteiramente do regimento dado aos dous Procuradores que na Casa da Supplicação servem estes officios; procurando saber se alguma pessoa ecclesiastica ou secular do Districto desta Relação usurpa a minha jurisdicção, fazenda e direitos, para proceder e requerer na fórma que por minhas ordenações e outras ordens lhe está encarregado.

II. Saberá particularmente das causas que pertencem á minha Corôa e Fazenda para fazer que se prossigam em seus termos devidos, e requerer ou fazer que nellas se requeira tudo o que for a bem da Justiça: e para este effeito se lhe dará vista de todos os processos: comtanto porém que os requerimentos das audiências serão feitos pelo Solicitador das causas da Corôa, Fazenda e Fisco, de que o dito Ministro será também Procurador." [18]

Tais Procuradores dos Feitos da Cora e da Fazenda Possuíam atribuições diversas dos Promotores de Justiça, como pode se observar na leitura do título IX, do Alvará, de 13 de Maio de 1812:

"Titulo IX

DO PROMOTOR DA JUSTIÇA

O Desembargador desta Relação, que servir de Promotor da Justiça, guardará inteiramente o regimento do Promotor da Justiça da Casa da Supplicação e especialmente o que lhe é encarregado no regimento da mesma Casa da Supplicação,

dado em 7 de Junho de 1605, e no Alvará com força de lei dado em 31 de Março de 1742: e ao Governador encarregado que tenha especial cuidado em que assim se cumpra."[19]

Para melhor definir a atribuição do Promotor de Justiça, diferenciando-a da atribuição dos Procuradores dos Feitos da Coroa e Fazenda, traz-se para estudo o disposto no Livro I, Título XV, das Ordenações Filipinas, na qual se vislumbra quem deve atuar como *dominus lites* da ação penal:

"Ao Desembargador da Casa de Supplicação, que servir de Promotor da Justiça, pertence requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com o cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pereça. E a seu officio pertence formar libellos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser accusados na Casa de Supplicação per acordo da Relação." [20]

Cândido Mendes de Almeida comenta a natureza do cargo de Procuradores dos Feitos da Coroa, relacionando-os intimamente com os Procuradores dos Feitos da Fazenda, elaborando um interessante apanhado histórico da evolução deles, sobretudo após o surgimento do Império brasileiro:

> "Este cargo anda annexo aos de Procurador da Fazenda Nacional desde a creação da casa de Supplicação do Rio de janeiro, como se vê do §4° do Al. De 10 de maio de 1808, e já se achava na antiga Relação da mesma cidade.

Depois da Independência do império accrescentou-se-lhes da Procuradoria da Soberania, que outr'ora estava englobada no da Coroa.

Hoje [1870] cada Relação tem o seu Procurador da Corôa, Soberania e Fazenda Nacional, que não he esgotado no numero dos desembargadores necessários – D. 23 de junho de 1834 art. 1°.

Os primeiros documentos officiaes que darão ao Procurador da Corôa o título de Procurador da Soberania Nacional farão os DD. de 5 de Junho de 1823 e 21 de Fevereiro de 1824, o que foi confirmado pelo art. 48 da Constituição do Império.

Por DD. de 27 de Maio e 28 de Novembro de 1874 podião os Procuradores da Coroa mandar escrever por outra pessoa as respostas que [ilegível], não se devendo entregar às partes os papéis que se lhe fossem remettidos para responderem ou interporem parecer.

Por Decreto n° 85 – de 18 de Julho de 1841 foi-lhes concedido o tratamento de – Excellencia. E outr'ora se algum advogado ou parte não lhes desse o título de – Senhor – nos autos, incorria em pena.

As attribuições destes funccionarios alargarão-se consideravelmente depois da Independência. Por muito tempo o da Relação da Corte administrativa, com seus pareceres, o Império."[21]

É de se ressaltar que, posteriormente, as atribuições dos Promotores de Justiça, no Brasil, de *dominus litis* da ação penal, foram conferidas também aos Procuradores da Coroa.[22]

Pelo exposto acima, pode-se concluir que a atividade da advocacia pública fiscal já estava, desde cedo, dissociada, ao menos em Portugal, da atividade pertinente ao ministério público, já que as ordenações criavam agentes públicos diversos *especializados* que iriam desempenhar cada uma destas funções, entretanto, na colônias, foi criada figura única – agente público – que iria centralizar tanto a missão de "custus legis" e de "parquet" quanto a de "advocatus fiscus", tratava-se do Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça.

1.3. Regimento de 07 de março de 1609: "O Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça"

Em brilhante manifestação, o Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional Leon Frejda Szklarowsky, apresenta mais informações sobre a evolução dos advogados fiscais:

"O Procurador dos Feitos da Coroa, da Fazenda e do Fisco, antecessor do atual Procurador da Fazenda Nacional, já na época do Brasil-Colônia, pelo Regimento de 7 de março de 1609, exercia as funções de defensor da Coroa, da Fazenda, do Fisco e também as de Promotor de Justiça. Durante o Vice-Reinado de Dom José I, cabia ao Procurador da Fazenda promover a execução dos créditos da Fazenda Real."[23]

Ratificando tal exposição, segue a regulamentação do título de Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça, por Dom Felipe, Rei de Portugal e dos Algarves, pelo Regimento de 07 de março de 1609, a ser cumprido no Estado do Brasil:

"O Procurador dos Feitos da Corôa e Fazenda deve ser muito diligente e saber particularmente todas as causas, que tocarem a Coroa e Fazenda, para Requerer nellas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será presente a todas as audiências, que fizer o Juiz dos Feitos da Côroa e Fazenda, e bem assim nos mais Juizos, que tocarem a minha Fazenda; e em tudo o mais cumprirá o Regimento que tenho dado ao Procurador de meus Feitos da Coroa e Fazenda, por minhas Ordenações.

Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e Fazenda, de Procurador do fisco, e de Promotor da Justiça; e usará em tudo do regimento, que por minhas Ordenações é dado ao promotor de Justiça da casa da Supplicação, e ao Procurador dos Fisco; e Procurará (quanto lhe for possível) saber se se usurpa a minha jurisdicção,

por alguma pessoa ecclesiástica, ou secular, daquelle Estado, e procederá contra os que a usurparem, na fórma, em que por minhas Ordenações o podem fazer."[24]

Observa-se que os detentores de tal título possuíam múltiplas atribuições, exercendo não apenas a defesa do erário régio, como advogados públicos, mas atuando também como defensores da lei, na defesa da ordem pública e do interesse coletivo[25].

Acumulavam, no Estado do Brasil, as funções de advogados dos interesses reais e de promotores de justiça (no sentido atual da expressão), promovendo a *persecutio criminis*.

Estas atribuições de Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça eram complementadas pelas disposições constantes nas Ordenações Filipinas aos Procuradores dos Feitos da Coroa e dos Feitos da Fazenda, igualmente aplicáveis no Brasil[26].

1.4. Do Conselho da Fazenda Real e os Procuradores da Fazenda

Deve-se vislumbrar também, como bem ministrou o brilhante jurista Leon Frejda Szklarowsky, a atuação dos Procuradores da Fazenda perante o Conselho da Fazenda metropolitano, instituído pela Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761[27].

O Conselho Real da Fazenda foi instituído no contexto de uma ampla reforma do Tesouro Real português, que passou a concentrar todos os recebimentos, não havendo mais problemas de dupla tesouraria, "reduzido nelle a um só e único cofre todos os recebimentos e pagamentos de meu Real Erário".

Sua Majestade Real, no contexto desta reforma, para desfazer os conflitos de competências entre os tribunais lusos, no que se refere às causas da Fazenda, instituiu "uma só e única jurisdicção privativa, certa e invariavel", a qual zelaria pela aplicação do direito, sentenciando os casos em que houvesse interesse da Coroa: o Conselho da Real Fazenda.

O Conselho da Fazenda tinha por competência processar e julgar todas as "causas e dependências, que verterem sobre a arrecadação das rendas de todos os direitos e bens" da Coroa lusitana. Sua competência era material e absoluta. Os seus membros eram denominados de Ministros, com remuneração idêntica aos dos Desembargadores da "Casa de Supplicação".

As causas eram iniciadas pela atuação dos Escrivães da Fazenda, que apuravam e liquidavam as contas correntes e as remetiam aos Procuradores da Fazenda, processando-se, em todas as Execuções dos créditos da Coroa, de forma "verbal e

mercantilmente, de plano e pela verdade sabida". Existia a possibilidade de contraditório.

Todo o rito foi minuciosamente descrito, no diploma legal em comento, bem como as atribuições dos Procuradores da Fazenda.

Evidente que a origem dos Tribunais do Tesouro Nacional e das Tesourarias das Províncias, previstos no art. 170 da Constituição Imperial (1824), criados pela Lei de 04 de outubro de 1831, bem como o cargo e atuação dos Procuradores Fiscais, perante estes órgãos, buscaram inspiração nesta experiência lusitana.[28]

Portanto, para a compreensão da evolução das atribuições dos advogados públicos fiscais, faz-se necessário olhar para as suas origens lusitanas, isto é, para as atribuições dos Procuradores dos Feitos da Fazenda, que, em Portugal, tinham enorme semelhança com os Procuradores dos Feitos da Coroa, sobretudo nas suas prerrogativas, e, no Brasil, segundo o Regimento de 07 de março de 1609, tinham todas as atribuições destes cargos cumuladas na figura do Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor da Justiça.

2. Particularidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no Império brasileiro

2.1. O Tribunal Nacional do Tesouro e as Tesourarias das Províncias: os Procuradores Fiscais e os Procuradores da Fazenda Nacional

As atribuições dos Procuradores dos feitos da Fazenda e o de procuradores dos feitos Coroa (e Soberania) estiveram unidas no Brasil, desde antes da criação, como observado, da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro (com a vinda da família real portuguesa, pelo Alvará de 10 de maio de 1808).

Nos primórdios do Brasil imperial, cada Relação – antecessora dos nossos atuais Tribunais de Justiça -, tinha, atuando perante ela, na forma do art. 1° do Decreto de 23 de junho de 1834, um Procurador, já que este defensor dos interesses da Nação brasileira e do erário público era contado dentre os desembargadores necessários para a formação deste órgão judicial.

A Constituição Imperial estabeleceu que, no âmbito da administração pública, deveria ser instituído um "Tribunal do Thesouro Nacional" com as seguintes atribuições e finalidades:

"CAPITULO III.

Da Fazenda Nacional.

Art. 170. A Receita, e despeza da Fazenda Nacional será encarregada a um Tribunal, debaixo de nome de 'Thesouro Nacional" aonde em diversas Estações, devidamente estabelecidas por Lei, se regulará a sua administração, arrecadação e contabilidade, em reciproca correspondencia com as Thesourarias, e Autoridades das Provincias do Imperio.

Art. 171. Todas as contribuições directas, á excepção daquellas, que estiverem applicadas aos juros, e amortisação da Divida Publica, serão annualmente estabelecidas pela Assembléa Geral, mas continuarão, até que se publique a sua derogação, ou sejam substituidas por outras.

Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despezas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despeza do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despezas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas."[29]

Tais tribunais administrativos (Tribunal do Tesouro Nacional e Tesouraria das Províncias) não apenas aplicavam o direito ao caso concreto, pois também realizam a atividade de auditoria, fiscalização e controle de atos administrativos que importavam em despesas, consoante o art. 6° da Lei de 04 de outubro de 1831.[30]

Herdando tradição que remontava à Legislação metropolitana portuguesa[31], o Império do Brasil instituiu, durante a Regência Trina Permanente, a Procuradoria da Fazenda Nacional, que administrava a dívida ativa da Nação e atuava perante o Tribunal do Tesouro Nacional:

"No Império, com a Regência Trina Permanente, o Decreto de 18 de agosto de 1831 disciplinou a cobrança da ação executiva contra os devedores da Fazenda Nacional, atribuindo aos Procuradores da Fazenda Nacional essa incumbência, tanto na Corte, como nas Províncias. No Tribunal do Tesouro Público, o Procurador Fiscal, nomeado pelo Imperador, com o título de Conselheiro, era competente para "vigiar sobre a execução das Leis da Fazenda" e promover o contencioso da Fazenda Pública, e ouvido sempre nas questões de direito. Nas Províncias, o Procurador Fiscal, nomeado pelo referido Tribunal, dentre pessoas de notória inteligência em matéria de legislação fiscal e probidade, promovia o contencioso fiscal perante esse Tribunal e os Procuradores da Fazenda Nacional tinham a faculdade de conceder o parcelamento aos devedores do Fisco."[32]

Pelo Decreto de 18 de agosto de 1831, foi previsto o procedimento executivo fiscal, detendo os Procuradores da Fazenda Nacional a faculdade de parcelar a dívida ativa e, em caso de inadimplemento, a execução poderia ser ajuizada de plano:

"Decreto de 18 de agosto de 1831

Sobre a cobrança executiva da divida activa da Fazenda Nacional.

A Regência, em Nome do Imperador, para conciliar os interesses da fazenda Nacional na prompta arrecadação de suas dividas com a observância do art. 161[33] da Constituição do Império, e mais Leis em vigor, Decreta:

Art. 1°. Contra os devedores da Fazenda Nacional se continuará a proceder executivamente à penhora ou seqüestro nos casos, em que qualquer destes procedimentos tenha lugar na conformidade das leis ainda não revogadas, antes de se intentar a conciliação.

Art. 2°. Logo que tiverem penhorado, ou seqüestrado bens dos devedores, que bastem para a segurança do pagamento da F[illegible] Nacional, por-se-ha o auto no cartório do respectivo Escrivão, e na[illegible]nente se procederá, nem por parte dos Fiscaes, nem por parte dos devedores penhorados, ou seqüestrados, nem por parte de terceiros, e nem ex-officio do juiz ou escrivão, sem se haver intentado, e ultimado o meio de conciliação.

Art. 3°. Entre o acto da penhora, ou seqüestro, e o da conciliação perante o respectivo Juiz de Paz, intervirá somente aquelle espaço, que for indispensavelmente necessário para o chamamento, e comparencia do devedor; ficando responsáveis pela demora os que nella tiverem culpa.

Art. 4°. O Procurador da Fazenda Nacional conformando-se com as instrucções geraes, ou particulares que lhe forem dadas pelo Thesouro, ou pelas Juntas da fazenda nas Províncias, poderá, no acto da conciliação, estipular com os devedores da Fazenda Nacional prazos razoáveis para o pagamento, ficando desde logo apparelhada a execução do termo, que desta estipulação se lavrar, para se prosseguirem os da penhora, ou seqüestro quando faltar algum pagamento; e não só pelo vencido, mas também pélos outros ainda pendentes, que nesse caso se haverão por igualmente vencidos.[34]

Art. 5°. O Procurador da Fazenda Nacional, tanto da Corte, como das capitaes das Provincias, poderá delegar a faculdade de fazer as conciliações dentro das cidades, em que residir, no Solicitador da Fazenda Nacional, e fóra dellas em um Advogado do respectivo Auditório, ou em qualquer cidadão idôneo morador no lugar; dando a estes Delegados instrucções particulares em conformidade com as que tiver do Thesouro, ou das Juntas de Fazenda.

Art. 6°. Quando o Procurador da Fazenda Nacional não tiver conhecimento do Advogado, ou cidadão idôneo de fóra da cidade para esta delegação, poderá

encarregar a nomeação ao Juiz territorial, remetendo-lhe as instrucções para serem dadas ao nomeado.

Art. 7°. As despezas, que se fizerem com os emolumentos e salários ao Juiz, escrivão, e Official para as conciliações quando estas se não effectuarem, serão pagas pelo Thesouro, e pelas juntas da Fazenda, à vista das contas feitas pelo escrivão do juiz de paz, assignadas pelo Juiz, e approvadas pelo Procurador da Fazenda; e estas contas coma quitação se ajuntarão aos autos das respectivas execuções, para accrescer a sua importância aquellas por correrem. Quando as conciliações se effectuarem, será pagas as despezas pelos devedores. (...)"[35]

Por meio da Lei n° 242, de 29 de novembro de 1841, foi restabelecido o privilégio do foro para as causas da Fazenda Nacional, sendo criado um Juízo privativo dos Feitos da Fazenda de Primeira Instância, na Corte, o qual passou a ter a competência para processar e julgar "todas as causas cíveis da Fazenda Nacional em que ella for interessada por qualquer modo, e em que, por conseguinte, houverem de intervir os seus Procuradores, como Autores, Réos, assistentes, e Oppoentes.". Foi também previsto o rito a ser aplicado perante estes juízos.

Para atuar na defesa dos interesses da Coroa criou-se também o cargo de Procurador da Fazenda de Primeira Instância, conferindo a estes inúmeras atribuições e prerrogativas, além de uma estrutura de apoio, para bem representar a Fazenda Nacional no referido juízo especializado na Corte[36]:

"Lei n° 242 – de 29 de novembro de 1841

(...)

Art. 1°. Fica restabelecido o privilegio do foro para as causas da Fazenda Nacional, e creado o Juizo Privativo dos Feitos da fazenda de Primeira Instância.

Art. 2°. No Juízo Privativo dos Feitos da Fazenda se processarão, e julgarão em Primeira Instância, d'ora em diante, todas as causas cíveis da Fazenda Nacional em que ella for interesada por qualquer modo, e em que, por conseguinte, houverem de intervir os seus Procuradores, como Autores, Réos, assistentes, e Oppoentes.

Art. 3°. Neste juízo se continuuará a seguir e observar a ordem do processo estabelecida pelas Leis em vigor, com as alterações decretadas na Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil.

Art. 4°. A jurisdição privativa, e improrogável dos Juízos dos Feitos da Fazenda, será exercida na Corte, e nas Provincias da Bahia, e Pernambuco por hum Juiz de Direito especial, com a denominação de juiz dos Feitos da Fazenda, nomeado pelo governador, d'entre os Bacharéis Formados em Direito, que tiverem pelo menos três annos de practica do foro; nas demais Províncias pelos Juizes do Cível da Capital, ou (onde não houver) pelos de Direito respectivos, e havendo mais de hum, por aquelle que o Governo designar.

Nos impedimentos ou faltas, o juiz dos Feitos da Fazenda será substituído pela mesma fórma, que os do Cível, servindo os Juízes municipaes sonmente na falta absoluta dos de Direito.

Art. 5°. Em cada hum dos Juízos dos Feitos haverá hum escrivão, hum Procurador, e humous mais Solicitadores nomeados pelo Governo, e dous Officiaes de Justiça nomeados pelos juízes. Na quelles Juízos onde o expediente for pequeno, servirá de escrivão dos Feitos da Fazenda aquelle dos do Cível que o Governo designar.

Art. 6°. Nas Capitaes das províncias serão os Procuradores ad fazenda em Primeira Instância para a promoção e defesa de todas as causas da Fazenda Nacional, os mesmos que forem Procuradores Fiscaes das Thesourarias, e seus Ajudantes.

Na Corte haverá hum Procurador especial denominado Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância, nomeado pelo Governo.

Art. 7°. O Juiz dos Feitos da Fazenda Nacional, vencerá hum ordenado igual aos dos Juizes do Cível respectivos; os Juízes das capitães das Províncias, que forem juizes dos Feitos da Fazenda, não terão por este encargo mais algum vencimento, e todos perceberão das partes os emolumentos que lhes competirem, na conformidade do Regimento, pelos actos que praticarem, e da Fazenda nacional a commissão que lhes for arbitrada das quantias que se arrecadarem por suas diligencias, além das que lhes competirem na conformidade das Leis das execuções vivas.

Art. 8° O Procurador da Fazenda Nacional, nos Juízos de Primeira Instancia da Corte, vencerá o ordenado annual de hum conto e seiscentos mil réis, e não terá emolumentos ou salários alguns das partes, ou da Fazenda Nacional, à excepção das commissões, na conformidade do artigo antecedente. Os Procuradores Fiscaes das Thesourarias terão pelo argumento do trabalho, hum accrescimo de ordenado igual à metade do que já perceberem pelo seu emprego, e as commissões que lhes forem arbitradas.

(...)

Art. 13. Serão appelladas ex-officio para as Relações do Districto todas as Sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em Primeira Instância, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, comprehendendo-se nesta disposição as justificações, e habilitações de que trata o art. Noventa da Lei quatro de Outubro de 1831: não se entendendo contra a Fazenda Nacional as Sentenças que proferirem em causas de particulares, a que os Procuradores da Fazenda Nacional somente tenhão assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della o julgarem preciso.

Art. 14. Das Sentenças que se proferirem contra as partes ellas poderão appellar, quando excederem a alçada designada no artigo antecedente, ara as

mesmas Relações; e em hum e outro caso se observarão na sua interposição, recebimento, e expedição, as disposições das Leis em vigor, bem como no processo e julgamento das Relações, que será sem differença do das mais appellações cíveis, com audiência, e assistência do Procurador da Fazenda Nacional.

Art. 15. Nos juizes de Segunda Instancia serão as causas da Fazenda Nacional promovidas, e defendidas pelos Procuradores da Fazenda que servirem nas Relações, a quem os Procuradores de Fazenda de Primeira Instancia enviarão officialmente todas as informações e documentos que julgarem necessários, ou por elles lhes forem exigidos.

Art. 16. O Governo fica autorisado:

§1° A nomear ajudantes permanentes ou provisórios, conforme o exigirem as circunstancias, aos Procuradores de Fazenda de Primeira Instancia, tanto na Corte como nas Províncias, arbitrando-lhes gratificações convenientes, com tanto que não excedão ters quartos do ordenado daquelles.

§2° A permittir aos Procuradores de fazenda de Primeira Instancia em geral, ou occasionalmente, a faculdade de delegarem em pessoas idôneas, os poderes necessários para as diligencias que se houverem de fazer nas differentes Comarcas e Termos das Províncias a bm das causas e execuções da Fazenda Nacional, arbitrando-lhes gratificações razoáveis. (...)"[37]

2.2. A Diretoria Geral do Contencioso

Pelo Decreto n° 736, de 20.11.1850, foi promovida a reforma do "Thesouro Publico Nacional e as Thesourarias das Províncias".

No bojo desta reforma, no seu capítulo VI, art. 24, foi criada a Diretoria Geral do Contencioso e já definidas algumas de suas atribuições:

"Art. 24. À Directoria Geral do Contencioso compete escrever os termos de arrematações, fianças, e contractos em que for parte a Fazenda Publica; organisar os quadros da Divida activa da Nação, e fazer o seu assentamento; promover e dirigir a cobrança da mesma Divida em todo o Império por meio do Juizo dos Feitos na Corte, e Provincias[38]; apresentar ao tribunal até o fim do mez de Março de cada anno hum quadro das execuções promovidas contra os devedores da Fazenda, com declaração do estado em que se acharem, além dos outros esclarecimentos que puder ministrar: e em geral quanto for relativo ao contencioso da Nação."[39]

Tal Diretoria Geral tinha por Chefe o "Procurador Fiscal do Thesouro":

"Art. 25. O Chefe Superior desta Estação he o Procurador Fiscal do Thesouro; terá hum Ajudante, o qual deverá assistir aos trabalhos della, e dirigi-los

immediatamente, conforme as instrucções e ordens do mesmo Procurador Fiscal. Ambos estes Empregados deverão ser Formados em Direito."

As competências do "Procurador Fiscal do Thesouro" estavam descritas no art. 26 do Decreto n° 736, de 20.11.1850, dentre as quais destacamos:

"§3° Cumprir e fazer cumprir as disposições do art. 24, fiscalisando a marcha das execuções da Fazenda Pública; indicando os meios legaes, quer seja para defender o direito[40], e os interesses da mesma Fazenda, quer para compellir os devedores remissos; dando instrucções ao Procurador dos Feitos da Fazenda na Corte, e aos Procuradores Fiscais nas Províncias[41], para o melhor andamento das causas[42]; e representando ao Tribunal a negligência dos Juizes, e mais Funccionarios encarregados dellas."

A atribuição prevista no §7°, do art. 26, do Decreto n° 736, de 20.11.1850, já prenuncia que os Procuradores Fiscais[43] passariam a se ater, por um bom período, a fornecer elementos, acerca da atividade fiscal, a outros membros da advocacia pública, para fins de defesa judicial, exercendo uma atividade com natureza jurídica, mas eminentemente consultiva ou de apoio administrativo:

"§7° Ministrar aos Procuradores da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional, e aos Procuradores dos Feitos da Fazenda todas as informações e documentos, que forem necessários para defender o direito e interesses da mesma Fazenda nas causas que lhes compete advogar."

O art. 27 determina a relação de hierarquia de outros membros da Advocacia pública ao "Procurador Fiscal do Thesouro", no que se refere às atribuições previstas nos arts. 24, 25 e 26 do Decreto n° 736, de 20.11.1850:

"Art. 27. Para os fins declarados nos Artigos antecedentes ficão subordinados ao Procurador Fiscal do Thesouro o Procurador dos Feitos da Fazenda na Corte, e os Procuradores Fiscaes nas Provincias[44], com os quaes se coresponderá directamente, fazendo todas as exigências conducentes ao perfeito desempenho de suas attribuições."

2.3. No apagar das luzes do Império uma nova Reforma: o Decreto n° 9.893/1888

Com o Decreto n° 9.893, de 07 de março de 1888[45], a Princesa Imperial Regente manda executar o Regulamento organizando o serviço incumbido aos Procuradores dos Feitos da Fazenda Nacional[46]:

"Art. 1°. O Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional na Corte e Provincia do Rio de Janeiro, e o seu Ajudante[47], os quaes representam a Fazenda Nacional nos Juizos de 1ª instância, passarão a ter as denominações, aquelle a de 1° Procurador dos Feitos e este a de 2°.

> Art. 2°. Ambos funccionarão cumulativamente na cobrança judicial da divida activa do Estado[48] para o que a Directoria Geral do Contencioso distribuir-lhes-há, com a possível igualdade, as certidões, títulos ou contas correntes.[49]
>
> Art. 3°. O 1° Procurador dos Feitos funccionará exclusivamente em todas as causas não executivas que forem processadas no Juízo dos Feitos, e nas que interesarem à Fazenda Nacional e forem processadas nas duas varas cíveis e nas duas dos ausentes.

O 2° Procurador dos Feitos funccionará exclusivamente nas causas que interessarem à Fazenda Nacional, e forem processadas pelas duas varas dos orphãos, pelas duas varas commerciaes, pela Provedoria de Capellas e Resíduos e pela Auditoria da Marinha.

> (...)
>
> Art. 5°. Os Procuradores dos Feitos são immediatamente subordinados à Directoria Geral do Contencioso, da qual receberão as informações e instrucções, de que tiverem necessidade para promover em Juizo os interesses e direitos da Fazenda Nacional.

Sem ordem da mesma Directoria nenhuma acção ou diligencia judicial poderão elles iniciar, salvo caso urgente, em que da demora resulte prejuízo para o Estado. Em tal hypothese, tomada a providencia que couber, communicarão immediatamente o ocorrido àquella Repartição."

Com este último dispositivo pode-se entender que passa a existir uma vinculação entre o art. 5° do Decreto n° 9.893, de 07 de março de 1888, e o art. 27 do Decreto n° 736, de 20.11.1850, criando-se uma verdadeira hierarquia entre os Procuradores dos Feitos da Fazenda Nacional e o chefe da Diretoria Geral do Contencioso, o "Procurador Fiscal do Thesouro".

Pelo que se pode inferir da leitura dos diplomas legais apresentados, tínhamos os Procuradores Fiscais que atuavam perante o Tribunal do Tesouro Nacional e perante as Tesourarias das Províncias e os Procuradores da Fazenda Nacional.

A Diretoria-Geral do Contencioso atuava como órgão de administração da dívida ativa, sendo responsável pela inscrição e gerenciamento desta. Os Procuradores da Fazenda atuavam como órgãos de postulação, perante os juízos, das ações referentes à Fazenda Nacional.

Na Corte, o Procurador a Fazenda Nacional, judicialmente, promovia o executivo fiscal sendo aparelhado e instruído pela atividade administrativa do Procurador Fiscal do Tesouro, que era o seu superior hierárquico. Tal hierarquia conferia uma unidade à atividade dos advogados públicos fiscais.

O Procurador Fiscal do Tesouro, com atribuições perante o Tribunal do Tesouro Nacional, oficiava como um fiscal da Lei, no controle da despesa pública. Nas Províncias os procuradores fiscais cumulavam o papel de administrar a dívida ativa com a sua atuação judicial.

Neste sentido, faz-se importante a leitura do Manual do Dr. Antônio Herculano de Souza Bandeira, Primeiro Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional na Corte:

> "§ 1 - Quando a Fazenda Nacional tem de comparecer em juízo, ahi faz-se representar pelo seu advogado.

Nos juízos de 2ª instancia, exerce as funcções de advogado da Fazenda o Procurador da Coroa, Fazenda e Soberania Nacional, que promove e defende as suas causas (Lei n° 242 de 29 de Novembro de 1841, art. 15, Av. n° 278 de 29 de Julho de 1868).

Nos juízos de 1ª instancia é representada:

1.° Na corte pelos dous Procuradores dos Feitos (Lei cit. Arts. 6 e 16 §1°. – Decreto n° 9893 de 7 de Março de 1888).

2.° Nas capitaes das províncias, pelos Procuradores Fiscaes das Thesourarias ou por seus ajudantes (...).

3.° Nas demais comarcas e termos, pelos Collectores e outros agentes fiscaes; ou pelas pessoas commissionadas pelos Procuradores Fiscaes ou dos Feitos devidamente autorisados (...).

(...)

> § 4 - Há, na corte, dous Procuradores dos Feitos da Fazenda Nacional, para represental-a em 1ª instancia, com as denominações de 1° e 2° Procurador. São nomeados por Decreto Imperial, expedido pelo Ministério da Fazenda; e exercem as funcções do seu cargo em toda a província do Rio de Janeiro (Lei cit. De 1841, art. 6° - Decreto n° 736 de 20 de Novembro de 1850 – (...) – Decreto n° 9893 de 7 de Março de 1888, art. 1).

São immediatamente subordinados à Diretoria Geral do Contencioso, da qual recebem as informações e instrucções, de que têm necessidade para promover em juizo os interesses e direitos da Fazenda Nacional (...).

> § 5 - Funccionam cumulativamente na cobrança judicial da divida activa do Estado, para o que a Directoria Geral do Contencioso lhes distribue, com a possível igualdade, as certidões, títulos ou contas correntes (...)

Ao 1° Procurador cabe, além disto, funccionar exclusivamente em todas as causas não executivas, que forem processadas no Juízo dos Feitos, e nas que interessarem à Fazenda Nacional e forem processadas nas duas varas cíveis e nas duas dos ausentes (...).

Ao 2º Procurador, cabe, da mesma forma, funccionar nas causas que interessarem à Fazenda Nacional, e forem processadas pelas duas varas dos orphãos, pelas duas varas commerciaes, pela Provedoria de Capellas e Resíduos, e pela Auditoria de Marinha (...).

Devem participar-se reciprocamente quaesquer esclarecimentos ou documentos, que possam concorrer para o regular andamento dos processos a cargo de cada um delles (...).

> § 6 - Não lhes é vedado o exercício da advocacia, excepto nas causas em que a Fazenda Nacional for parte, ou directamente interessada. Além de não haver prohibição legal, é manifesto que o exercício constante da profissão habilita-os a melhor desempenharem os serviços do seu cargo (...).

(...)

Devem ser formados em direito e ter pratica do foro. Além da regra geral, que exige essa condição para os advogados, o que sobreleva para os da Fazenda Nacional, assim sejam expressamente exigido pra os funccionarios a quem incumbe o contencioso dos negócios fiscaes (...)

(...)

> § 8 - Nas províncias os Procuradores Fiscaes das Thesourarias representam a Fazenda Nacional nos juízos de 1ª instanciadas capitaes, salvo na do Rio de Janeiro, onde, por não haver Thesouraria, funccionam os Procuradores dos Feitos da corte (...).

(...)

Sendo, nas províncias, o Procurador Fiscal o mesmo dos Feitos da Fazenda, e reunindo assim attribuições administrativas e judiciaes, é competente o seu ajudante para substituil-o, nas suas faltas e impedimentos, qualquer que seja o serviço (...)[50]

Esta estrutura da Diretoria Geral do Contencioso subsistiu e influenciou na elaboração do Decreto nº 2.807, de 31.01.1898, pelo Governo dos Estados Unidos do Brasil.

3. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional na Era Republicana (de 1889 até o advento da Lei nº 2642, de 09.11.1955)

3.1. Da Diretoria do Contencioso do Tesouro à Procuradoria da Fazenda Pública.

Já sob a égide da Carta de 1891, por meio do Decreto nº 2807, de 31 de janeiro de 1898, a União promoveu a "reorganização das Repartições da Fazenda".

Interessante ressaltar que a Lei nº 489, de 1897, por meio dos seus arts. 9º e 12, autorizaram ao Presidente da República a legislar sobre a organização do Ministério da Fazenda:

"Art. 9º O Governo fica autorisado a reorganisar as repartições de Fazenda sob as seguintes bases:

1º Modificará o quadro do pessoal do Thesouro, estabelecendo uma Directoria incumbida de preparar a correspondencia e mais expediente do gabinete do Ministro e de superintender o serviço dos inspectores de Fazenda, encarregados de fiscalisar a arrecadação das rendas federaes e o cumprimento da legislação de Fazenda;

2º Creará nos Estados, que ainda não a tenham, uma Delegacia fiscal, dando ás que já funccionam e ás que forem estabelecidas as attribuições das antigas Thesourarias de Fazenda, revogados o art. 12 lettra c) do decreto nº 23 de 30 de outubro de 1891, na parte que transfere para as Alfandegas o serviço da contabilidade geral, e o art. 15 do decreto nº 1166 de 17 de dezembro de 1892;

3º Fará as alterações que entender convenientes para que as mesmas Delegacias tomem conhecimento dos recursos de decisões, não só das Alfandegas como de outras repartições subordinadas;

4º Passará para as Delegacias os serviços das caixas economicas, uniformisando o regulamento e concedendo aos empregados que reunirem esse trabalho ao de sua repartição razoavel gratificação;

5º Converterá a gratificação que ora percebem os empregados das Alfandegas e da Recebedoria da Capital Federal em quotas calculadas sobre a lotação da renda das repartições respectivas, nos tres exercicios de 1894 a 1896;

6º Incumbirá da cobrança das rendas internas, nas localidades em que não existirem Alfandegas, Delegacias ou Mesas de rendas, os agentes do Correio, e nos logares em que não houver taes agentes pessoa idonea e devidamente afiançada;

(...)

> Art. 12. Todos os pagamentos da despeza do material dos diversos Ministerios serão centralisados no Thesouro e nas Delegacias.

Qualquer importancia relativa a esta especie de despeza que for satisfeita por outra repartição, sem ordem expressa do Thesouro ou de seus delegados, não será attendida na tomada das contas do respectivo responsavel."

A constitucionalidade de tais dispositivos é questionável diante do art. 34, item 25, da Constituição de 1891, já que era da competência privativa do Congresso Nacional "criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições, estipular-lhes os vencimentos".

Entretanto, tais competências foram conferidas ao Presidente da República por meio dos arts. 9° e 12 da Lei n° 489 de 1897, que se encontravam inseridas numa lei que tinha a seguinte finalidade: "orça a receita geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercício de 1898, e dá outras providencias".

Sob um olhar retrospectivo, verifica-se, nessa hipótese, indícios de que a Carta de 1891 possuía pouca força normativa[51], tendo em vista também o seu incipiente sistema de controle de constitucionalidade das normas, com natureza eminentemente incidental.[52]

Por meio do Decreto n° 2.807, de 1898, foi criado o cargo de Diretor do Contencioso, que detinha as seguintes atribuições:

"Art. 14. Compete á Directoria do Contencioso:

1°, lançar os termos de arrematação, fiança e contractos em que for parte a Fazenda Federal;

2°, liquidar a divida activa, fazer o seu assentamento e promover a cobrança;

3°, acompanhar o andamento das causas em que for interessada a Fazenda e consultar sobre os assumptos juridicos;

4°, dizer sobre a organisação de companhias anonymas, quando dependentes de autorisação do Governo, e sobre os negocios relativos á Camara Syndical.

Art. 15. As Directorias das Rendas Publicas e do Contencioso tem cada uma por auxiliar uma sub-directoria. Pessoal proprio da primeira incumbir-se-ha exclusivamente da organisação da estatistica."

Tal Diretoria integrava a estrutura do Tesouro Federal:

"DO THESOURO FEDERAL

Art. 6° O Thesouro será dividido nas seguintes repartições:

Directoria do Expediente e Inspecção de Fazenda;

Directoria de Contabilidade;

Directoria das Rendas Publica;

Directoria do Contencioso.

E terá o pessoal designado no quadro sob a lettra A."

Nos Estados, a atribuição de promover a cobrança da dívida ativa federal era do procurador fiscal[53], que funcionava junto ao Delegado do Tesouro, representante local do Ministro da Fazenda, na forma do art. 18, itens 13 e 14, do Decreto n° 2.807, de 1898[54]:

"Art. 18. O delegado do Thesouro nos Estados é o representante do Ministerio da Fazenda, e compete-lhe exclusivamente:

(...)

13, promover a cobrança da divida activa, fazendo extrahir e remetter ao procurador seccional as certidões ou quaesquer documentos em que se baseie o pedido ou que comprovem o direito da Fazenda;

14, ministrar ao mesmo procurador todas as informações necessarias para a defesa dos interesses da Fazenda;"

Para a compreensão dos desafios e do funcionamento desta "repartição" é necessária a leitura do Relatório da Diretoria do Contencioso, de 1898, da lavra do Dr. Carlos Augusto Naylor, então Diretor do Contencioso:

"Illm. e Exm. Sr.

O serviço desta repartição está em dia.

(...)

Divida activa

A cobrança da dívida activa com quanto tenha tido ultimamente grande impulso, ainda não attingiu ao gráo de perfectibilidade desejavel, especialmente pela demora na remessa das certidões que são enviadas pelas repartições incumbidas da arrecadação dos impostos e rendas, quando e logo que a respectiva cobrança não se realisa à bocca do cofre.

O estado e quando occorreu com relação à mesma divida, nesta capital, consta da exposição que vai annexa.

Quanto a dos Estados, exceptuados os do Amazonas e Goyaz, que não deram esclarecimento algum sobre esta parte do serviço, não obstante se lhes haver requisitado por officio circular e telegramma, é o que consta do resumo junto, organisado em quadro, até 31 de dezembro de 1897.

Por este resumo vê-se que a importância da mesma dívida é de 26.052:832$605, sendo: cobrável 19.976:259$514 e incobrável 6.076:573$091.

Para poder conhecer as condições e número dos processos executivos e de natureza diversa, e bem assim qual a importância da divida activa ajuizada que fosse cobrável, duvidosa e insolúvel, ficando esta directoria habilitada a dar um quadro, neste relatório, os precisos esclarecimentos sobre este importante ramo do serviço público, expediu-se aos procuradores seccionaes, em 16 de junho do mesmo anno, circular junta.

Havendo apenas três dos mencionados procuradores, os dos Estados do Rio de Janeiro, Bahia e Goyaz respondido, impossível se torna apresentar o referido quadro. Para esta falta de cumprimento de dever daquelles funccionarios peço attenção superior, convindo que alguma providencia seja adoptada, afim de evitar que de futuro se reproduza."[55]

A Diretoria do Contencioso do Ministério da Fazenda detinha a clássica atribuição de liquidar e cobrar a dívida ativa federal, além de fazer o seu assentamento (ou inscrição), tendo os Procuradores Fiscais, nos Estados, a competência para ajuizar a execução fiscal, consoante o Decreto nº 5.390, de 10 de dezembro de 1904 ("Reorganiza as Delegacias Fiscaes do Thesouro Federal, nos Estados da Republica"):

"Secção III

DO PROCURADOR FISCAL

Art. 27. Ao procurador fiscal compete:

1º Vigiar que as leis de Fazenda sejam fielmente executadas, solicitando as providencias que para esse fim, julgar necessarias;

2º Dar o seu parecer, verbalmente ou por escripto, a respeito de todos os negocios de administração da Fazenda, que versarem sobre a intelligencia ou execução de lei, não podendo ser decidida questão alguma, que exija exame de direito, sem sua audiencia;

3º Promover os processos executivos para a cobrança da divida activa, proveniente de impostos, taxas, multas, alcances de exactores e de outras fontes de receita federal, fiscalizando a marcha das execuções e indicando os meios legaes, quer para defender o direito e os interesses da Fazenda, quer para compellir os devedores remissos;

4º Dar instrucções aos agentes da Fazenda para o melhor andamento das causas e representar á Delegacia Fiscal contra a negligencia dos juizes e mais funccionarios encarregados das ditas causas;

5º Assistir a todas as arrematações de bens, rendas ou contractos que se fizerem na Delegacia e fiscalizar sua legalidade;

6º Verificar os requisitos e condições legaes das fianças e hypothecas dos exactores e mais pessoas que as devam prestar na Delegacia;

7º Requerer ao delegado fiscal, em sessão da Junta, que mande fazer effectiva a responsabilidade dos empregados de Fazenda, de cujos delictos ou erros de officio tiver conhecimento;

8º Ministrar ao procurador da Republica todas as informações e documentos que forem necessarios para defender o direito e os interesses da Fazenda nas causas que lhe compete advogar;

9º Rubricar os livros da Secção do Contencioso, excepto os dos termos de fiança e contractos. (Lei de 4 de outubro de 1831, arts. 20 e 77; decreto nº 870, de 22 de novembro de 1851, art. 33.)

Art. 28. Nas attribuições enumeradas nos artigos antecedentes comprehendem-se mais as seguintes:

1º promover:

a) os processos de incorporação de bens nos proprios nacionaes (Instrucções do Contencioso, de 10 de abril de 1851, art. 26, 2º alinea, nº 5 e arts. 33 e 34);

b) os de arrematação de objectos depositados nos cofres nacionaes (Lei nº 628, de 17 de setembro de 1851, art. 11, § 16 e decreto nº 2846 de 19 de março de 1898, art. 10);

c) os de especialiazação da hypotheca legal dos exactores da Fazenda Federal (Decreto nº 370, de 2 de maio de 1890, art. 139, § 2º);

d) os que versarem sobre proprios nacionaes e terrenos de marinha (Decreto nº 4105, de 22 de fevereiro de 1868, art. 5º).

2º Officiar nas habilitações e justificações, para haver meio soldo, pensão, montepio, ordenados e outras que tenham de ser processadas no Juizo Federal, para produzirem effeito nas repartições de Fazenda. (Instrucções de 10 de abril de 1851, art. 26, 2º alinea nº 1 e 2 e arts. 28 e 29; decreto legislativo nº 1178, de 16 de janeiro de 1904, art. 1º, § 3º; circular do Ministerio da Fazenda, nº 22, de 20 de junho de 1904.)

Art. 29. Na falta ou impedimento do procurador fiscal, o delegado nomeará interinamente quem o substitua, comtanto que seja doutor ou bacharel em sciencias juridicas e sociaes e tenha a precisa idoneidade, sujeitando

immediatamente o seu acto á approvação do Ministro da Fazenda. (Lei de 4 de outubro de 1831, art. 78, 2° alinea; decreto n° 870, de 22 de novembro de 1851, art. 34; decreto n° 781, de 25 de setembro de 1890, art. 5°; decreto legislativo n° 1178, de 16 de janeiro de 1904, art. 1°, § 2°, 2° alinea.)"

É de se ressaltar que o juízo competente para processar e julgar estas lides era a Justiça Federal, consoante o art. 60, alínea "c", da Constituição de 1891:

"Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas, pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa;"

Entretanto, com o advento do Decreto n° 7.751, de dezembro de 1909, conforme o ministério do Prof. Leon Frejda Szklarowsky, ocorreu significativa alteração na estrutura Fazendária brasileira:

"(...) o Decreto 7751 transformava aquela Diretoria-Geral, em Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, incrustada, no Ministério da Fazenda, chefiada pelo Procurador - Geral da Fazenda Pública, doutor ou bacharel em ciências jurídicas e sociais, com novas e significativas atribuições, sobressaindo-se: parecer obrigatório do Procurador nas questões de caráter contencioso, versando sobre direitos decorrentes de fatos da administração, nos recursos que tivessem por objeto o lançamento e a arrecadação de impostos, concessões de obras públicas, estradas e linhas de navegação, contratos de qualquer natureza etc. Tinha, pois, a Procuradoria funções ordenativas, deliberativas e consultivas."[56]

O Decreto n° 7.751, de 23 de dezembro de 1909[57], assim dispunha sobre a Procuradoria Geral da Fazenda Pública, dentro do contexto de reforma da estrutura do Ministério da Fazenda:

"Decreto n° 7.751, de 23 de dezembro de 1909

Approva o regulamento expedido em virtude do art. 32 da Lei n° 2.083[58], de 30 de julho de 1909, para execução dos serviços da Administração Geral da Fazenda Nacional.

Título I

Capítulo II

DO THESOURO NACIONAL

Organização institucional

(...)

Art. 13. O thesouro federal provê aos serviços a seu cargo por meio das seguintes sub-divisões do quadro administrativo da fazenda:

(...)

procuradoria geral da fazenda pública

(...)

art. 38. A procuradoria geral da fazenda publica é o departamento da administração a cargo do ministério da fazenda, que provê aos actos e factos da gestão fiscal em que se apuram e affirmam direitos e obrigações e se resguardam interesse do thesouro nacional, nas suas relações com os particulares, para o effecto de serem tomadas deliberações e resoluções de caracter administrativo.

Art. 39. A procuradoria geral da fazenda publica tem como chefe o procurador geral, nomeado, em comissão dentre os doutores ou bacharéis em sciencias jurídicas e sociaes.[59]

Art. 39. A procuradoria geral da fazenda pública terá um ajudante e dois officiaes com as attribuições fixadas neste regulamento.

Art. 41. O ajudante do procurador geral da fazenda publica e os officiaes da procuradoria deverão ser diplomados em direito.

Art. 42. Ao ajudante do procurador geral da fazenda publica e aos officiaes da procuradoria tem applicação o dispositivo do art. 24 da lei n° 2083 de 30 de julho de 1909, refferente aos funccionarios do quadro do ministério da fazend, que cointarem com mais de 10 annos de effectivo exercício.

Art. 43. Nas questões de caracyter contencioso em que se ventilarem direitos decorrentes de factos administrativos, como nos recursos interpostos dos actos de lançamento e arrecadação de impostos, nas reclamações referentes a concessões de obras públicas, estradas e linhas de navegação, contractos de qualquer natureza, montepios, meios-soldos, aposentadorias, jubilações, fianças, incorporações de bens no domínio da Nação, alienações de próprios nacionaes, e sempre que o ministro da fazenda o determinar, é obrigatória a interposição de parecer do procurador geral da fazenda publica.[60]

Art. 44. A fazenda publica federal age, por intermédio do procurador geral, nas concessões de toda a ordem, nos tratados e convenções de caracter de internacionalidade, que visarem o estabelecimento de regimen singular de favores, em referencia à tributação aduaneira, na imposição de caducidade às concessões, na celebração e na rescisão dos contractos, ainda de direito privado, para a effectiva applicação de clausulas rescisórias e de caducidade estipuladas de modo preciso.

Art. 45. Nas convenções em que a União figurar como entidade de direito privado será representada a fazenda publica federal, perante os tribunaes

judiciários, pelos agentes do ministério publico, de conformidade com a legislação em vigor.

Art. 46. À procuradoria geral da fazenda publica serão comunicadas, pellos differentes ministérios, as questões que se ventilarem contra a fazenda, perante os tribunaes judiciários, em virtude de actos ou factos ocurrentes na administração dos serviços a cargo dos mesmos ministérios.

Art. 47. o procurador geral da fazenda publica proporcionará aos procuradores da república os elementos, aos eu alcance, que se fizerem necessários à defesa dos direitos da fazenda federal e praticará, por sua vez, os actos de sua competência, para a colaboração na defesa da mesma fazenda.

(...)"

Foi realizada uma tripartição das atribuições da Procuradoria da Fazenda que pode ser assinalada como um marco que conferirá as feições desta até o advento da Constituição de 1988.

Por este decreto nota-se que o legislador buscou ser didático, sistematizando as atribuições desta nova Procuradoria Geral da Fazenda.

Vê-se que o legislador tinha em mente, de forma muito nítida, as atribuições dos membros da Procuradoria ao elencar as três principais atribuições da instituição: "de caracter consultivo, de índole ordinativa, e de acção deliberativa", ou seja, conseguiu resumir as atividades que secularmente vinham sendo realizadas pela pelos "procuradores fiscaes" e "procuradores da fazenda nacional", com exceção, é claro, da atividade postulatória e de defesa da União em juízo, que somente foi readquirida plenamente, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em 1988.

Por este diploma pode-se afirmar que a Procuradoria da Fazenda ganhou uma unidade de sentido, unindo o passado ao seu futuro:

"TÍTULO II

CAPÍTULO VII

Da procuradoria geral da fazenda publica

Art. 114. A competência da procuradoria da fazenda publica comprehende o exercício de funcções de caracter consultivo, de índole ordinativa, e de acção deliberativa.

Art. 115. Age a procuradoria sob o primeiro aspecto, quando emitte parecer:

1) sobre as operações de credito, que devem assentar em caução das rendas publicas ou de bens do domínio nacional;[61]

2) sobre quaesquer contractos referentes aos bens do domínio da nação, quer se trate de alienação, aforamento ou simples arendamento, ainda quando autorizado em lei;[62]

3) nas propostas de abertura de créditos supplementares ou extraordinários;[63]

4) nos pedidos de prestação de fiança de responsáveis, nas caução contractuaes, em virtude da concurencia, e nos processos para acceitação de valores em garantia dos interesses da fazenda publica, de qualquer natureza e seja qual for a razão fundamental de sua prestação;[64]

5) em referencia às propostas de tratados e convenções interbnacionaes, que tanham, por fim a regulamentação do commercio e da navegação, o estabelecimento de regimem singular de [illegible] mais favoreceidos, em relação à redução da pauta ou à restituição das taxas [illegible]bradas;[65]

6) quando se tiver em vista apurar a situação dos direitos ou a responsabilidade e o valor dos encargos da fazenda, por haver controvérsia na espécie.

Art. 116. Exercita a procuradoria da [illegible] da funcção do caracter ordinativo ou instructivo:

1) lavrando os termos dos contractos celebrados pela União, quer em taes convenções mantenha a União a feição de entidade de direito público, como succede nas concessões, quer de personalidade de direito privado, o que ocorre nos contractos de fornecimento, de acquisição e alienação de bens e outros idênticos;

2) quando procede à lavratura dos termos de fiança dos exatores, pagadores, thesoureiros, almoxarifes e todos quantos teem sob sua guarda bens , dinheiros e valores, de qualquer natureza, pertencentes à fazenda pública;

3) congregando e fornecendo aos procuradores da Republica, os elementos elucidativos dos direitos da Fazenda, a serem apurados nos tribunaes judiciários.[66]

Art. 117. A funcção da procuradoria da fazenda publica importa acto de iniciativa e constitue facto deliberativo:

1) na promoção da rescisão administrativa dos contractos, vcelebrados coma União quando, em clásusula expressa, haja reservado à União a faculdade de rescindir o pacto independente de interveção judiciária;

2) sempre que a procuradoria da fazenda promova a caducidade das concessões, em virtude de cláusula em que tal pena é expressamente estipulada, para ser tornada effectiva independente de acção judiciária;

4) quando promove a defesa dos interesses da fazenda publica lesados, por actos realizados em qualquer dos departamentos da administração publica, a

cargo dos diversos ministérios. Corre a estes o dever de fazer a procuradoria da fazenda publica communicação das questões sujeitas à decisão administrativa, em as quaes o interesse da União se encontre na contingência de sofrer lesão;[67]

5) quando julga apurado o direito da fazenda à cobrança de uma dívida activa e expele guia para fundamentar a acção judiciária.

(...)

TÍTULO III

CAPITULO VI

DA DEFESA ADMINISTRATIVA DA FAZENDA PÚBLICA[68]

Art. 368. A inscripção da divida activa e a expedição das certidões para a cobrança da mesma terá logar na procuradoria da fazenda publica, de accordo com a legislação e instrucções, que regulam, presentemente, a espécie.

Art. 369. O procurador da fazenda publica, tendo conhecimento de acto que affecte os interesses da mesma fazenda, congregará os elementos necessários para a reparação de qualquer damno que o thesouro possa soffrer, ou que se façam precisos para defender os interesses da fazenda affectados pelo acto, ainda quando este assente no exercicio de faculdade ou attribuição de algum departamento dos serviços da publica administração.

Art. 370. No desempenho de suas attribuições, póde o procurador geral da fazenda publica dirigir-se aos diversos ministérios e de autoridades que presidem os serviços públicos.

Art. 371. Os processos de montepio civil ou militar terão organização nos ministérios, a cujo quadro de pessoal pertenciam os instituidores, e nas delegacias fiscaes, nos estados, até a expedição dos títulos., virão ao Thesouro para a verificação do direito, classificação da despeza e distribuição dos créditos.

O procurador da fazenda será obrigatoriamente ouvido em taes processos, para emittir parecer sobre a regularidade formal da concessão, o direito reconhecido ao beneficiado, o quantitativo da pensão e reclamar em benefício da fazenda o que lhe parecer necessário. (...)"

O Decreto nº 13.248, de 23 de outubro de 1918 ("Approva o regulamento que altera a organização do Tesouro"), sem a mesma precisão técnica e espírito inovador da legislação que revogava, alterou substancialmente o Decreto nº 7.751, de 1909, assim dispondo acerca da Procuradoria Geral da Fazenda Pública:

"CAPITULO VII

Da Procuradoria Geral da Fazenda Publica

Art. 56. À Procuradoria Geral da Fazenda Publica compete:

I) emitir parecer sobre as operações de credito, que devam assentar em caução das rendas publicas ou de bens do dominio nacional; sobre quaesquer contractos referentes aos mesmos bens, quer se trate de alienação, aforamento ou simples arrendamento, ainda quando autorizado em lei; nos pedidos de prestação de fiança dos responsaveis, approvando as lotações e a legalidade dos respectivos processos; nas cauções contractuaes em virtude de concorrencia e nos processos para acceitação de valores em garantia dos interesses da Fazenda Publica, de qualquer natureza e seja qual for a razão fundamental de sua prestação; sobre as propostas de tratados e convenções internacionaes, tendo por fim a regulamentação do commercio e da navegação, o estabelecimento de regimen singular de favores, quanto á tributação aduaneira; quando se tiver em vista apurar a situação dos direitos ou a responsabilidade e o valor dos encargos da fazenda por haver controversia na especie;

II) lavrar os termos dos contractos celebrados pela União, quer em taes convenções mantenha a União a feição de entidade de direito publico, como succede nas concessões, quer de personalidade e de direito privado, o que occorre nos contractos de fornecimento, acquisição e alienação de bens e outros identicos; assim como os termos de fiança dos exactores, pagadores, thesoureiros, almoxarifes e todos quantos têm sob sua guarda bens, dinheiros e valores de qualquer natureza, pertencentes á Fazenda Publica;

III) congregar e fornecer aos Procuradores da Republica os elementos elucidativos dos direitos da Fazenda a serem apurados nos tribunaes judiciarios, devendo os ditos procuradores, no Districto Federal e no Estado do Rio de Janeiro, pedir directamente á Procuradoria Geral da Fazenda Publica todas as informações necessarias a defesa da União, qualquer que seja o Ministerio que tenha de fornecel-as. Nos demais Estados as informações serão pedidas directamente ao procurador fiscal, que dará immediato conhecimento á Procuradoria Geral da Fazenda.

Os procuradores da Republica no Districto Federal e nos Estados remetterão semestralmente á Procuradoria Geral da Fazenda um quadro explicativo das acções propostas pela União ou contra ella, seu andamento e incidentes;

IV) representar-se, pelo procurador geral ou funccionario por este designado, nas inspecções de saude realizadas no Districto Federal e no Estado do Rio de Janeiro, para o effeito de aposentadoria;

V) promover a rescisão administrativa dos contractos celebrados com a União, quando em clausula expressa haja reservado á União a faculdade de rescindir o pacto, independente de intervenção judiciaria;

VI) promover a caducidade das concessões, em virtude de clausula em que tal pena é expressamente estipulada, para ser tornada effectiva, independente de acção judiciaria;

VII) fiscalizar a execução dos contractos, promovendo as medidas necessarias ao acautelamento dos interesses do Thesouro;

VIII) promover junto aos procuradores da Republica as medidas judiciaes necessarias á defesa da Fazenda Nacional, como arrestos, sequestros, desapropriações e prisão de responsaveis;

IX) promover a cobrança amigavel da divida activa proveniente de impostos e taxas em atrazo, multas da renda patrimonial ou de outras fontes da receita federal;

X) acompanhar attentamente a cobrança da divida activa ajuizada. Para tal fim serão escripturadas em livros proprios, minuciosamente, as certidões destinadas á cobrança judicial, as quaes serão entregues á Procuradoria da Republica, mediante recibo.

Aos procuradores da Republica cumpre, trimensalmente, e todas as vezes que o procurador geral da Fazenda Publica requisitar, por intermedio do Procurador Geral da Republica, informar sobre todas as certidões cobradas, e as que não o forem.

> Art. 57. Para o fim do artigo anterior, nº IX e X, as repartições arrecadadoras do Districto Federal, dentro dos primeiros quinze dias seguinte ao em que terminar o prazo para o pagamento dos impostos e taxas á bocca do cofre, remetterão á Procuradoria Geral da Fazenda Publica as certidões dos debitos provenientes dos mesmos impostos e taxas, fazendo tambem a remessa dos livros quando delles não mais carecerem.
>
> § 1º A Procuradoria Geral da Fazenda Publica, pelos officiaes de que trata o art. 74 deste Regulamento, e pelos funccionarios para esse fim designados, organizara a relação das certidões recebidas, escripturando a divida.
>
> § 2º O procurador geral da Fazenda Publica distribuirá alternativamente, segundo a data e a ordem da entrada, pelos tres officiaes privativos, de que trata o art. 74, todas as certidões das dividas, de modo que a distribuição se faça equitativamente.
>
> (...)
>
> Art. 60. Os actuaes cobradores da Recebedoria do Districto Federal passarão a servir na Procuradoria Geral da Fazenda Publica, desempenhando as funções que lhes são commettidas neste Regulamento, conservadas as fianças prestadas. O seu numero será de 20 e poderá ser augmentado por acto do ministro da Fazenda, sempre que o exigir o serviço, mediante representação do Procurador Geral da Fazenda Publica.
>
> Art. 61. Depois de encerrada a cobrança á bocca do cofre, nenhuma divida poderá ser paga senão mediante guia da Procuradoria Geral da Fazenda Publica.
>
> Art. 62. Decorridos os prazos a que se refere o art. 73 do decreto nº 10.903 de 20 de maio 1914, deverão ser remettidas aos Procuradores da Republica, para a cobrança judicial, as certidões da divida activa.

Paragrapho unico. Uma vez remettidas á Procuradoria da Republica, para a cobrança executiva, as certidões da divida activa, o recebimento das importancias só poderá ser feito mediante guia dos procuradores da Republica e "visto" da Procuradoria Geral da Fazenda.

> Art. 63. Os precatorios relativos á cobrança da divida activa nos Estados serão remettidos pelos procuradores fiscaes á Procuradoria Geral da Fazenda, que os remetterá immediatamente aos procuradores da Republica."

A Procuradoria Geral da Fazenda Pública, de certa forma, como se pôde observar, havia perdido suas atribuições do contencioso em prol da Procuradoria da República, passando a ser um órgão eminentemente jurídico-consultivo[69], responsável também pela administração da dívida ativa, que dentre outras competências, detinha a de fornecer subsídios para que os Procuradores da República pudessem satisfatoriamente promover a cobrança da dívida ativa e a defesa da União.

Fica evidente, pela leitura do art. 117, do Decreto nº 7.751/1909, e do art. 62, "caput", do Decreto nº 13.248/1918, que a atribuição de ajuizar a cobrança da dívida ativa era da Procuradoria da República.

3.2. A Procuradoria da República e suas atribuições de execução da Dívida Ativa da União

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, usando da autorização constante da letra "m", do art. 3º da Lei nº 2.544, de 4 de janeiro de 1912 e da atribuição que lhe conferia o art. 48, nº 1 da Constituição Federal, editou o Decreto nº 9.957/1912[70].

> O art. 48, nº1, da Constituição de 1891 concedia ao Presidente da República a atribuição de expedir decretos para a fiel execução da lei por ele promulgada.

A alínea "m", do art. 3º, da Lei nº 2.544, de 04.01.1912 estabelecia:

"Art. 3º Fica o Governo autorizado:

(...)

m) a reorganizar, na vigencia do actual exercicio financeiro, a Procuradoria, da Republica no Districto Federal, afim de melhorar o processo da cobrança da divida activa e a defesa dos interesses da União nos demais feitos, podendo estabelecer para os quatro procuradores e solicitadores as mesmas vantagens concedidas pela legislação vigente aos procuradores e solicitadores dos Feitos da Fazenda Municipal;"

Portanto, a finalidade do Decreto nº 9.957/1912 era o de reorganizar a Defesa da União em juízo, por meio da reestruturação da Procuradoria da República e das funções da Procuradoria da Fazenda Nacional, aperfeiçoando, inclusive, o processo da cobrança de sua dívida ativa.

Com o Decreto nº 9.957, de 21.12.1912, que reorganizou a Procuradoria da República no Distrito Federal, nota-se que esta detinha atribuições típicas da advocacia pública, tendo dentre seus membros Procuradores que atuavam tanto no cível e quanto no crime.

Eram estas as atribuições genéricas dos Procuradores da República estabelecidas no Decreto nº 9.957, de 1912:

> "Art. 56. Os procuradores e demais auxiliares representam os interesses e direitos da União, quer no Juizo Seccional e no Juizo Federal em todas as causas de sua privativa competencia, quer perante a justiça local, no que interessar á Fazenda Nacional e á guarda e conservação daquelles direitos e interesses."[7]

No que se refere ao executivo fiscal, a Procuradoria Geral da Fazenda Pública deveria distribuir, de forma igual, os documentos necessários para a instrução da execução fiscal a ser ajuizada pelos Procuradores da República – então advogados públicos:

> "Art. 82. Os procuradores da Republica, chefes de repartições arrecadadoras e demais funccionarios incumbidos da cobrança da divida activa deverão ter o maior cuidado para que a mesma cobrança seja rigorosamente feita na conformidade das disposições constantes deste titulo e mais leis em vigor.
>
> Paragrapho unico. Para fiel observancia do disposto neste artigo os juizes federaes e locaes, procuradores da Republica e chefes de repartições arrecadadoras, deverão applicar, dentro de sua competencia, ou representar para que sejam applicadas as penas em que incorrerem os funccionarios contra os quaes ficar provada desidia ou transgressão no cumprimento de seus deveres
>
> Art. 86. A cobrança da divida activa será, distribuida com igualdade entre os Procuradores da Republica, pela Procuradoria Geral da Fazenda Publica."

Por conseguinte, pode-se concluir que a tarefa de promover em juízo a execução fiscal era desincumbida pelos Procuradores da República tendo a Procuradoria Geral da Fazenda Pública a missão de administrar e gerir a dívida ativa da União.

Os Procuradores da República tinham o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da chegada na procuradoria da certidão de escrituração da dívida ativa, para ajuizar a execução fiscal:

> "Art. 92. A cobrança judicial das dividas será requerida privativamente pelos procuradores da Republica, dentro de 30 dias a contar da data da entrada das respectivas certidões na Procuradoria da Republica."

Com a finalidade de dar celeridade aos processos administrativos tributários, o art. 84 estabelece prazo de 30 (trinta) dias para escrituração da dívida ativa, a ser realizada pela Procuradoria Geral da Fazenda Pública, que, findo este prazo, enviaria tal documentação das certidões para as Procuradorias da República para a cobrança executiva:

> "Art. 84 Findos os prazos de que trata o artigo anterior, pelas repartições arrecadadoras serão relacionadas nos livros competentes certidões de dividas não cobradas, qualquer que seja a sua quantidade, independente de liquidação, e remettidas, para a devida escripturação, á Procuradoria Geral da Fazenda Publica, a qual, por sua vez, dentro do prazo maximo de 30 dias, as enviará á Procuradoria da Republica para a cobrança executiva.
>
> Paragrapho unico. Afim de não ser excedido o prazo de 30 dias, determinado neste artigo, para a escripturação da divida, havendo accumulo de trabalhos, o procurador geral da Fazenda Publica e o director geral da Recebedoria do Rio de Janeiro, respectivamente, nomearão commissões de funccionarios que farão esse serviço fóra das horas do expediente, mediante uma gratificação que não excede de 100 réis por certidão relacionada ou escripturada. Essa gratificação não terá logar quando as certidões de dividas forem remettidas á Procuradoria da Republica para a cobrança executiva, depois dos 30 dias ou de já terem sido pagas amigavelmente."

Observa-se que a atividade de escrituração da dívida ativa também era de competência dos membros da Procuradoria Geral da Fazenda Pública, podendo, em casos de acúmulo de serviço, tal atividade ser realizada por outros servidores públicos.

Em casos de emergência, excepcionalmente, para defesa dos interesses da Fazenda Pública, poderiam, de imediato, os Procuradores da República, atuar da seguinte forma:

> "Art. 85. Sempre que fôr necessario a bem dos interesses da Fazenda Nacional ou da receita, os chefes das repartições arrecadadoras promoverão directamente junto á Procuradoria da Republica as providencias immediatas e assecuratorias

daquelles interesses."

Ilustrativamente cumpre destacar que, nesse mesmo Decreto, estava previsto o procedimento executivo fiscal, nos seus arts. 87 *usque* 138, contendo muitos dispositivos interessantes para eventual estudo, dentre eles o que admitia penhora de renda do devedor:

> "Art. 119. Na execução para a cobrança dos impostos relativos a immoveis, far-se-ha penhora nos rendimentos do immovel, si estiver alugado ou arrendado, assiguando o inquilino ou rendeiro termo de deposito dos rendimentos futuros, para recolhel-os á estação fiscal á proporção que se forem vencendo, até a quantia necessaria para pagamento do imposto, da multa accrescida e custas.

Não estando o immovel arrendado, e não dando o devedor outros bens á penhora, far-se-ha, esta no mesmo immovel.

Sendo usufructuario o devedor, executar-se-ha o usofructo, e só no caso de não haver lançador será executada a propriedade plena."

Deve-se ressaltar que este procedimento vigorava apenas no âmbito da Justiça Federal, já que o Processo Civil não era unificado naquela época. Na forma do art. 34, item nº 23, da Constituição de 1891, a União só legislava sobre o processo que tramitava na Justiça Federal:

> "23) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;"[72]

Nas falências, deveria o Procurador da Fazenda Pública se manifestar administrativamente, quando existisse processo executivo fiscal tramitando contra o falido:

> "Art. 150. Quando fallido fôr o devedor contra o qual se promover a cobrança de divida de origem fiscal, o procurador da Fazenda reclamará administrativamente no juizo da fallencia o seu pagamento, intentando préviamente o processo executivo pelo juizo seccional, bem como o sequestro, si for necessario. Caso não produza effeito a reclamação, proseguirá no juizo seccional o executivo até real embolso da Fazenda."

3.3. O ocaso e ressurgimento da Procuradoria Geral da Fazenda Pública.

Durante a vigência do Decreto nº 15.210, de 28.12.1921, a Procuradoria Geral da Fazenda Pública transformou-se na Consultoria da Fazenda Pública[73] (art. 107, §1º, do referido decreto).

Para elucidar o problema do desmonte desta instituição faz-se necessária a leitura do Parecer do Consultor da Fazenda Didimo Agapito Fernandes da Veiga, de 20.03.1922, que discorre acerca dos limites legais para atuação dos consultores da fazenda estaduais (Decreto nº 15.218, de 1921), conferindo exato entendimento sobre as regras de competência deste cargo:

> "Entende o Consultor junto à Delegacia Fiscal na Bahia que todas as attribuições conferidas aos antigos procuradores fiscaes e constantes dos arts. 27 e 28 do decreto 5390, de 10.12.1904, para elle passaram, excepto as relativas à cobrança judicial da divida activa, que foram transferidas aos Procuradores da República.

Os procuradores fiscaes, além das attribuições consultivas, eram, sob o regimen do decreto de 1904, os representantes da Fazenda Nacional em todos os termos e contractos judicialmente nas justificações feitas para percepção do montepio e meio soldo e cobrança da divida activa da União. Eram atribuições a muito respeitos idênticas às do Procurador Geral da Fazenda Pública no Thesouro Nacional.

A reforma do Thesouro baixada com o decreto nº 15218, de 28 de dezembro de 1921, extinguiu o cargo de procurador geral e creou o de consultor da Fazenda Pública, com attribuições meramente consultivas.

Como corollario a tal reforma o Decreto nº 15218 supprimiu também os cargos de procuradores fiscaes e creou o de consultor junto a cada Delegacia Fiscal.[74] Esses cargos também são meramente consultivos. É assim que os consultores teem apenas as attribuições que lhes são conferidas pelo art. 11 do decreto nº 15218, acima citado. (...) Também não lhes cabe mais representar a Fazenda Nacional e lavrar termos, contractos e escripturas e somente fazer as competentes minutas.

> "Ex officio" e como competência privada só lhes cabe agir em defesa da Fazenda Nacional, ministrando aos procuradores da República os elementos necessários, conforme art. 11, nº 3. A própria inscripção e remessa da divida activa para a cobrança executiva é da competência da Contadoria (art. 4, lettra b). Sobre outros asumptos os consultores não teem mais a iniciativa de qualquer medida ou diligencia."[75]

Neste mesmo sentido o Parecer do ilustre Consultor da Fazenda (05.06.1922), que traça um melancólico quadro involutivo das atribuições dos (não mais existentes) procuradores fiscais, que passaram a ser meros consultores jurídicos das Delegacias Fiscais:

> "O representante da Fazenda Nacional em juízo e para todos os actos que a interessava era, anteriormente ao decreto nº 5390, de 10 de dezembro de 1904, o procurador da Republica (...).

Por aquelle, entretanto, foi restabelecido o cargo de procurador fiscal junto às Delegacias Fiscaes, passando para elle algumas das attribuições dos procuradores da República, entre as quaes a de funccionar nas alludidas justificações (art. 28, nº 2).

Ficou a Fazenda Nacional com dois representantes.

Agora, porém, a reforma das Delegacias Fiscaes, baixada com o decreto nº 15.218, de 29 de dezembro de 1921, supprimiu tal cargo e creou o de consultor, com attribuições meramente consultivas e sem caracter algum de representante da Fazenda Nacional, judicial ou extra-judicial.

(...)

Derogados, pois, os dispositivos do decreto nº 5390, voltaram a vigorar os da legislação anterior, tendo o Thesouro um único representante em juízo, o Dr. Procurador da Republica.

Deu-se uma derogação implícita, conforme o art. 4º, introducção do Código Civil.

Cabe, pois, ao Dr. Procurador da Republica funccionar nas justificações de que trata a consulta."[76]

Evidente que o fim da Procuradoria Geral da Fazenda Pública foi transitório.

Cumpre ressaltar que no próprio Decreto nº 15.210, de 1921, no seu art. 78, havia a previsão de existência de ajudantes dos Procuradores da Fazenda, o que faz supor que tal cargo a ser ajudado (o de Procurador) ainda existisse:

> "Art. 78. Os auxiliares do Consultor e dos Procuradores da Fazenda serão substituidos por quem o Ministro designar dentre os bachareis em direito, escolhidos de preferencia os empregados de Fazenda."

Em 1927, os Consultores da Fazenda readquiriram as antigas atribuições dos procuradores fiscais por meio do Decreto nº 5.196, de 13.07.1927, o qual, no seu art. 1º, §4º, dispunha:

> "Exercer todas as attribuições constantes do art. 27 e 28 do Decreto nº 5.390, de 10 de dezembro de 1904, o que não contrariarem os dispositivos do Decreto número 15.218."[77]

Em 1930, o Executivo regulou a cobrança amigável da Dívida Ativa da União e, no art. 8º do Decreto nº 19.414, de 20 de novembro de 1930, já havia a previsão de atuação dos Procuradores da Fazenda neste procedimento administrativo, analisando a solvabilidade do devedor com a finalidade de "acautelar os interesses do Fisco".

Com o Decreto nº 24.036, de 26.03.1934 a Procuradoria Geral da Fazenda Pública, enfim, ressurgiu com as suas clássicas atribuições de gerenciar a dívida ativa da União e de exercer a atividade jurídico-consultiva no âmbito do Ministério da

Fazenda. Nos Estados os "consultores da fazenda" voltaram a se denominar "procuradores fiscais", passando a superintender e fiscalizar a inscrição da dívida ativa:

> "Art. 102. A Procuradoria Geral da Fazenda Pública é o órgão consultivo do Ministério da Fazenda[78]; mas compete-lhe também, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, promover sua inscrição e solicitar sua cobrança judicial, no Distrito Federal; e superintender êsse serviço, nos Estados.

Parágrafo único. A Procuradoria Geral compreende duas secções: a do Gabinete e a da Dívida Ativa.

Art. 103. Os atuais auxiliares do consultor da Fazenda e procuradores da Fazenda passarão a denominar-se "adjuntos do procurador geral da Fazenda Pública".

Secção 1ª - Do Gabinete

Art. 104. Á secção do Gabinete, composta de três adjuntos, do secretário e demais funcionários, cabe:

a) emitir parecer sôbre todos os processos submetidos ao seu exame e consulta pelo ministro da Fazenda ou diretor geral da Fazenda Nacional;[79]

b) zelar pela observância das tais de Fazenda; e representar ao ministro para que torne efetiva a responsabilidade dos empregados de cujos delítos ou erros de ofício tiver conhecimento;

c) minutar os contratos que se fizerem no Tesouro Nacional e nas repartições do Ministério da Fazenda, na Capital da República;[80]

d) registrar os contratos depois de aprovados, e fiscalizar sua execução;

e) fazer o exame das fianças;

f) fornecer aos procuradores da República os elementos reclamados para defesa da União;

g) fazer lavrar as escrituras de compra e venda de bens imóveis;

h) reunir os elementos necessários para serem promovidas: 1º, a rescisão administrativa dos contratos celebrados com a União, quando em cláusula expressa conste a faculdade de rescindir o pacto, independentemente de intervenção judiciária; 2º, a caducidade das concessões em virtude de cláusula em que tal pena esteja expressamente estipulada, independentemente de ação judiciária;

i) ordenar o lavramento de têrmos de responsabilidade por extravio de conhecimento de receita e de depósito;

j) encaminhar imediatamente a seu destino, após o competente assentamento, os precatórios relativos à cobrança da dívida ativa nos Estados, quando solicitada sua audiência.

§ 1° As atribuïções das alíneas a, b, f, g, h, i e j são do procurador, que as exercerá por si ou por distribuïção entre os seus adjuntos, cumprindo-lhe, todavia, fundamentarsem.

§ 2° As demais atribuïções poderão ser desempenhadas pre sua opinião sôbre o assunto, pelos adjuntos, por distribuïção do procurador geral.

Secção 2ª - Da Dívida Ativa

Art. 105. A secção da Dívida Ativa, composta de três adjuntos do procurador e de outros funcionários indispensáveis ao serviço, tem a seu cargo apurar a procedência da dívida; promover sua inscrição; e solicitar, por intermédio do Procurador Geral, sua cobrança executiva.

Art. 106. Aos adjuntos do Procurador compete o exame dos processos; a apuração e inscrição da dívida.

Parágrafo único. A direção da secção cabe ao adjunto mais antigo.

Art. 107. Compete, especialmente, à secção da Dívida Ativa:

a) apurar, quando decorrer de processos, a exatidão das dívidas remetidas à cobrança executiva pela Recebedoria do Distrito Federal, pela Alfândega do Rio de Janeiro, pela Diretoria do Imposto de Renda e demais repartições federais da Capital da República, antes de as inscrever no "Registro da Dívida Ativa";

b) extrair, quando necessário, as certidões indispensaveis à cobrança judicial.

Art. 108. A exatidão da dívida será apurada pelos processos originários, remetido pelas repartições respectivas, depois do estudo neles feito pelos adjuntos do procurador.

Art. 109. Apurada a liquidez da dívida, o adjunto do Procurador da Fazenda, a quem tiver sido distribuido o respectivo processo, fará inscrevê-la no "Registro da Dívida Ativa", donde se extraírá a certidão de dívida, por êle autenticada, para servir de base ao executivo fiscal.

Parágrafo único. Pela autenticidade que dér à certidão de dívida fará o adjunto do procurador jús à porcentagem estabelecida no art. 120.

Art. 110. A cobrança judicial seguir-se-á à cobrança amigável, que começará logo após a terminação da que foi feita à boca do cofre.

(...)

Art. 114. Terminada a cobrança à boca do cofre, a 1ª Subdiretoria da Recebedoria relacionará, após minucioso confronto com as respectivas costaneiras, a dívida não paga que tiver de ser remetida à secção da cobrança amigável.

§ 1° A cobrança amigável dos impostos lançados se fará, nos Estados, dentro do mesmo prazo.

§ 2° Esgotado o prazo da cobrança amigável, estará a mesma definitivamente encerrada: cumprindo às repartições arrecadadoras relacionar e remeter a dívida não paga, expurgada de qualquer dúvida, afim de que se proceda à inscrição e cobrança.

Art. 115. A cobrança amigável começará logo que forem recebidas as certidões de dívidas e far-se-á durante o prazo de 90 dias, salvo prorrogação especial concedida pelo Ministro.

Art. 116. Cabe aos procuradores fiscais - como passarão a denominar-se os atuais consultores das delegacias fiscais - superintender e fiscalizar a inscrição da dívida ativa dos Estados.

Art. 117. Expirado o prazo da cobrança amigável, só poderá o devedor saldar a sua dívida mediante guia do juízo da execução, respondendo o funcionário que der causa à transgressão dêste artigo, pelo pagamento das custas e mais despesas já realizadas.

Art. 118. A cobrança judicial da dívida ativa da União continuará a ser regida pelo decreto n° 10.902, de 20 de maio de 1914, em tudo que não estiver expressamente revogado

Art. 119. As despesas indispensáveis às diligências exigidas pelos executivos fiscais, correrão à conta das verbas que no orçamento lhes forem destinadas.

Art. 120. A porcentagem de 6 % a que se refere a lei n° 5.196, de 13 de julho de 1927, atribuída aos atuais consultores das delegacias fiscais, será extensiva aos adjuntos do procurador geral que autenticarem as certidões de dívidas, como remuneração pela diligência empregada no serviço de inscrição e relacionamento da dívida ativa e sua remessa a juízo."

Observa-se que inexistia ainda uma estrutura única interligando toda a Procuradoria Geral da Fazenda Pública e não havia uma só carreira no âmbito desta, já que

junto à administração central atuavam os adjuntos do Procurador Geral da Fazenda Pública (oriundos dos cargos de Procurador da Fazenda e de Consultor da Fazenda, art. 103) e, nas Delegacias estaduais, atuavam os procuradores fiscais (art. 116).

Paulatinamente a estrutura da Procuradoria Geral da Fazenda Pública foi sendo reerguida, incentivando a cobrança amigável da dívida ativa, o que mereceu ampla regulamentação.

Nos Decretos-Lei nº 3.570, de 29.08.1941, e nº 9.894, de 16.09.1946, já havia também a previsão de existência do cargo de adjuntos do Procurador Geral da Fazenda Pública, com a indicação da remuneração dos mesmos.

Como exemplo do diminuto tamanho da Procuradoria Geral da Fazenda Pública neste período, segue informação acerca dos membros que compunham a administração central desta instituição[81]:

Cargo	Nome	Lotação	Cargos já ocupados
Procurador Geral da Fazenda Pública (PGFP)	Dr. João Domingues de Oliveira	DF (Dec. Nom. 25.11.1943)	Adjunto de Procurador da Fazenda
Adjunto de PGFP	Dr. Francisco Sá Filho	DF	Já ocupou os cargos de Consultor da Fazenda Pública (22.02.1922) e Oficial da Fazenda, Deputado Federal da BA e auxiliar do Gb. Do MF, além de ter exercido o cargo de P.G.F.P.
Adjunto de PGFP	Dr. João Domingues Oliveira	DF	Procurador da Fazenda[82]
Adjunto de PGFP	Dr. Jorge de Godoy	DF	Concursado como Tradutor público e intérprete. Já exerceu o cargo de adjunto do P.G.R..
Ajunto de PGFP	Dr. Pedro Teixeira Soares Junior	DF	Procurador da Fazenda (17.04.1929)
Adjunto de Procurador	Dr. Alziro Marinho	DF	-
Adjunto de Procurador	Dr. Augusto Tavares de Lira Filho	DF	Juiz Federal Substituto no DF (02-01-1935) e Inspetor da Fazenda Nacional (02.02.1938)

Existiam também 22 (vinte e dois) Procuradores atuando na defesa da União[83]:

Cargo	Nome	Lotação
Procurador	Dr. Agripino Gomes Veado	DSPU/DF
Procurador	Dr. Álvaro Brandão	MG
Procurador	Dr. Carlos Lisboa Ribeiro	RS
Procurador	Dr. Flávio Castrioto de Figueiredo e Melo	RJ
Procurador	Dr. João Rodrigues Coelho	PA
Procurador	Dr. José Domingues da Silva	PE
Procurador	Dr. Nero de Macedo Junior	SP
Procurador	Dr. Paulo José Silva Néri	AM
Procurador	Dr. Raul Ferreira Ribeiro	RJ
Procurador	Dr. Rui Buarque Nazaré	RJ
Procurador	Dr. Francisco Augusto Carneiro	CE
Procurador	Dr. Francisco Fálvio Fontana	PR
Procurador	Dr. Generoso Ponce de Arruda	MT
Procurador	Dr. José Alves de Melo	MA
Procurador	Dr. Orlando Valeriano de Araújo	AL
Procurador	Dr. Othon da Gama Lobo D'Eça	SC
Procurador	Dr. Augusto da Paixão Feuri Curado	GO
Procurador	Dr. Dídimo Castelo Branco	PI
Procurador	Dr. Djalma Aranha Marinho	RN
Procurador	Dr. Garciliaso Velo Freire	PB
Procurador	Dr. Kosciuszko Barbosa Leão	ES
Procurador	Dr. Niceu Dantas	SE

Com a reestruturação das Delegacias Fiscais (Decreto nº 35.428, de 29.04.1954), surgiram as Procuradorias da Fazenda Federal nos Estados, substituindo os Procuradores Fiscais então existentes. Possuíam as seguintes atribuições:

"Art. 15. À Procuradoria da Fazenda Federal compete:

I - emitir parecer sôbre matéria jurídica nos processos em que fôr solicitada sua audiência pelo Delegado Fiscal;

II - velar pela fiel observância das leis de Fazenda, propondo as providências que para êsse fim julgar necessárias;

III - ministrar informações ao Procurador da República, quando solicitadas, bem assim remeter os documentos que, em qualquer feito, forem necessários para defesa da Fazenda;

IV - redigir minutas de contratos, acôrdos, ajustes, têrmos e outras previstas em lei;

V - representar a Fazenda nos casos estabelecidos em lei, ou mediante competente delegação de poderes;

VI - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União, inscrevê-la, e autenticar as respectivas certidões para fins de cobrança judicial."

Conclusão

Tal visão histórica, longe de esgotar o tema, serve apenas para trazer ao debate tanto a tradição, como a vocação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de, atuando como órgão consultivo do Ministério da Fazenda e administrando também a dívida ativa da União, aplicar a justiça fiscal.

Evidente que esta pequena exposição não se apresenta como um estudo completo sobre a evolução da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pois são evidentes as lacunas existentes no trabalho e que merecem ser sanadas. Acerca da pesquisa histórica ainda há muito a fazer, pois o campo é vasto e a colheita, farta.

Buscou-se minimamente revelar não apenas a perspectiva estática das instituições mencionadas, mas a dinâmica delas, de como funcionavam, de como ocorria a interação entre os órgãos incumbidos da defesa do patrimônio público.

Ao fixar, como limite para este estudo, o advento da Lei nº 2.642, de 09.11.1955, pretendeu-se vislumbrar os alicerces da advocacia fiscal antes do primeiro diploma legal que veio a dar origem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cristalizando suas atribuições, inovando, de fato, e criando uma instituição ultra-especializada para a administração da dívida ativa da União. Tal diploma legal representa um marco divisório, podendo-se afirmar, sem receios que o superveniente Decreto-Lei nº 147, de 1967, era apenas um reflexo da Lei nº 2.642, de 09.11.1955.

Diante deste marco legal, tendo em vista a natural limitação de um artigo jurídico, prefere-se findar a exposição neste momento (advento da Lei nº 2.642, de 09.11.1955) com a finalidade de concentrar o estudo em um período em que a advocacia pública fiscal ainda ganhava seus novos contornos para uma nova época em que a sociedade brasileira tornava-se mais urbana e que a economia passava a se industrializar e que exigiria da administração pública respostas mais ágeis para uma realidade mais dinâmica.

Este opúsculo surge num contexto de resgate da memória da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, instituição cuja tradição histórica e exitosa atuação servem para corrobora a justeza do reconhecimento de seu "status" constitucional de função essencial à Justiça.

Por fim, tendo sempre por lema *"Sub lege fiscus"*, por séculos, no Brasil, a advocacia pública fiscal, buscou a efetivação das normas que impunham a toda sociedade meios para financiar as atividades estatais, lutando contra a sonegação, almejando aperfeiçoar os instrumentos de cobrança do ativo da Nação. Muitos êxitos, outras tantas derrotas, tornam seguro afirmar que a existência da Procuradoria da Fazenda é imprescindível para a própria existência do Estado brasileiro.

Referências Bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. Fraudes à Constituição: um atentado ao Poder Reformador. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

ALMANAQUE do Pessoal (situação em 31 de dezembro de 1944). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945.

ANNEXOS ao Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil. v. II, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. Anexo "F".

ASCOLI, Haroldo Renato. PARECERES do Procurador Geral [illegible] nda Pública, tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1953.

_____. PARECERES do Procurador Geral da Fazenda Pública, tomo II, Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954.

BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda. Rio de Janeiro: Laemmert & C. – Livreiros-Editores, 1888.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BOXER, Charles. O império marítimo português 1415-1825. trad. Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CASTRO, Aldemário Araújo. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Aldemário Araújo Castro home page. Disponível em: http://www.aldemario.adv.br/pfnsnovo.htm.

CHAVES, Léa Almeida. Histórico do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: 1981.

COLIN, Augusto Frederico. Manual do Empregado de Fazenda (Coleccção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1878). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1879.

_____. Manual do Empregado de Fazenda (Coleccção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1887). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888.

_____. Manual do Empregado de Fazenda (Coleccção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1888). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889.

COLECCÇÃO das Leis do Império do Brazil de 1823. parte I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

COLECÇÃO das Leis do Império do Brazil de 1831. segunda parte, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

COLLECÇÃO das Leis do Império do Brasil de 1834. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

COLECÇÃO das Leis do Império do Brasil de 1850. tomo XI, parte I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851.

DIÁRIO Oficial de 11 de janeiro de 1910. terça-feira, Anno XLIX, 23° da República, n° 08.

DIÁRIO Oficial da União, de 11.02.1993. n° 29, Seção 1.

FARIAS, Bento de. Pareceres. v.I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

GODOY, Arnaldo Moraes. A Tributação na História do Brasil. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, Brasília: Editora Consulex, n° 3/4, p.131- 158, 1999/2000.

HENRIQUES, Antônio e MEDEIROS, João Bosco. Monografia no Curso de Direito. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. trad. do Dr. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

IMPERIAIS Resoluções do Conselho de Estado da Secção de Fazenda. v. IV, annos de 1856-1860. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869.

LEGISLAÇÃO Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional Cid Heráclito de Queiroz. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974.

LEX – coletânea de legislação. Ano XVIII, São Paulo: LEX, 1954.

O OURO e a Montanha, Minas Gerais. Seleção de Ernani Silva Bruno, org. Diaulas Riedel. 2ª ed. São Paulo: Cutrix, 1961.

ORDENAÇÕES Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870

ORDENAÇÕES Manuelinas on-line. Disponível em: http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/LIP99.HTM.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Um pouco de história do Ministério Público do Trabalho. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília: Ano VII, n° 13, p. 21s, mar. 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 22ªed. Atual. Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, col. Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., atual. Eurico Andrade Azevedo et alli, São Paulo: Malheiros, 2000.

MINISTÉRIO da Fazenda, ontem/hoje (1808-1983). Rio de Janeiro, 1983.

MINISTROS da Fazenda, 1808-1983. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1983, p.48).

MANUAL do Empregado de Fazenda (Coleccção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1866). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1867.

MANUAL do Empregado de Fazenda (Coleccção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1872). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1873.

PARECERES de 1942 a 1956. Francisco Sá Filho "et alli", Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1962.

PESSOA SOBRINHO, Eduardo Pinto. Manual dos servidores do Estado – Lei 1.711, de 28.10.52. 8ª ed., Rio de Janeiro: A. Coelho Branco (Editor), 1957.

REESTRUTURAÇÃO do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967. (Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro. Publicação, n° 32).

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 1° volume, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VEIGA, Didimo Agapito Fernandes da. PARECERES do Consultor da Fazenda Nacional Dr. Didimo Agapito Fernandes da Veiga, ano de 1922. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Execução Fiscal, Brasília: ESAF, 1984, pp.20-21.

_____. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n° 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>.

Notas

[1] *Legislação Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional Cid Heráclito de Queiroz.* Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974, p. 14.

[2] O uso do vocábulo "Fazenda" é assim explicado: "(...) nesse sentido entrou em uso no Brasil para designar uma realidade preexistente, ou seja, aquilo que os primitivos atos de doação de sesmarias denominavam de curral de gado ou terras de criar. No primeiro quartel do século XIX, o termo estendeu-se às plantações de café. (...) tomou o significado das finanças, isto é, o haver da nação, os seus bens, produtos de créditos e contribuições, a sua renda." (*Ministério da Fazenda, ontem/hoje (1808-1983)*. Rio de Janeiro, 1983, p.10). Para a história do Ministério da Fazenda sugerimos a leitura de CHAVES, Léa Almeida. *Histórico do Ministério da Fazenda.* Rio de Janeiro: 1981.

[3] Art. 29 do ADCT: "§ 5.° Cabe à atual Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, diretamente ou por delegação, que pode ser ao Ministério Público estadual, representar judicialmente a União nas causas de natureza fiscal, na área da respectiva competência, até a promulgação das leis complementares previstas neste artigo.". Tal dispositivo nos leva a inferir que as atribuições constitucionais da PGFN são meramente exemplificativas, já que esta deve atuar em causas de "natureza fiscal", cuja definição está contida em lei complementar.

[4] "Os Procuradores da Fazenda Nacional constituem, seguramente, uma das mais antigas carreiras jurídicas do Brasil. Segundo estudos empreendidos por Cid Heráclito de Queiroz, destacado integrante da categoria, dirigente máximo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) por mais de dez anos, já no Brasil-Colônia, mais precisamente no Regimento de 7 de março de 1609, encontramos o reconhecimento da importância do então Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco. Naquela época, ainda consoante os estudos aludidos, o Procurador exercia, ao lado das atribuições de defensor

dos interesses da Coroa, as funções de Promotor de Justiça. No Império, por Decreto de 18 de agosto de 1831, os já denominados Procuradores da Fazenda Nacional foram incumbidos, tanto na Corte, como nas Províncias, de promover a ação executiva em face dos devedores da Fazenda Nacional. O órgão Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional surgiu, como departamento da administração a cargo do Ministério da Fazenda, no início do século passado por transformação da então Diretoria-Geral do Contencioso, conforme o Decreto nº 7.751, de 23 de dezembro de 1909. A Lei nº 2.642, de 9 de novembro de 1955, estabeleceu a primeira lei orgânica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Já o Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, veiculou a segunda lei orgânica do órgão. Esta última lei orgânica encontra-se em vigor, em boa parte, e nela estão fixados aspectos fundamentais da atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional. O Decreto-Lei nº 147, de 1967, firmou três importantes definições, ainda atuais, acerca da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: (a) estabeleceu que a PGFN seria o órgão do Ministério da Fazenda responsável pelos serviços jurídicos da Pasta; (b) reafirmou a competência do órgão para apurar e inscrever, para fins de cobrança judicial, a dívida ativa da União, tributária ou de qualquer outra natureza e (c) descentralizou (rectius desconcentrou) o serviço jurídico do Ministério da Fazenda pelas várias unidades do órgão (PGFN) espalhadas por todo o território nacional." (CASTRO, Aldemário Araújo. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Aldemário Araújo Castro home page. Disponível em: http://www.aldemario.adv.br/pfnsnovo.htm. Acesso em: 21.01.2005).

[5] O teor de tal dispositivo era: "III – exercer a representação e promover a defesa e o controle dos interesses da Fazenda Nacional nas entidades de cujo capital participe a União". Na Mensagem nº 75, de 10.02.1993, do Presidente da República, encontramos as razões do Veto: "Por contrariedade ao interesse público, uma vez que cabe ao Presidente da República 'exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal' (art. 84, inciso II, da Constituição Federal). Em assim sendo, a nomeação (ou a escolha) de quem exercerá a representação e promoverá a defesa e controle dos interesses da Fazenda Nacional, nas entidades de cujo capital participe a União, ficará a cargo do Presidente da República, pois que esse mister faz parte da direção superior, inerente ao titular do Poder Executivo.", (DOU, de 11.02.1993, nº 29, Seção 1, p.1806). Em relação à remuneração dos Procuradores da Fazenda Nacional, quando do veto ao art. 65 da LC nº 73/93, eis trecho das suas razões: "Quanto ao pro labore, percebido pelos procuradores [sic] da Fazenda Nacional por força da lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988, limita-se à sucumbência dos devedores vencidos nas Execuções Fiscais (honorários advocatícios). Desses honorários, 50% destinam-se à implantação e modernização das procuradorias [sic] da Fazenda Nacional (informatização, custeio de taxas e custos de execuções fiscais, despesas de diligências, pro labore de peritos técnicos, avaliador e contadores judiciais, além de despesas de penhora, remoção e depósito de bens). Este sistema de incentivo tem funcionado com múltiplo êxito para os cofres da União, sendo o principal fator de crescimento da arrecadação, apesar do decrescente número de procuradores [sic] da Fazenda Nacional em todo país." (DOU, de 11.02.1993, nº 29, Seção 1, p.1807) Relativamente ao veto do art. 14 da LC nº 73/93 v. DOU, de 11.02.1993, nº 29, Seção 1, p.1806

[6] A indicação do conteúdo de "causas de natureza fiscal" se encontra no parágrafo único do art. 12 da LC nº 73/93.

[7] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>. Acesso em: 11 mar. 2005.

[8] Em relação ao Brasil, não se deve confundir as competências para defender os interesses da Coroa com as atribuições administrativas dos conselhos municipais, cuja estrutura também foi importada de Portugal: "Já no início do século XVI, estabeleceu-se o sistema de governo municipal de Portugal segundo o padrão descrito a seguir, assentado num regimento de 1504, e cuja reforma drástica só se deu em 1822. O núcleo do conselho municipal compreendia de dois a seis vereadores, conforme o tamanho e a importância do local, dois juízes ordinários (magistrados ou juízes de paz sem formação em direito) e o procurador. (...) Os conselhos municipais seguiam de perto o padrão dos da metrópole, mas naturalmente havia diferenças marcantes, bem como fortes semelhanças, no decorrer de sua evolução. (...)" (para vislumbrar uma brilhante exposição sobre o tema, com um aprofundado estudo sobre as relações políticas e a implantação destas câmaras nas colônias lusitanas, inclusive no Brasil, v. BOXER, Charles. O império marítimo português1415-1825. trad. Anna Olga de Barros Barreto, São Paulo: Companhia das Letras, 2002, pp. 286ss. Para um estudo jurídico mais aprofundado sobre a procuradoria que atuava junto a estes conselhos municipais v. Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p.169 Disponível em: http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p162.htm.

[9] http://www.pgr.pt/. Acesso em 18.04.2006.

[10] Ordenações Manuelinas on-line. Disponível em: http://www.ci.uc.pt/ihtl/proj/manuelinas/L1P99.HTM. Acesso em: 03.04.2005.

[11] Idem ibidem. Acesso em 18.04.2006.

[12] v. art. 1807 do Código Civil de 1916.

[13] GODOY, Arnaldo Moraes. A Tributação na História do Brasil. Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional, Brasília: Editora Consulex, nº 3/4, 1999/2000, p.131-158.

[14] Para maiores detalhes sobre os Juízes dos Feitos da Fazenda v. Livro 1, Título X, das Ordenações Filipinas (http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p34.htm).

[15] Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, pp. 41-42. (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p41.htm).

[16] http://www.pgr.pt/. Acesso em 18.04.2006.

[17] Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p. 01. (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p1.htm).

[18] Revista Jurídica/Presidência da República, v.7, nº 76 - Dezembro - 2005 /Janeiro – 2006, Brasília, 2006. disponível em: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/MemoriaJuridica/LeisHistoricas.htm. Acesso em: 18 abr. 2006.

[19] Idem ibidem.

[20] Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p. 43. (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p43.htm).

[21] Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p. 39. (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p39.htm). O próprio Cândido Mendes de Almeida entende que todos os comentários e que se aplicam aos Procuradores da Coroa podem ser aplicados ao Procuradores dos Feitos da Fazenda v. Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p. 41, nota (2). (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p41.htm).

[22] Ordenações Filipinas; edição de Cândido Mendes de Almeida. vol. 1, Rio de Janeiro: 1870, p. 43. (v. http://www.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l1p43.htm).

[23] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>. Acesso em: 11 mar. 2005.

[24] Legislação orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional Cid Heráclito de Queiroz. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974, p 127.

[25] " (...) Esse cargo, no entanto, era bem mais antigo, tendo sido criado pelo Regimento de 7 de março de 1609, com o qual o Rei Dom Felippe II (Felippe III, da Espanha) instituiu, na Bahia, a Primeira Relação do Brasil, composta de dez Desembargadores, entre eles o Procurador da Coroa, Fazenda e Fisco, mesma denominação dos cargos existentes em Portugal, cujos titulares atuavam na Casa da Suplicação, a que se referiam as Ordenações Filipinas, de 1603, e, depois, no Conselho da Fazenda, de que trata o Alvará de 4 de janeiro de 1608. Pelo Regimento de 13 de outubro de 1751, no Reinado de D. José I, sendo Ministro o então Conde de Oeiras, mais tarde Marquês de Pombal - o notável estadista lusitano - foi criada a Relação do Rio de Janeiro: também composta de dez Desembargadores, entre eles o Procurador da Coroa e da Fazenda. Por duas Cartas de Lei de 22 de dezembro de 1761, eram criados, em Portugal, por D. José I, o Tesouro-Geral, para centralizar num único cofre - o "caixa único" dos dias atuais - todos os direitos e rendas da Real Fazenda, e o Conselho da Real Fazenda, para conhecer, em uma só instância, de todos os requerimentos, causas e dependências que vertessem sobre a arrecadação das rendas de todos os direitos e bens da Coroa. Ambas as leis atribuíam aos Procuradores da Fazenda o encargo de promover a execução dos créditos da Real Fazenda. Ainda em Portugal, a Rainha D. Maria I ordenou, por Alvará de dezembro de 1790 , a unificação do Conselho da Fazenda ao Erário Régio, sob a presidência do Ministro de Estado. Este integrava, ainda, o Tribunal da Fazenda, no qual atuava o Procurador da Fazenda." (v. http://www.pgfn.fazenda.gov.br/default.asp?Centro=Historico.asp, acesso em 02.08.2005).

[26] Posteriormente, pelo Decreto nº 85, de 18.07.1841, foi fixado que o correto tratamento a ser dispensado a tais procuradores era o de "Excelência": "Decreto nº 85, de 18 de julho de 1841. Concedendo o Tratamento de Excellencia ao Procurador da Coroa, Soberania, e Fazenda Nacional. Tendo consideração à importância do Cargo de Procurador da Coroa, Soberania, e Fazenda Nacional: Hei por bem que o Magistrado, que actualmente exerce o dito Cargo, e os que daqui em diante o exercerem, tenhão o Tratamento de Excellencia, e por elle se lhe falle e escreva. Cândido José de Araújo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negócios do Império, assim o tenha entendido, e faça executar com os Despachos necessários. Palacio do Rio de Janeiro em dezoito de Julho de mil oitocentos e quarenta e hum, vigésimo da Independencia e do Império. Com a Rubrica de Sua Majestade o Imperador. Candido José de Araujo Vianna."

[27] Idem, pp.128-132.

[28] Para comprovar este argumento basta a leitura dos parágrafos do art. 6, da Lei de 04 de outubro de 1831, por exemplo: "Art. 6. Compete ao Tribunal do Thesouro Nacional: (...) §1. A Suprema direcção e fiscalisação da receita e despeza Nacional, inspeccionando a arrecadação, distribuição e contabilidade de todas as Rendas Publicas, e decidindo todas as questões administrativas, que a taes respeitos possão ocorrer. (...) §8. Exercitar toda a jurisdição voluntária, qyue até agora exercia o extincto Conselho da Fazenda, a respeito de Habilitações, Ordenados (...). (...) §11. Promover tudo quanto for a maior bem, e de interesse para a Fazenda Publica.", Idem, pp. 133-134.

[29] A Lei de 04 de outubro de 1831 regulamentou o art. 170 da Constituição imperial. Por este diploma ficou determinado que os Procuradores fiscais atuariam perante este Tribunal (ou tesourarias provinciais), na Defesa da Fazenda Nacional: "Título 1º Da Organisação do Tribunal do Thesouro Público Nacional. Capítulo 1.º Da Organisação do Tribunal. Art. 1º Haverá na Capital do Império hum Tribunal denominado Thesouro Publico Nacional (...) Capítulo 6. Do Procurador Fiscal. Art. 19. O Procurador Fiscal he o Membro do Tribunal do Thesouro encarregado de vigiar sobre a execução das Leis de Fazenda. Será substituído nos impedimentos, por quem o Governo interinamente nomear. Vencerá o Ordenado de dous contos e oitocentos mil reis. Art. 20 Compete ao Procurador Fiscal. §1º. Interpor o seu parecer, por escripto, sobre todos os negócios do Tribunal, que versarem sobre objecto de execução de Lei. §2º Promover o contencioso da Fazenda Publica, fiscalisando as execuções della, indicando os meios legaes para compellir os devedores remissos; e representando ao Tribunal a negligencia dos Juizes encarregados das mesmas execuções. §3º. Propor ao Tribunal todas as medidas que entender necessárias, para o melhoramento d'Administração, Arrecadação, Distribuição e Fiscalisação das Rendas Públicas, e Bens da Nação. Título 3.º Das Thesourarias das Provincias. (...) Capitulo 6. Do Procurador Fiscal. Art. 77 O Procurador Fiscal he o Membro da Thesouraria de Provincia para os fins declarados nos §§ 1º, 2º e 3º, do Artigo 20. Art. 78. O Procurador Fiscal será nomeado pelo Tribunal do Thesouro, à proposta do Inspector Geral, sobre informação dos Presidentes, pelo que respeita às Provincias. O proposto será pessoa de notória probidade e intelligencia em matéria de Legislação; e quando impedido, será substituído por quem nomear, na Corte o Tribunal do Thesouro, e nas Provincias o Presidente em Conselho." (Legislação Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz. Rio de Janeiro: Ministerio da Fazenda, 1974, pp. 133-135). Na época o Ministro da Fazenda era Bernardo Pereira de Vasconcellos (para detalhes sobre sua gestão v. Ministros da Fazenda, 1808-1983. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1983, p.48) O Tribunal do Tesouro Nacional, bem como as Tesourarias das Provincias, foram extintos pelos arts. 10 e 12, "b" e "c", da Lei nº 23, de 30.10.1891, sendo aquele transformado e substituído pelo Tribunal de Contas (v. CHAVES, Léa Almeida. Histórico do Ministério da Fazenda. Rio de Janeiro: 1981, pp. 13-15) Acerca da criação do Tribunal de Contas v. Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890.

[30] "No Erário Régio (também denominado Tesouro-Geral ou Tesouro Real e Público) foram centralizadas a arrecadação e a despesa da Coroa. Na Mesa do Erário tinha assento o Procurador da Fazenda, já então competente para promover a execução da dívida ativa." (v. http://www.pgfn.fazenda.gov.br/default.asp?Centro=Historico.asp, aceso em 02.08.2005).

[31] A legislação anterior à Constituição Imperial de 1824 foi expressamente recepcionada por meio da Lei de 20 de outubro de 1823: "Art 1º. As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, pelas quaes o Brazil se governava até 25 de abril de 1821, (...) e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara (...) ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negócios do interior deste Império, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmnte alteradas." (Colecção das Leis do Império do Brazil de 1823, parte 1, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887, pp.07-08).

[32] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>. Acesso em: 11 mar. 2005.

[33] Constituição de 1824: "Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá Julzes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei."

[34] Tal dispositivo encontrava sua regulamentação na Instrução de 18 de outubro de 1831 (Instrucções para o Procurador da Fazenda Nacional proceder sobre os prazos dos pagamentos das Dividas Nacionaes conforme o Artigo 4 do Decreto 18 de Agosto deste anno): "Art. 1º. O Procurador da Fazenda Nacional, em execução do Art. 4 do Decreto de 18 de Agosto deste anno, poderá estipular com os Devedores da mesma Fazenda para o pagamento os prazos, que julgar convenientes; estendendo o ultimo ate noventa dias, e espaçando os intermédios da maneira que mais commoda for. Exceptuão-se. §1º. Os Devedores em conseqüência de contractos de Arrecadação de Rendas Publicas, de compra e venda de Próprios Nacionaes, e de despachos de quaesquer generos, fazendas, mercadorias, de que se hajão de pagar direitos nas Alfândegas, Consulado, ou outra Estação a quem na conformidade das Leis, tenha sido já consedido algum favor de espera pelo pagamento em prestações reduzidas à Letras; por que a estes não poderá conceder maior prazo, que o de 60 dias. §2º. Os Devedores em consequencia de alcance, em que forem achados. De Thesouraria, Almoxarifado, Commissariado, Administração ou Arrecadação, Cobrança de bens, rendas e dinheiros Nacionaes, quem não poderá dar prazo maior, que o de 20 dias; e nem taes devedores tiver lugar o procedimento de crime pelo seu alcance. §3º. Os devedores contra quem já houver sentença passada em julgado, pois que à estes nenhum prazo poderá conceder. Art. 2º. Quando ocorrer algum caso, em que as circunstancias extraordinárias, e attendíveis o Devedor se faça digno de maior consideração, o Procurador da Fazenda o representará ao Thesouro, e Thesourarias Provinciaes com todas as ilustrações necessárias e interpondo logo o seu parecer." (Legislação Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional Cid Heráclito de Queiroz. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974, p. 135).

[35] Colecção das Leis do Império do Brazil de 1831, segunda parte, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, pp.32-33.

[36] "Restaurado, por Dom Pedro II, o privilégio de foro para as causas da Fazenda Nacional, a representação, perante o Juízo dos Feitos da Fazenda em Primeira Instância, na Corte, fazia-se, pelo Procurador Especial - o Procurador da Fazenda no Juízo de Primeira Instância. Nas Provincias, "os Procuradores da Fazenda Nacional", ensina Cid Heráclito de Queiroz, "eram os mesmos que fossem Procuradores Fiscais"" (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>. Acesso em: 11 mar. 2005).

[37] Legislação Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional, Cid Heráclito de Queiroz. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974, pp. 136-137.

[38] Decisao nº 58, de 23 de maio de 1887: "A Thesouraria de S. Paulo se communica que fica approvada a deliberação (...) de nomear, sobre a proposta do Procurador Fiscal, para o logar de Delegado deste, na cidade de Santos, o Bacharel João Alves Corrêa do Amaral, e de fixar em 10% a respectiva porcentagem pela cobrança da divida activa que for effectuada na mesma cidade, calculada sobre a importância dos impostos arrecadados por diligencia sua, excluidas as custas, sello e procuratorios;(...)" (grifos nossos) (COLIN, Augusto Frederico. Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1887). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888, p. 29). Observe-se que o Procurador Fiscal, em pedido formulado à Tesouraria da Provincia de São Paulo, conseguiu que, em Santos, atuasse um advogado que, em seu nome, postulasse para executar a dívida ativa da Nação. Tal decisão deve ter sido bem razoável para a época, em face da dificuldade de deslocamento entre Santos e São Paulo. No caso, primou-se pela eficiência (talvez acompanhada de um sutil apadrinhamento...). Para esta atribuição do Procurador Fiscal v. art. 5º do Decreto de 18 de agosto de 1831 e o art. 16, §2º, da Lei nº 242, de 1841.

[39] Colecção das Leis do Império do Brasil de 1850, tomo XI, parte I, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1851, pp.249-250.

[40] Esta atividade consultiva do Procurador Fiscal do Tesouro, como "custos legis" fazendário, pode ser melhor vislumbrada na Resolução nº 419, de 20.02.1856, na qual se discute, dentre outras questões, acerca da prisão administrativa de funcionários do Tesouro e se esta sanção deve perdurar quando do adimplemento dos valores perdidos que estavam sob a guarda destes: "A secção de fazenda não pôde pois concordar com o Dr. Procurador fiscal em que a prisão administrativa cessa pelo pagamento da divida, provado perante a autoridade judiciária que tiver feito a mesma prisão em virtude de deprecada da autoridade administrativa. 'A jurisprudencia dos avisos' – diz no seu parecer o Dr. Procurador fiscal -, 'decide-se pela competencia exclusiva das autoridades administrativas, não só por ordenar tais prisões, como para fazê-las cessar (...). Assim o aviso de 28 de dezembro de 1851, declara que a prisão deve subsistir até pleno embolso da fazenda, ou até quando se julgue preciso; e é para notar que na especie do aviso a divida estava garantida com o seqüestro.'". Tal entendimento não foi adotado pela seção fiscal, que o refutou argüindo que a autoridade judiciária, no cumprimento de atos delegados pela autoridade fiscal, não poderiam relaxar a prisão administrativa decretada por esta. O procurador fiscal se posicionou também contra este entendimento citando a legislação portuguesa recepcionada (data da decisão: 13.02.1856) (Imperiais Resoluções do Conselho de Estado da Secção de Fazenda. v. IV, annos de 1856-1860. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1869, pp.33-38).

[41] Acerca das atribuições dos Procuradores Fiscais nas Provincias: "A Thesouraria de Sergipe se communica, quanto ao extravio, que se diz ter havido de objectos pertencentes ao Palácio da Presidência, que, estando affecta a esta occurencia ao Ministerio do Império, que é o competente neste assumpto, nada há que providenciar pelo da Fazenda. E por esta occasião se lhe declara que aos Procuradores Fiscaes incumbe a fiscalização das despezas feitas por conta dos cofres públicos, não sendo, todavia dispensados, de satisfazer às requisições dos Inspectores das Thesourarias, concebidas na devida forma." (Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1866). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1867, p. 11). Cid Heráclito de Queiroz afirma: "nas Provincias, os Procuradores da Fazenda Nacional eram o mesmo que fossem Procuradores Fiscais." (Legislação Orgânica, estrutura, competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; coletânea organizada pelo Procurador da Fazenda Nacional. Cid Heráclito de Queiroz, Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974, p. 02).

[42] "'O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as causas, que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nelas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será presente a todas as audiências, que fizer o Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, e bem assim nos mais Juízos, que tocarem a minha Fazenda; e tudo o mais cumprirá o Regimento que tenho dado ao Procurador de meus Feitos da Coroa e Fazenda, por minhas Ordenações.'/'Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e Fazenda, de Procurador do Fisco, e de Promotor de Justiça; e usará em tudo do Regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor da Justiça da Casa da Suplicação, e ao Procurador do Fisco; e procurará quanto lhe for possível saber se usurpa a minha jurisdição, por alguma pessoa eclesiástica, ou secular, daquele Estado, e procederá contra os que a usurparem, na forma em que por minhas Ordenações o podem fazer.'" (Cid Heráclito de Queiroz apud CASTRO, Aldemário Araújo. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Aldemário Araújo Castro home page. Disponível em: http://www.aldemario.adv.br/plnsnovo.htm. Acesso em: 21.01.2005).

[43] Existia a possibilidade de haver Procuradores Fiscais "ad hoc" nas causas da Fazenda Nacional. Merece ser lida a Decisão de 14 de outubro de 1878, que estabelecia os vencimentos destes. Tais Procuradores somente recebiam pelos "atos que eles tinham efetivamente praticado no patrocínio da causa da Fazenda Nacional" (COLIN, Augusto Frederico. Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1878). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1879, p. 151). Interessante apreciação sobre a remuneração de um Procurador Fiscal interino encontra-se na Decisão de 23 de junho de 1878 (nº 141), cujo interessado é o Bacharel Pedro Affonso de Mello, da Thesouraria de Pernambuco: "como bem entendeo a Thesouraria, o reclamante só tem direito à porcentagem relativa à importância das letras cobradas amigavelmente, e não das que o forem executivamente.". Outra elucidativa decisão acerca de remuneração do Procurador Interino é a de nº 459, de 23 de abril de 1834: "Declara que os vencimentos dos Procuradores Fiscaes de nomeação interina devem passar a quem effetivamente exercer as funções no mesmo lugar" (Collecção das Leis do Império do Brasil de 1834. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, pp.122-123).

[44] Acerca das atribuições dos "Procuradores Fiscaes": Decisão nº 285, de 23 de agosto de 1834 – "Declara que as execuções que se intentarem por parte da Fazenda Nacional na Provincias, sejão dirigidas pelos Procuradores Fiscaes das Thesourarias por ser da sua competência promover o Contencioso da mesma Fazenda. (...) o que não teria acontecido se o Collector, como era do seu dever, obrasse por direcção do Procurador Fiscal da Thesouraria da Província, a quem compete promover o contencioso da Fazenda

Pública, e fiscalizar as execuções della, não procedendo na qualidade de Collector senão como simples Agente." (Collecção das Leis do Império do Brasil de 1834. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866, pp.214-215). Em relação aos Procuradores da Fazenda atuando em regiões diamantíferas, encontra-se o Decreto de 25 de outubro de 1832, "haverá na villa de Tejuco [de onde se extraía diamantes] (...), um Procurador da Fazenda..." (art. 17). Este Procurador da Fazenda perceberia 600$ (art. 18). Tal Procurador deveria assistir às arrematações realizadas pelo Inspetor de terras (art. 19, §4º). "Não pagando os aceitantes, ou endossantes, as suas letras no dia do vencimento, o Thesoureiro, feito e intimado o protesto, as remetterá ao Procurador da Fazenda para propor a acção competente contra os mesmos." (art. 29). Cópia de trecho deste decreto encontra-se na sede do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ), em Brasília/DF. A vila de Tejuco é a atual Diamantina/MG, cuja descrição detalhada pode-se encontrar no relato SAINT-HILAIRE, Auguste de. As Lavras de Diamantes. In: O Ouro e a Montanha, Minas Gerais. Seleção de Ernani Silva Bruno, org. Diaulas Riedel, 2ª ed., São Paulo: Cutrix, 1961, pp.39-50.

[45] O referido Decreto regulamenta o item 5º, do art. 8º, da Lei nº 3348 (Orça a Receita Geral do Império para o exercício de 1888 e dá outras providências): "É o Governo autorisado: A consolidar a legislação do processo executivo fiscal, pondo-a de acordo com a legislação do processo commum moderno, na parte em que for mais conveniente para acelerar a cobrança da divida activa, e a distribuir o serviço entre os procuradores e solicitadores dos Feitos da Fazenda da Corte, dividindo entre elles a quantia que, a título de procuratorio, é actualmente cobrada nas causas executivas em que a Fazenda é vencedora." (COLIN, Augusto Frederico. Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1887). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1888, p. 69).

[46] COLIN, Augusto Frederico. Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1888). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889, pp.58-59.

[47] Decisão de 10 de julho de 1972 de nº 121 ("Declara que a pessoa que servir provisoriamente no lugar de Ajudante do Procurador Fiscal da Thesouraria de S. Pedro deverá desempenhar todos os deveres inherentes ao mesmo lugar"): "A Presidência de S. Pedro do Rio Grande do Sul se declara, em resposta ao officio de 23 de Maio ultimo, que a pessoa que servir provisoriamente o lugar de Ajudante do Procurador Fiscal da Thesouraria da mesma Provincia, (...), deverá desempenhar todos os deveres inherentes ao mesmo lugar, os quaes são os que se acham definidos no §1º do art. 16 da Lei nº 242 de 29 de novembro de 1841, no art. 17 do Decreto de 29 de janeiro de 1859 e Reg. das Secções do Contencioso de 24 de dezembro de 1866." (Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1872). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1873, p. 77.). Neste mesmo Manual verifica-se que um Procurador Fiscal que atuasse na Província do Pará ou do Maranhão percebia remuneração maior (2:400$) que um Procurador Fiscal que atuasse em Minas Gerais ou São Paulo (2:100$) (Decreto nº 5.255, de 05 de abril de 1873, anexo A, pp. 214-215). Vedação ao exercício do cargo de Procurador Fiscal: "A Presidência da Parahyba se declara (...) ter nomeado interinamente Procurador Fiscal da Thesouraria de Fazenda ao Bacharel Rufino Tavares de Almeida, filho do Solicitador do Juizo dos Feitos dessa Provincia, acrescentando que este ultimo se acha no gozo de uma licença que lhe concedera; que, sendo Solicitador subordinado ao Procurador Fiscal, queda-lhe ordens, inspecciona seus actos e informa sobre seu procedimento, não póde, em face do principio da Ord., Liv. 1º, Tit. 79, §43, servir no mesmo Juizo na qualidade de Procurador Fiscal o filho do solicitador; cumprindo, portanto, que a dita Presidência nomèe outro Bacharel ou pessoa idônea para o referido cargo." (Decisão nº195, de 16 de julho de 1866 - Manual do Empregado de Fazenda (Colecção dos Actos Legislativos e Executivos expedidos em 1866). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1867, pp. 105-106).

[48] Algumas atribuições dos Procuradores da Fazenda previstas pelo Decreto nº 9.885, de 29 de fevereiro de 1888 (Dá regulamento para o processo executivo fiscal): "Art. 6º. Com o documento comprobatório da divida, o Procurador da Fazenda iniciará o processo, requerendo ao Juiz dos Feitos a expedição de mandado executivo pelo qual o devedor, ou quem de direito, seja intimado para, no prazo de 24 horas, que correrão em cartório da data da intimação, pagar a quantia pedida e custas, ou dar bens à penhora; ficando logo citado para os termos da execução até final julgamento, nomeação e approvação dos louvados, avaliação e arrematação dos bens penhorados, a remil-os ou dar lançador. (...) Art. 11. Findos os 10 dias assignados, o escrivão assim o certificará e fará os autos conclusos com os documentos e allegações que houver recebido. Concorrendo justa causa, poderá o juiz conceder ao réo, para prova e sustentação da sua defesa, um prazo que não exceda de 10 dias, contínuos, sucessivos e improrrogáveis. Findo o prazo e cobrados os autos, o escrivão os fará com vista ao Procurador da Fazenda para arrazoar afinal, seguir-se-há o julgamento. (...) Art. 26. (...) §1º. Si forem admittidos a embargar, o juiz assignará por despacho dez dias improrrogáveis, que correrão desde logo, independentemente de intimação, para

se exhibirem os embargos e mais títulos e provas de sua legitimidade. Findo o prazo, o escrivão fará os autos com vista ao Procurador da Fazenda, seguindo-se o julgamento definitivo. (...) Art. 31. Considerar-se-há extincta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extincção, juntando-se em qualquer tempo ao feito: (...) 3º Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo o archivamento do processo, em virtude de ordem transmittida pelo Thesouro. (...) Art. 42. Quando fallido o devedor contra o qual se promover a cobrança da dívida de origem fiscal, o Procurador da fazenda reclamará administrativamente no juízo da fallencia o seu pagamento, intentando préviamente o processo pelo juízo dos feitos, bem como o seqüestro, si for necessário. Caso não produza effeito a reclamação, prosseguirá no juízo dos Feitos o executivo, até real embolso da Fazenda Nacional."

[49] Tal dispositivo é muito semelhante ao previsto nos artigos 84 e 86 do Decreto nº 9.957/1912.

[50] BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda. Rio de Janeiro: Laemmert & C. – Livreiros-Editores, 1888, pp.11-18.

[51] Sobre o tema v. BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 156 ss. Interessante a leitura de AGRA, Walber de Moura. Fraudes à Constituição: um atentado ao Poder Reformador. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 49-51. Para mais leituras: HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, trad. do Dr. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 47-52.

[52] Para o controle de constitucionalidade sob a égide da Carta de 1891 v. o seu arts. 59 e 60: "art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60; III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União. Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; (...)". Importante também frisar que o art. 13 da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, previa: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.". Para mais detalhes sobre a evolução deste modelo de controle incidental de constitucionalidade no Brasil v. MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle incidental de normas no Direito Brasileiro. In: MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 22ª ed., atual. Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, colab. Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 457 s.

[53] "Art. 48. Continua privativa dos procuradores fiscais, onde houver delegacia fiscal, a competência a que se refere a Lei nº 1.178, de 16 de janeiro de 1904." (Lei 3.644, de 31.12.1918).

[54] Vide Decreto nº 5.390, de 10 de dezembro de 1904: "Art. 8º A Secção do Contencioso terá por chefe o procurador fiscal com as seguintes incumbencias: 1º Fazer a correspondencia official do procurador fiscal; 2º Escrever os termos de arrematações, fianças e contractos em que for parte a Fazenda Nacional, os quaes deverão ser assignados pelo procurador fiscal; 3º Organizar os quadros das execuçoes que o procurador fiscal deve remetter á Directoria do Contencioso do Thesouro e fazer qualquer outro trabalho relativo ao Contencioso da Fazenda. Art. 9º O serviço de expediente da Secção do Contencioso será feito pelos empregados que o delegado fiscal designar. (Decreto nº 870, de 22 de novembro de 1851, arts. 13 e 14.)".

[55] Annexos ao Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil. v. II, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, Anexo "F", pp. 03-04. Neste mesmo relatório encontra-se a circular mencionada pelo Diretor do Contencioso, requerendo a feitura da classificação das dívidas ativas da União, pelos procuradores seccionais: Circular, de 16 de junho de 1897: "Convido a esta directoria saber qual o numero de processos executivos e de natureza diversa, e qual a importância da divida activa ajuizada, que fôr cobrada até outubro do corrente anno, da que fôr cobrável, duvidosa e insolúvel, segundo o vosso juízo, afim de, em quadro, ser incluída no relatório do Sr. Ministro da Fazenda [Bernardino de Campos], que tem de ser apresentado no próximo anno (...). Saúde e fraternidade. O director, Carlos Augusto Naylor" (Annexos ao Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brazil. v. II, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898, Anexo "F", p.09).

[56] SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Os Procuradores da Fazenda Nacional. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, nº 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=307>. Acesso em: 11 mar. 2005.

[57] Publicado no Diário Oficial de 11 de janeiro de 1910, terça-feira, Anno XLIX, 23º da República, nº 08, pp. 230-249. Tal edição do Diário Oficial pode ser encontrada na biblioteca da Câmara dos Deputados.

[58] "Anos mais tarde o Ministro da Fazenda Leopoldo de Bulhões dotou o Ministério da Fazenda com uma grande reforma, racional e eficiente, consubstanciada na Lei nº 2.083, de 30 de julho de 1909." (Ministério da Fazenda, ontem/hoje (1808-1983). Rio de Janeiro, 1983, p.10). De fato as inovações desta lei e as contidas no Decreto nº 7.751/1909 conferiram ao Ministério da Fazenda uma estrutura racional e à Procuradoria Geral da Fazenda Pública atribuições claras e compatíveis com a sua histórica missão de ser o órgão jurídico do Ministério da Fazenda.

[59] Art. 501 do Decreto nº7.751, de 23.12.1909: "Os directores do Thesouro e o Procurador Geral da Fazenda pública, com excepção dos que se acharem na posse dos respectivos cargos, por occasião de dar-se execução à lei nº 2083 e ao presente regulamento serão nomeados em commissão."

[60] Vide arts. 371, 372 e 373 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909.

[61] Art. 356 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "Nenhuma operação de crédito, feita sob caução de rendas a arrecadar em estações exactoras, de valores de qualquer especie, de bens immobiliarios ou mobiliarios pertencentes à União, será levado a effeito sem autorização legislativa.". Vide também art. 357 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909.

[62] Art. 358 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "A Alienação dos bens de qualquer natureza, com excepção dos mobiliários imprestáveis para o serviço, a que tiverem sido destinados, terá logar mediante concurrencia; salvo eminência de maior damnificação dos bens ou urgência justificada de apurara o valor dos mesmos."

[63] Art. 361 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "A procuradoria da fazenda publica, examinando as propostas para abertura dos créditos addicionaes pelo ministerio da fazenda, emittirá parecer sobre a regularidade da consulta, opinando si foram preenchidas as condições exigidas para abertura desses créditos nas leis de 9 de setembro de 1850, de 9 de setembro de 1862, de 20 de outubro de 1877, de 3 de setembro de 884; si não há excesso do maximo estabelecido na lei do orçamento em vigor, para os créditos suplementares, e si o título a supplementar está comprehendido na tabella annexa à lei, que rege o exercício financeiro."

[64] Art. 362 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "Os processos de fiança serão examinados pela procuradoria da fazenda, a fim de apurar a regularidade dos tramites seguidos, a legalidade dos documentos instructivos e dos termos lavrados nas estações competentes, a conformidade das clausulas dos termos de fiança com os dizeres dos instrumentos do mandato, quando o próprio responsável não comparecer à lavratura do termo e não assigna-lo pessoalmente."

[65] Art. 363 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "Nas propostas para celebração de tratados internacionaes que interessarem, sob qualquer aspecto, à fazenda pública, a procuradoria promoverá a observância das leis, que regulam a situação do thesouro, no caso que constituir objecto do convenio, e emittirá parecer no sentido de ressalvar vantagens ou evitar encargos à fazenda publica."

[66] Art. 365 do Decreto nº 7.751, de 23.12.1909: "No caso de julgar a parte contractante que se lhe infringiu damno ou lesão intentar, para obter reparação, o meio regular e direito, o procurador da fazenda proporcionará ao procurador da República, que houver de defender, perante o poder judiciário, o direito da fazenda, todos os elemntos conducentes a tal fim."

[67] Não se trata de erro de digitação, pois na página 233 do DO de 11.01.1909, verificamos que, na redação do art. 117 do Decreto nº 7.751, inexiste o item nº 03.

[68] Apesar da existência de inúmeras instâncias administrativas com atribuições de julgar conflitos de interesses, o Brasil republicano, sempre adotou o sistema da jurisdição única, similar ao sistema norte-americano (adotando os postulados do rule of law e do judicial control), refutando o sistema do contencioso administrativo, de inspiração francesa. Para mais detalhes sobre o tema v. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed., atual. Eurico Andrade Azevedo et alli, São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 51-53.

[69] Existe compilação dos Pareceres dos Procuradores Gerais da Fazenda Pública, tanto do Dr. Benedicto da Costa (1935-1939), publicada em 1941, quanto do Dr. Pedro Teixeira Soares Júnior (1946-1955), publicada em 1958. Foram prefaciadas pelo Dr. Francisco Sá Filho, ex-Procurador Geral da Fazenda Pública e ex-adjunto de P.G.F.P.

[70] Republicado pelo Decreto nº 10.902, de 20 de maio de 1914, com alterações.

[71] Importante também ressaltar o Decreto nº 21.367, de 05 de maio de 1932, que "dispõe sobre a defesa judicial dos interesses da União Federal, e dá outras providências.". Nos consideranda deste decreto encontra-se a seguinte justificativa para a sua edição: "Considerando que a defesa judicial da União, cometida pela legislação em vigor aos procuradores da República, há muito se vem tornando carecedora de providências que, compensando o vultoso número de feitos, facilitem a respectiva tarefa; (...) Considerando que a Procuradoria da República no Distrito Federal precisa ser inadiavelmente dotada do aparelhamento indispensável ao exercício de sua alta missão.". Por este diploma legislativo, já se vislumbra a necessidade de fornecer meios para que, satisfatoriamente, pudessem os órgãos da advocacia pública desincumbir-se de suas atribuições institucionais.

[72] A Constituição de 1934, pelo seu art. 15, XIX, "a", estabeleceu que a União possuía competência privativa para legislar sobre processo. Tal dispositivo foi repetido pelo art. 16, XVI, da Carta de 1937. Para mais detalhes sobre a implementação do "processo unitário" na federação brasileira v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 22ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp.16-17; e, de forma um pouco mais aprofundada, SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. I, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, pp.53-61, que ministra: "A Constituição de 16 de julho de 1934 restabeleceu o sistema da unidade processual para todo o país, tornando-se da competência da União, e supletivamente dos Estados, a elaboração das leis processuais civis e penais." (p.55).

[73] Decreto 15.210, de 28.12.1921: "Art. 61. Ao Consultor da Fazenda Publica incumbe: a) emittir parecer em todos os papeis que lhe forem submettidos á consulta pelo Ministro ou pelo Director Geral do Thesouro; b) opinar em todos os contractos ou convenções internacionaes celebrados em virtude de leis e regulamentos; c) redigir as minutas dos termos de contractos, ajustes e escripturas de alienação ou arrendamento dos bens do dominio da União e todos os em que ella fôr parte interessada. Paragrapho unico. As minutas dos termos de contractos, ajustes e escripturas serão feitas em duas vias conferidas e rubricadas; a primeira via seguirá com o processo para a repartição em que houver de ser lavrado e assignado o contracto; a segunda ficará archivada na Directoria que fiscalizar a execução do contracto e a ella será annexada a publicação official do contracto assignado; d) rubricar as minutas dos termos de contractos; e) fornecer aos procuradores da Republica os elementos que forem reclamados para a defesa da Fazenda, por actos emanados do Ministerio. Deste serviço ficará, especial e exclusivamente, encarregado um dos auxiliares. Art. 62. O Consultor terá auxiliares aos quaes cabe emittir parecer em os papeis que lhe forem distribuidos e minutar os termos de contractos e escripturas.". O entao Ministro da Fazenda era o advogado gaúcho Homero Baptista (bacharel pela Faculdade de Direito do Recife), "adepto da escola clássica, sua gestão na pasta da Fazenda caracterizou-se pelo equilíbrio orçamentário e saneamento do meio circulante, só concordando com emissões para fins reprodutivos e de resgate rápido. (...) Na sua administração reorganizou-se o Tesouro Nacional, resultando na criação do cargo de Diretor-Geral do Tesouro." (Ministros da Fazenda, 1808-1983. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1983, p.145) "No Governo do Presidente Epitácio Pessoa, quando Ministro da Fazenda o jurista gaúcho Homero Baptista, adveio o Decreto nº 15.210, de 28 de dezembro de 1921, que procedeu a nova reorganização da Administração-Geral da Fazenda Nacional. Nessa Reforma, o cargo de Procurador-Geral da Fazenda Pública, num momento de retrocesso, foi transformado no singelo Consultor da Fazenda Pública." (PARECERES da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 1979. Brasília: Imprensa Nacional, 1985, p. XVI).

[74] Para as atribuições dos consultores da fazenda junto às delegacias fiscais v. Decreto nº 15.218, de 29 de dezembro de 1921: "Art. 11. Ao consultor compete: 1º, dar parecer nos processos em que sua audiencia for solicitada pelo delegado fiscal; 2º, redigir as minutas dos contratos e finanças; 3º, ministrara ao procurador da Republica todas as informações, bem assim remetter os documentos que forem necessarios para defesa da Fazenda; Paragrapho unico. Na falta ou impedimento do consultor o delegado nomeará interinamente quem o substitua, observada a condição de que trata o art. 9º. Esse seu acto será submettido á approvação do Ministro.". Ao Procurador-seccional da República competia promover a execução da Dívida Ativa: "Art. 19. A divida activa, depois de liquidada e escripturada, será remettida, pelo delegado fiscal, mediante certidões devidamente relacionadas, ao procurador seccional da Republica, afim de ser promovida a cobrança executiva".

[75] VEIGA, Didimo Agapito Fernandes da. PARECERES do Consultor da Fazenda Nacional Dr. Didimo Agapito Fernandes da Veiga, ano de 1922. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, pp. 233-234.

[76] VEIGA, Didimo Agapito Fernandes da. PARECERES do Consultor da Fazenda Nacional Dr. Didimo Agapito Fernandes da Veiga, ano de 1922. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925, p.411.

[77] Ratificando estas atribuições dos Consultores da Fazenda vide Parecer nº 239, de 30.05.1933, da Lavra do Procurador-Geral da República Bento de Farias (FARIAS, Bento de. Pareceres. v.I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933, pp. 759-761).

[78] Para distinguir a atividade de consultoria da Procuradoria Geral da Fazenda Pública daquela exercida por outros órgãos superiores de consultoria, faz-se necessária a leitura do Parecer nº 330, de 17.09.1951 (Processo nº 159.600/51), no qual o então Procurador Geral Haroldo R. Ascoli opina que o "Consultor Geral é um órgão de consulta do Presidente da República", devendo os pareceres deste limitar-se aos casos de interesse geral da Administração, devendo somente ser ouvido após a oitiva dos órgãos especializados. (ASCOLI, Haroldo Renato. PARECERES do Procurador Geral da Fazenda Pública, tomo I, Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1953, pp.256-257).

[79] Sugere-se a leitura do culto parecer do Dr. Francisco Sá Filho (Processo nº 103.233-41, parecer de 12.01.1942), no qual o ilustre ex-Procurador Geral da Fazenda Pública analisa proposta de alteração de certos órgãos do Ministério da Fazenda, posicionando-se contra a criação de uma tesouraria no Departamento de Administração (Ministério da Justiça), repudiando a redução das atribuições das Recebedorias, que sacrificariam o Tesouro Público. Para tanto ele traça um belo histórico de atribuições do Ministério da Fazenda, realçando a centralização neste destas atividades de tesouraria. (PARECERES de 1942 a 1956. Francisco Sá Filho et alli, Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1962, p.05-07).

[80] Para uma melhor compreensão desta atribuição v. Parecer nº 92 (Processo nº 46.978/52), cuja ementa é "Tributos alfandegários. Isenção às empresas de navegação aérea. Competência do Ministro da Fazenda para aprovar o contrato que consigne o benefício. Minuta e lavratura na Procuradoria Geral da Fazenda Pública. (...) Quanto à elaboração dêsse esboço, cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Pública (decreto 24.036, de 26 de março de 1934, artigo 104, c), onde, também, deverá verificar-se a lavratura do têrmo, tal como sempre se observou e não sofreu alteração qualquer." (ASCOLI, Haroldo Renato. PARECERES do Procurador Geral da Fazenda Pública, tomo II, Rio de Janeiro: Ministerio da Fazenda, 1954, pp.73-74).

[81] Almanaque do Pessoal (situação em 31 de dezembro de 1944). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945, pp. 33 e 37.

[82] "Art. 97. Os officiaes da Procuradoria Geral da Fazenda privativos da cobrança da divida activa, creados pelo decreto nº 13.348, de 23 de outubro de 1918, passam a denominar-se procuradores da Fazenda, correndo a despeza dos respectivos vencimentos pela verba mantida no Orçamento do Ministerio da Fazenda para o corrente exercicio, destinada aos funccionarios supprimidos pelo mesmo decreto." (Lei nº 3.644, de 31.12.1918).

[83] Almanaque do Pessoal (situação em 31 de dezembro de 1944). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945, pp. 61-62.

LIMITES DA RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

Antônio Marques Pazos
Especialista em Direito da Administração Pública pela UFF
Procurador da Fazenda Nacional

Sumário: 1. Introdução – 2. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito; 2.1. Da Necessidade de Evolução Administrativa – 3. O Advogado Público; 3.1. Das Atribuições; 3.1.1. Das Atribuições Constitucionais; 3.1.2. Das Atribuições Disciplinares; 3.1.3. Das Atribuições Funcionais; 3.1.4. Das Atribuições Profissionais; 3.2. Das Prerrogativas Funcionais; 3.2.1. Da Imunidade Funcional; 3.2.2. Da Autonomia Funcional; 3.2.3. Da Independência Funcional – 4. Dos Limites da Responsabilidade Funcional – 5. Da Proposta de Consolidação das Prerrogativas – 6. Conclusão.

1. Introdução

Na avaliação das atividades finalísticas da Advocacia Pública, impõe-se verificar a sua estrutura, organização e funcionamento como pressupostos analíticos dos seus fatores e/ou dos seus limites de eficiência e eficácia institucional.

Entre as causas de eficiência da atividade-fim, deve-se destacar o elemento humano – o Advogado Público – e o nível de suas atribuições, prerrogativas, garantias e responsabilidades funcionais.

Entre os obstáculos à sua eficácia, resumem-se os tradicionais do serviço público em geral: *i*) carência de recursos físicos: de estrutura, equipamentos, segurança, logística; *ii*) insuficiência de recursos humanos: na atividade-fim e no serviço de apoio especializado; e *iii*) escassez de recursos orçamentários: contingências para remuneração e capacitação condignas, bem como para modernização de suas instalações e instrumentos de atuação.

O agravamento de tais obstáculos - contrários ao interesses público e social - sensibilizou o legislador constituinte pela legitimação do *direito de greve* no âmbito da Administração Pública. Embora pendente de legislação específica, este direito tem sido exercido pelos servidores públicos em geral, como meio de atendi-

mento de suas reivindicações, em analogia aos trabalhadores da iniciativa privada, principalmente quando garantidos judicialmente.[1]

Nesta conjuntura, o Advogado Público fica ainda exposto ao aumento progressivo e insuportável de sua carga de trabalho e à conseqüente diminuição das condições de eficiência e eficácia de sua atuação, que ultrapassam os limites de sua responsabilidade funcional.

2. A Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito

O conceito constitucional de *Advocacia Pública*[2] compreende os três níveis de organização político-administrativa: da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios[3].

Na organização dos Poderes da República, o legislador constituinte deslocou o órgão de representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo, dentre Ministérios e Secretarias, para o Poder Judiciário, denominando-o de *Advocacia Pública*, no capítulo *Das Funções Essenciais à Justiça*, entre o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública.

Para a Advocacia-Geral da União, a sua criação e alocação constitucional fora dos três Poderes da República, não seria a formação de um *quarto poder*, mas sim a demonstração: *i*) de independência institucional, no exercício da representação judicial da União, no atendimento aos três Poderes; *ii*) de competência exclusiva, no exercício da consultoria e assessoramento jurídicos, no atendimento ao Poder Executivo; e *iii*) de assunção destas competências outrora atribuídas ao Ministério Público Federal.[4]

A Advocacia Pública foi dotada de competência constitucional expressa para o exercício das funções de representação judicial e extrajudicial das entidades públicas; de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo; e de

[1] Vide Constituição Federal, art. 37, VII c/c Lei nº 7.783/89.

[2] Vide Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, alterado pela Emenda Complementar nº 19/98.

[3] Os municípios foram abrangidos pelo princípio da simetria constitucional para instituição de órgão de representação judicial, integrado por titulares de cargo público efetivo, providos por concurso público, nos termos do art. 29 da Constituição Federal (Recurso Especial nº 403.981/RO, DJ 28 out. 2002, p. 231).

[4] VALENTE, Maria Jovita Wolney. AGU Normas; Caderno 2/compilação de Maria Jovita Wolney Valente. Brasília: AGU Secretária-Geral de Consultoria, 2006, p. XLIX, itens 2 e 3. Disponível em: http://www.agu.gov.br. Acesso em: 04 abr. 2006.

competência constitucional implícita para a defesa dos seus bens, direitos e interesses legítimos, bem como para o cumprimento das normas, princípios e valores jurídico-sociais[5].

Releva notar que a Advocacia Pública foi reconhecida como guardiã do controle da legalidade[6] dos atos e fatos da Administração Pública, desde o início de sua formação até a ultimação dos seus efeitos:

> A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública [...]
>
> Esse conjunto de normas constitucionais retira a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público e assim a desvincula da questão da mera legalidade, para erigi-la em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes públicos, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo, o que amplia os horizontes de atuação da Advocacia Pública, especialmente de seu ramo consultivo.[7]

2.1. Da Necessidade de Evolução Administrativa

Dentre as funções essenciais ao Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública destacam-se por sua autonomia administrativa e orçamentária, evidenciando descentralização de poder na própria Constituição Federal, atributos que não ocorrem com a Advocacia Pública em geral, especialmente na Advocacia-Geral da União, que permanece desconcentrada no Poder Executivo Federal, na tradicional dependência ministerial de recursos administrativos e orçamentários.

Desde a Constituição do Estado de São Paulo de 1947, Francisco Campos já lecionava sobre a correlação evolutiva entre as instituições e as prerrogativas dos seus membros:

> Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de

[5] Constituição Federal, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Alterado pela EC nº 19/98).

[6] O controle da legalidade foi reconhecido expressamente pelas Constituições dos Estados do Acre, Amazonas, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, São Paulo, entre outras. Também consta expressamente no exercício da consultoria e assessoramento da Advocacia-Geral da União (LC nº 73/93, art. 11, V).

[7] SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos.[8]

Em regra, as instituições da Advocacia Pública carecem de autonomia administrativa, orçamentária e financeira, que são pressupostos de eficiência e eficácia das atividades estatais, desde a personificação dos serviços públicos em Autarquias[9] até o surgimento das Agências Reguladoras[10], revelando anacronismo e descumprimento de normas constitucionais programáticas:

Assim, embora, por um lado, no plano do *ideal*, se disponha de um expresso princípio, apontando o aperfeiçoamento da atuação da *advocacia de Estado*, ou seja, um dever de torná-la mais *eficiente* em sua missão constitucional, com vistas a que a ação dos demais entes estatais seja cada vez mais obediente à ordem jurídica, por outro lado, no plano do *real*, a árdua luta, ainda por vencer, continua a ser o alcançar um mínimo satisfatório de *eficácia* no desempenho dessas funções, superando, para tanto, a ignorância, o descaso e o preconceito que a cercam, e, sobretudo, a descabida, mas arraigada percepção divulgada na classe política, de que advocacia de Estado deve ser advocacia dos governantes.[11]

No âmbito estadual, entretanto, a Advocacia Pública foi suprida de autonomia administrativa e financeira pelas Constituições dos Estados do Acre, da Paraíba[12] e do Rio de Janeiro, bem como por leis complementares, que servem de paradigma para a sua evolução em nível nacional.

[8] CAMPOS, Francisco. Parecer ao Ministério Público de São Paulo (sem referência) apud SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

[9] Vide Decreto-Lei nº 200/67.

[10] Vide Emenda Constitucional nº 19/98.

[11] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública Realidade e Perspectiva para o Milênio. Palestra. In: III Congresso de Advocacia Pública. BA: IBAP, Jun. 1999. p. 1284-1294. Disponível em: http://www.ibap.org. Acesso em: 09 out. 2006.

[12] O inciso I do art. 135 da Constituição do Estado da Paraíba, que atribuía autonomia funcional, administrativa e financeira à sua Procuradoria-Geral, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 217, Pleno, Min. Ilmar Galvão, julg. 28 ago. 2002, DJ 13 set. 2002, p. 62).

3. O Advogado Público

O exercício da advocacia pública pressupõe graduação em Direito, habilitação profissional perante a Ordem dos Advogados do Brasil e comprovação de aptidão técnico-jurídica através de concurso público de provas e títulos.

O Advogado Público está disciplinado em quatro regimes funcionais: *i*) nas normas constitucionais federais e/ou estaduais; *ii*) no estatuto dos servidores públicos federais, estaduais, distrital e/ou municipais; *iii*) na lei orgânica da advocacia pública federal, estadual, distrital e/ou municipal; e *iv*) no estatuto nacional da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nestes regimes, constam as atribuições, prerrogativas, garantias e responsabilidades funcionais que positivam o *Regime Jurídico do Advogado Público*, subsidiando elementos para análise de sua natureza de *Agente Político*[13], em função da sua imunidade, autonomia e independência funcionais, incompatíveis com o regime de subordinação hierárquica dos servidores públicos em geral:

A mega-estrutura e a multiplicidade das funções do novo *Estado Social de Direito* fez surgir, gradativamente, uma nova classe de agentes públicos, que não se subsume, exata-mente, na clássica e genérica nomenclatura de *funcionários*, nesse sentido básico de ser-vidores do *staff* administrativo, postados nos escalões hierárquicos, subordinados às ordens oriundas de chefias e instâncias superiores. Nesse novo perfil alinham-se os operadores do Direito, rubrica onde se enquadram os advogados do setor público, convocados a exercer um espectro cada vez maior de atribuições, alocadas na proximidade dos centros de decisão, assim trazendo o aporte técnico-jurídico para que atos e condutas governamentais tenham validade, eficácia e permanência.[14]

3.1. Das atribuições

São inúmeras as atribuições do Advogado Público, decorrentes das normas constitucionais e infra-constitucionais do Poder Legislativo e dos atos normativos do Poder Executivo, de modo que somente algumas delas serão destacadas:

[13] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 15. ed. SP: RT, 1990, p. 68.

[14] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do Setor Público: Riscos e Obstáculos no Limiar do Novo Milênio. Revista dos Tribunais. SP: RT, Ano 92, jan. 2003, v. 807, p. 27-55. Disponível em: http://www.oabsp.org.br. Acesso em: 09 out. 2006.

3.1.1. Das Atribuições Constitucionais

O legislador constituinte atribuiu competência exclusiva aos Advogados Públicos para representação judicial e extrajudicial das entidades político-administrativas e dos seus órgãos despersonalizados, bem como para prestar-lhes consultoria e assessoramento jurídicos, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, conforme interpretação jurisprudencial, *in verbis*:

> O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.[15]

Como representante judicial da entidade política e como órgão de controle interno da legalidade dos seus atos administrativos, o Advogado Público é *órgão do Estado Democrático de Direito*, com atribuições de fiscalizar a Administração Pública no cumprimento dos princípios administrativos constitucionais[16] da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; dos princípios administrativos infra-constitucionais[17] da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público; e das normas e valores sociais interativos, pois os "procuradores de Estado não são, em rigor, advogados. Assim como o juiz é o órgão da função jurisdicional os são órgãos estatais, encarregados da defesa e do ataque judiciais. No dizer de Pontes de Miranda, eles presentam, não representam a pessoa jurídica estatal."[18]

3.1.2. Das Atribuições Disciplinares

No Estatuto dos Servidores Públicos Federais[19], as atribuições genéricas dos Advogados Públicos podem ser extraídas dos deveres disciplinares de: *i*) exer-

[15] STF, ADI nº 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25 abr. 97. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

[16] Constituição Federal, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Alterado pela EC nº 19/98).

[17] Lei nº 9.874/99, art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[18] STJ, REsp nº 401390/PR, DJ 25 nov. 2002, p. 200. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[19] Vide Lei nº 8.112/90, art. 116; e Lei nº 8.027/90, na parte não derrogada.

cer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; *ii*) ser leal às instituições a que servir; *iii*) observar as normas legais e regulamentares; *iv*) *cumprir as ordens superiores*, exceto quando manifestamente ilegais; *v*) *atender com presteza: ao público em geral*, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; às requisições para a defesa da Fazenda Pública; *vi*) levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; *vii*) zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; *viii*) guardar sigilo sobre assunto da repartição; *ix*) manter conduta compatível com a moralidade administrativa; *x*) *ser assíduo e pontual ao serviço*[20]; *xi*) tratar com urbanidade as pessoas; *xii*) representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Os itens *iv*, *v* e *x* são deveres disciplinares típicos dos servidores públicos de suporte administrativo (atividade-meio), de subordinação hierárquica, que não se aplicam literalmente aos Advogados Públicos, quando conflitarem com as suas prerrogativas funcionais (atividade-fim).[21]

Estas atribuições genéricas podem ser complementadas, ainda, pelos códigos de ética[22], dos servidores públicos em geral, e de conduta[23], dos agentes políticos.

3.1.3. Das Atribuições Funcionais

Na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, não houve regulamentação nem acréscimo às atribuições constitucionais do Advogado Público Federal, limitando-se o legislador ordinário à expressa adoção do Estatuto dos Servidores Públicos Federais[24]. Entretanto, houve acréscimo de proibições no art. 28 da Lei Complementar nº 73/93, *in verbis*:

> 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;

[20] Vide Parecer AGU nº GQ-24/94, Item 10, e Decreto nº 1.590/95, art. 6º, § 4º, que compatibilizam o controle de freqüência da advocacia pública através de boletins semanais.

[21] Vide Constituição Federal, art. 133 c/c Lei nº 8.906/94, art. 3º, § 1º, que garantem a inviolabilidade funcional dos advogados públicos; Decreto nº 4.334/2002 e Portaria AGU nº 637/2002, que instituíram a discricionariedade e o procedimento de concessão de audiências aos particulares. A Portaria nº 34/2001 da Casa Civil da Presidência da República trata de procedimentos similares.

[22] Vide Decreto nº 1.171/94.

[23] Vide Decreto nº 4.081/2002.

[24] Vide Lei Complementar nº 73/93, arts. 26 e 27 c/c Lei nº 8.112/90.

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União;

III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Estas vedações devem ser objeto de *interpretação conforme* a Constituição Federal, pois: *i*) a primeira proibição é mera vedação do exercício da advocacia particular; *ii*) a proibição de contrariedade aos atos normativos do Advogado-Geral da União revela que este assume a responsabilidade pessoal pela melhor tese jurídica para fins de eficiência e eficácia institucional, sem contrariedade à inviolabilidade intelectual[25] dos seus coordenados. Neste caso, é recomendável a referência expressa dos atos normativos como ressalva de responsabilidade pessoal ou escusa de consciência[26]. Com ou sem orientações superiores, o Advogado Público tem o dever imanente de esgotar os argumentos legítimos e favoráveis à defesa da entidade pública; e *iii*) a vedação de manifestação pública sobre assunto funcional indica que a atribuição genérica *de guardar sigilo dos assuntos da repartição*[27] pode ser excepcionada por autorização do seu dirigente máximo.

No mesmo sentido, suprindo a lacunosa lei orgânica federal, o Advogado-Geral da União complementou as atribuições funcionais dos Advogados Públicos Federais através da edição do Ato Regimental nº 08/2002, *in verbis*:

> Art. 1º. Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União – AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, nos termos e forma deste Ato Regimental.
>
> § 1º. No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente:
>
> I – a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

[25] Vide Constituição Federal, art. 133 c/c Lei nº 8.906/94, art. 3º, § 1º, que garantem a inviolabilidade funcional dos advogados públicos.

[26] Vide Constituição Federal, arts. 5º, VI, VIII, IX e XIII.

[27] Vide Lei nº 8.112/90, art. 116, VIII.

> II – o interesse público, neste considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
>
> II – as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal;
>
> III – os princípios éticos e morais inerentes aos agentes públicos;
>
> IV – as orientações dos seus superiores hierárquicos.
>
> § 2º Os servidores indicados no *caput* deverão comunicar aos respectivos superiores hierárquicos, às chefias dos Órgãos em que lotados, ou nos quais tenham exercício, aos respectivos Procuradores-Gerais e Consultor-Geral da União e ao Advogado-Geral da União, a ocorrência de caso ou situação que constitua ou possa constituir risco de dano ao patrimônio ou ao interesse públicos, sugerindo, se possível, providências de natureza administrativa, judicial ou legislativa que devam ou possam ser adotadas objetivando preservar, defender ou recuperar o bem ou o interesse públicos ameaçados ou ofendidos. [28]

Estas atribuições funcionais reconhecem a dignidade, autonomia e independência funcionais dos Advogados Públicos no Estado Democrático de Direito.

3.1.4. Das Atribuições Profissionais

No Estatuto Nacional da Advocacia[29], destacam-se as seguintes atribuições profissionais: *i*) a postulação a qualquer órgão jurisdicional, com exceção da impetração de *habeas corpus*; *ii*) as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas; e *iii*) a postulação de decisão favorável ao seu cliente, contribuindo no convencimento do julgador.

A advocacia é atividade-meio[30] à obtenção da decisão mais favorável ao tomador deste serviço profissional, que não gera responsabilidade pela inocorrência de êxito processual, ressalvadas as hipóteses de dolo, culpa grave ou inépcia profissional[31], pois o contrato de mandato é aleatório em função do risco a uma contra-prestação inexistente ou desproporcional:

> Sendo a advocacia uma *operação de meio e não de resultado*, segue-se que, na medida em que tenha o profissional sido diligente e atuado com empenho em prol do interesse por ele representado, terá se desincumbido de sua missão, *ad instar* do que se passa com o magistrado, que ao sentenciar o feito dá por

[28] VALENTE, Maria Jovita Wolney. AGU Normas; Caderno 2/compilação de Maria Jovita Wolney Valente. Brasília: AGU Secretária-Geral de Consultoria, 2006, p. XLIX, itens 2 e 3. Disponível em: http://www.agu.gov.br Acesso em 04 abr. 2006.

[29] Vide Lei nº 8.906/94, arts. 1º e 2º, § 2º.

[30] Código Civil, art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

[31] Vide Lei nº 8.906/94, arts. 32 e 34, IX e XXIV.

cumprido seu ofício (CPC, art. 463), ou do promotor de justiça, que ao final do processo criminal pede a condenação (ou propõe a absolvição) do acusado. Enfim, a nenhum operador do Direito pode ser exigido *mais* do que se encontra no *conteúdo ocupacional* de sua profissão; pretender que o advogado no setor público possa *avançar* em funções outras que lhe não concernem, próprias de outros operadores do Direito, é desconhecer noções básicas de nosso sistema jurídico-político.[32]

No exercício da representação judicial, o Advogado Público tem a atribuição profissional de promover o convencimento do órgão jurisdicional, contribuindo para a decisão mais favorável aos bens, interesses e valores da entidade pública, mas não é responsável pelas decisões judiciais, ressalvada a hipótese de desvio funcional.

3.2. Das Prerrogativas Funcionais

Além dos irrenunciáveis direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tais como dignidade, cidadania, presunção de inocência, acesso à justiça, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, o Advogado Público dispõe das prerrogativas de imunidade, autonomia e independência funcionais. Estas prerrogativas funcionais legitimam-se pela necessidade de preservação do próprio Estado Democrático de Direito, no qual todos se submetem ao império da legalidade para cumprimento da função social do poder.

3.2.1. Da Imunidade Funcional

A principal garantia do Advogado Público é a *inviolabilidade dos seus atos e manifestações*, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), especialmente no seu art. 3º, § 1º, todos *in verbis*:

> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.
>
> Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.
>
> § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias

[32] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do Setor Público: Riscos e Obstáculos no Limiar do Novo Milênio. Revista dos Tribunais. SP: RT, Ano 92, jan. 2003, v. 807, p. 27-55. Disponível em: http://www.oabsp.org.br Acesso em: 09 out. 2006.

> e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

O Advogado Público é inviolável por seus atos e manifestações funcionais, de forma semelhante à inviolabilidade civil e penal dos parlamentares por suas opiniões, palavras e votos, pois ambas se constituem em imunidade ou exclusão de jurisdição.[33]

O Supremo Tribunal Federal reconhece a imunidade do Advogado Público, no exercício da função, desde que os seus atos e manifestações não excedam à sua finalidade e, nesta hipótese, configurem crimes de difamação e desacato, *in verbis*:

> Advogado: Imunidade Judiciária: (CF art. 133; C. Penal, art. 142, I; EAOAB, art. 7º, § 2º): não compreensão do crime de calúnia. 1. O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que o advogado é "inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão", possibilitou fosse contida a eficácia desta imunidade judiciária aos "termos da lei". 2. Essa vinculação expressa aos "termos da lei" faz de todo ocioso, no [illegible], o reconhecimento pelo acórdão impugnado de que as expressões contra terceiro sejam conexas ao tema em discussão na causa, se elas configuram, em tese, o delito de calúnia: é que o art. 142, I, do C. Penal, ao dispor que "não constituem injúria ou difamação punível (...) a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador", criara causa de "exclusão do crime" apenas com relação aos delitos que menciona - injúria e difamação -, mas não quanto à calúnia, que omitira: a imunidade do advogado, por fim, não foi estendida à calúnia nem com a superveniência da L. 8.906/94, - o Estatuto da Advocacia e da OAB -, cujo art. 7º, § 2º, só lhe estendeu o âmbito material - além da injúria e da difamação, nele já compreendidos conforme o C. Penal -, ao desacato (tópico, contudo, em que teve a sua vigência suspensa pelo Tribunal na ADInMC 1127, 5.10.94, Brossard, RTJ 178/67).[34]

Esta imunidade funcional aplica-se aos atos e manifestações na promoção e na defesa do Estado Democrático de Direito, em processos judiciais e/ou administrativos, não abrangendo os interesses alheios e criminosos dos seus mandatários políticos (governantes) e administrativos (gestores) transitórios, conforme distinção jurisprudencial, *in verbis*:

> Recurso em *Habeas Corpus* - Dispensa de Licitação - Paciente que, na qualidade de Procuradora de Estado, responde Consulta que, em tese, indagava da possibilidade de Dispensa de Licitação - Denúncia com base no art. 89 da Lei 8.666/93 - Acusação Abusiva - Mero exercício de suas funções, que requer

[33] Vide Constituição Federal, art. 53.

[34] STF, 1ª Turma, HC nº 84.446/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pub. 25 fev. 2005, p. 29. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

independência técnica e profissional. 1. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite Parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do Estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. 2. Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente.[35]

Na revisão judicial do controle externo do Tribunal de Contas da União, consta relevante precedente no qual o Supremo Tribunal Federal excluiu a responsabilidade dos advogados de empresa pública (Petrobrás S.A.) pela emissão de parecer jurídico favorável à dispensa e inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

> Constitucional. Administrativo. Tribunal de Contas. Tomada de Contas: Advogado. Procurador: Parecer. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.[36]

Neste precedente, no qual os impetrantes foram representados pelo eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso, houve extensa análise dos aspectos da imunidade, autonomia e independência profissionais dos advogados em confronto com o entendimento do Tribunal de Contas da União, que pretendia a sua responsabilização solidária aos atos de gestão com base nos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade das despesas decorrentes.

No processo administrativo das licitações e contratos, verifica-se que a literalidade dos arts. 38, parágrafo único, e 89 da Lei nº 8.666/93 podem induzir ao entendimento equivocado de que os pareceres são *aprovados* pelos próprios pareceristas em substituição ou solidariedade aos gestores públicos, já que estes são os únicos ordenadores das despesas do erário, independentemente da dispensa ou inexigibilidade licitatórias, *in verbis*:

[35] STJ, RHC nº 7165/RO, DJ 22 jun. 98, p. 177. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[36] STF, Pleno, MS nº 24.073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso, pub. 31 out. 2003, p. 15. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

> 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.[37]
>
> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Impõe-se, portanto, a distinção entre as atribuições do Advogado Público, no controle da legalidade formal (pressupostos e condições legais) dos atos preparatórios (minutas), com as atribuições do gestor público, no exame da legalidade material (necessidade, oportunidade, conveniência, legitimidade, economicidade e eficiência) dos atos e contratos administrativos, que passam ao controle externo do Poder Legislativo, através do respectivo Tribunal de Contas.

3.2.2. Da Autonomia Funcional

A autonomia funcional é a capacidade de decisão, liberdade de atuação e/ou responsabilidade exclusiva no cumprimento das atribuições legais e/ou discricionárias, sem subordinação hierárquica ou interferências externas. Esta prerrogativa é própria dos agentes políticos e dos membros de Poder; está consagrada para os governantes, parlamentares, magistrados e membros do Ministério Público; e foi revitalizada para os membros da Advocacia Pública.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, a autonomia funcional do Advogado Público está ratificada no art. 2º do Ato Regimental nº 08/2002, *in verbis*:

> Art. 2º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União ficam investidos dos mesmos poderes e atribuições cometidos aos Órgãos da Instituição em que estiverem lotados ou em exercício, seja em atividades de representação judicial, extrajudicial ou de consultoria e assessoramento jurídicos conferidos aos integrantes do respectivo Órgão.
>
> § 1º O Advogado-Geral da União poderá determinar ou autorizar a servidores indicados no caput que, em casos e situações específicos, exerçam poderes e

[37] Alterada pela Lei nº 8.883/94.

atribuições cometidos a Órgãos da Advocacia-Geral da União diverso daqueles em que estejam lotados ou em exercício.

§ 2° Por delegação de competência do Advogado-Geral da União, o disposto no § 1° poderá ser determinado ou autorizado pelo Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Consultor-Geral da União.

Nos órgãos institucionais da Advocacia Pública, não há chefia propriamente dita, mas sim coordenação de membros autônomos, embora alguns assumam a função de gestor público para provimento dos meios necessários ao cumprimento de suas atribuições.

3.2.3. Da Independência Funcional

A independência funcional revela-se como o domínio da ciência jurídica, que se presume da graduação em Direito, da habilitação profissional perante a Ordem dos Advogados do Brasil e da aprovação em concurso público privativo de advogado, consumada pela investidura e estabilidade em cargo público efetivo.

Esta prerrogativa também decorre da imunidade constitucional do Advogado Público[38] e foi explicitada para o pleno exercício da advocacia sem qualquer desvio de finalidade por subordinação hierárquica, pressões políticas e/ou ingerências diversas.[39]

A independência funcional é, portanto, o domínio da técnica jurídica na promoção do interesse público e na defesa intransigente do erário através do pleno exercício das atribuições e competências legais e/ou discricionárias, com exclusiva submissão ao império da legalidade.

4. Dos Limites da Responsabilidade Funcional

O servidor público em geral responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. A responsabilidade civil decorre da atuação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarretem prejuízo ao erário[40] (direta) ou terceiros (indireta ou regressiva). A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções praticados em razão da função pública. A responsabilidade administrativa resulta da atuação ou omissão, com presunção de dano ao serviço público.[41]

[38] Vide Constituição Federal, art. 133 c/c Lei n° 8.906/94, art. 3°, § 1°.

[39] Vide Lei n° 8.906/94, arts. 2°, § 3°; 6°; 7°, I; 18; e 31.

[40] Vide Parecer AGU n° GQ-161/98, que prestigia a boa-fé do servidor no incidente de reposição de acréscimo remuneratório, decorrente de interpretação desfavorável posterior.

[41] Vide Lei n° 8.112/90, arts. 121 a 126.

Deve-se destacar, entretanto, que o Advogado Público só responde por dolo, culpa grave ou inépcia profissional (reiteração de erros)[42] na prerrogativa de agente político, exigindo-se que o resultado danoso de sua conduta seja imputável também à omissão estatal no dever de provimento dos meios necessários aos fins exigidos.

Na relação de causa e efeito, não se pode abstrair as deficiências institucionais nem o excesso de serviço, como causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade funcional, sem os quais o dano não teria ocorrido ou aumentado. Pela teoria da imputação objetiva, exclui-se a responsabilidade funcional pelo resultado danoso: *i*) se o risco de sua ocorrência estiver banalizado e aceito pelo ente público; *ii*) se for irrelevante para o erário; *iii*) se a sua ocorrência impediu dano superior ao erário; *iv*) se havia confiança no ente público pela previsão ou planejamento de sua inocorrência; *v*) se a conduta anterior for lícita; e *vi*) se o ente público assumiu o risco de dano a si próprio.[43]

Em essência, o Estado não erra (*The king can do not wrong*), embora o erário seja compelido a ressarcir danos causados. *i*) pelos atos e omissões dos seus dirigentes; *ii*) pela culpa do serviço (*faute du service*), quando este não funciona, funciona mau ou funciona atrasado; e/ou *iii*) pelo risco administrativo de sua atividade estatal.[44]

Não é exigível, portanto, que o Advogado Público: *i*) fantasie argumentos na defesa judicial do ente público, sob pena de multa por litigância de má-fé[45]; *ii*) retarde ou descumpra parcialmente ordens ou decisões judiciais como estratégias recursais de efeitos políticos, sob pena de multa e outras sanções civis, criminais e processuais[46]; *iii*) promova excesso na arrecadação de tributos e contribuições sociais[47]; e/ou *iv*) improvise soluções paliativas ou antecipe providências próprias dos gestores públicos, sob risco de censura dos órgãos de controle interno e externo.

Nos limites de sua competência, o Advogado Público deve: *i*) ser leal à sua instituição; *ii*) ser co-administrador da coisa pública; e *iii*) prevenir danos ao erá-

[42] Vide Lei n° 8.906/94, arts. 32 e 34, IX e XXIV.

[43] Galvão, Imputação Objetiva; López Díaz, Introducción a la Imputación Objetiva; Damásio, Imputação Objetiva; Alvarado, Imputación Objetiva; In: FÜHRER, Maximilianus. Resumo de Direito Penal. SP: Malheiros, 2006, 26 ed., p. 156-157.

[44] MELLO, Celso A. B. Curso de Direito Administrativo. 12 ed. SP: Malheiros, 1999, p. 783-788.

[45] Vide Código de Processo Civil, arts. 14, 17 e 18.

[46] Vide Código de Processo Civil, art. 14, parágrafo único; aplicável aos advogados públicos e particulares, conforme interpretação na ADI n° 2652 do STF (pendente de publicação).

[47] Vide Código Penal, art. 316, § 1°.

rio, sempre que possível, ou denunciar os riscos de sua ocorrência aos gestores públicos na presunção de providências tempestivas e eficazes.

Neste sentido, o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional tem alertado, historicamente, várias deficiências administrativas na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; já deflagrou mobilizações, paralisações e greves, inclusive a mais longa da advocacia pública, por melhoria das condições de trabalho, por carreira de apoio especializado, por atualização remuneratória, entre outras; tem expedido ofícios-reivindicatórios ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ao Ministro da Fazenda e ao Advogado-Geral da União; já enviou carta-denúncia ao Presidente da República; firmou representação ao Procurador-Geral da República, com extenso relato das deficiências administrativas, para propositura de Ação Civil Pública; e, recentemente, expediu ofício ao Tribunal de Contas da União, comunicando a representação ao Procurador-Geral da República, alertando descumprimento do Parecer TCU nº 122/03 (que recomendava saneamento das deficiências institucionais) pelo Governo Federal, e denunciando a situação de "sucateamento" e "penúria" da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.[48]

Nesta situação endêmica, a responsabilização funcional de Procurador da Fazenda Nacional por "má atuação", dissociada da crise institucional e do excesso de serviço, gera perplexidade no exercício da advocacia pública, conforme informativo jurisprudencial, *in verbis*:

> Remessa. Terceira Seção. Procurador. Fazenda Nacional. Quebra. Sigilo Telefônico e Bancário. A Turma decidiu remeter à Terceira Seção o recurso, por entender que compete a esta processar e julgar, nos termos do art. 9º, § 3º, inciso I, do RISTJ, a questão referente à quebra de sigilo telefônico e bancário requerida pelo Ministério Público Federal, para apuração de eventual ilícito praticado por procurador da Fazenda Nacional, sob o argumento de sua má atuação em diversas ações judiciais que não poderia ser considerada mera falta de atenção ou excesso de serviço.[49]

Ainda que cabível reparação civil por danos morais decorrentes de abuso da pretensão punitiva[50]; e mesmo que seja difícil a tipificação da desídia ou inépcia funcional, nas quais ocorra o benefício da dúvida[51]; o excesso de serviço e a falta

[48] SINPROFAZ. Destaques. http://www.sinprofaz.org.br Acesso em: 03 nov. 2006.

[49] STJ, 2ª Turma, REsp nº 503.681/ES, Min. Franciulli Netto, julgado em 10 ago. 2004. Informativo do STJ. Brasília: STJ, vol. 217, 9-13 ago. 2004. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 03 nov. 2006.

[50] STJ, REsp nº 303.806/RO, Diário da Justiça, 25 abr. 2005, p. 224. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 23 out. 2006.

[51] Vide Pareceres AGU nºs GQ 128/97, 148/98, 173/98 e 182/98 In: VALENTE, Maria Jovita Wolney. AGU Normas, Caderno 2/compilação de Maria Jovita Wolney Valente. Brasília: AGU Secretária-Geral de Consultoria, 2006, p. XLIX, itens 2 e 3. Disponível em: http://www.agu.gov.br Acesso em: 04 abr. 2006.

de limitação da responsabilidade individual geram ainda mais perplexidade e insegurança jurídica no exercício da advocacia pública, principalmente quando a demanda é modernizada (*Execução Fiscal* e *Defesa Virtual*[52]), mas a instituição e os seus membros permanecem, paradoxalmente, na obsolescência.

Na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, há notícia de fixação do limite de oitenta (80) processos mensais por procurador, cujo excesso será devolvido ou contingenciado na origem:

> Procuradores lutam por melhores condições de trabalho - Os Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul integrantes da Equipe Estatutária decidiram, em reunião realizada em 13 de setembro de 2006, diante do aumento desmesurado de demandas, superando em mais do que o dobro de processos fixados como média pela Corregedoria-Geral (cada qual tem feito, em média 160 petições por mês, quando a média fixada é de 80 por pessoa ao mês), que a ultrapassagem da distribuição, por pessoa, de 50 processos novos implicará a devolução semanal do lote de excedentes que se apresentarem ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado. O documento em que consubstanciada a decisão, elaborado pela Equipe, inaugura procedimento administrativo dirigido à Procuradora-Geral do Estado e foi lido, ainda, na sessão do Conselho Superior da PGE realizada em 28 de setembro de 2006 pelo membro eleito daquele Egrégio Colegiado Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo, pedida a transcrição em ata.[53]

É louvável a iniciativa da Advocacia Pública na esfera estadual e forçoso relembrar um dos objetivos da representação firmada pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional ao Procurador-Geral da República para que este compelisse a União à fixação de "um teto máximo de processos por Procurador, longe dos atuais mais de cinco mil processos (*vinte e cinco mil em alguns lugares, conforme constatou o TCU*) que cada Procurador da Fazenda Nacional tem, em média, cifra que fere o princípio da razoabilidade."[54]

Evidencia-se, portanto, que as deficiências institucionais e o excesso de serviço são causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade funcional dos Advogados Públicos, por exclusão do nexo causal, por culpa exclusiva ou concomitante do próprio ente público, por força maior e/ou por inexigibilidade de conduta diversa.

[52] Ministério da Fazenda. Nota Oficial. 17 out. 2006. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br Acesso em: 03 nov. 2006.

[53] Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Notícia. 29 set. 2006. http://www.ibap.org Acesso em: 03 nov. 2006.

[54] SINPROFAZ. Destaques. Representação ao MPF, XXI, 4. http://www.sinprofaz.org.br Acesso em: 03 nov. 2006.

5. Da Proposta de Consolidação das Prerrogativas

Em agravante às deficiências institucionais, as prerrogativas funcionais e institucionais dos Advogados Públicos ainda não estão devidamente consolidadas para preservação do núcleo intangível do exercício da advocacia pública na promoção e defesa do Estado Democrático de Direito.

Como rara exceção, o legislador constituinte derivado positivou a mais completa consolidação das prerrogativas funcionais dos Advogados Públicos no art. 136 da Constituição do Estado da Paraíba, *in verbis*[55]:

> Art. 136. São assegurados ao Procurador do Estado:
>
> I - estabilidade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial irrecorrível;
>
> II - irredutibilidade de vencimentos e proventos, inclusive se em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 37, XI, 93, V, 150, II, 153, III, e 153, § 2°, I, da Constituição Federal;
>
> III - inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da função;
>
> IV - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão em escrutínio secreto de no mínimo dois terços dos membros efetivos do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, assegurado o direito de ampla defesa;
>
> V – *aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez, e facultativa, após trinta anos de serviço, com proventos integrais em qualquer dos casos;*[56]
>
> VI – vencimentos fixados com diferença não excedente a dez por cento entre uma classe e a subsequente, *atribuindo-se à classe de grau mais elevado remuneração não inferior à do Procurador-Geral do Estado;*[57]
>
> VII – *remuneração correspondente a vencimento, adicionais, vantagens pecuniárias e estatutárias, em níveis não inferiores aos de quaisquer das carreiras referidas nos arts. 93, 127 e seguintes, e 135 da Constituição Federal, observada a devida correspondência entre as classes e as entrâncias;*[58]

[55] Senado Federal. Informação Legislativa. Disponível em: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[56] Inciso suspenso na ADI n° 572-3, conforme nota de atualização do Procurador Francisco Carneiro à Constituição do Estado da Paraíba In: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[57] Parte do inciso suspensa na ADI n° 955-9, conforme nota de atualização do Procurador Francisco Carneiro à Constituição do Estado da Paraíba In: http://www.Interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[58] Inciso declarado inconstitucional na ADI n° 465-4, conforme nota de atualização do Procurador Francisco Carneiro à Constituição do Estado da Paraíba In: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

> VIII - independência no exercício das funções;
>
> IX - férias anuais de sessenta dias, facultado o gozo em períodos descontínuos;
>
> X - prerrogativas inerentes à advocacia, podendo requisitar de qualquer órgão da administração estadual informações, subsídios, diligências e esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições;
>
> XI - receber intimação pessoal em qualquer processo ou grau de jurisdição;
>
> XII – ser processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal de Justiça do Estado, nos crimes comuns ou de responsabilidade;[59]
>
> XIII - o encargo privativo de presidir as comissões permanentes ou especiais de inquérito, na forma prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Paraíba;
>
> XIV - os direitos e deveres inerentes aos servidores públicos civis.
>
> § 1° Os reajustamentos na remuneração dos Procuradores do Estado, em atividade ou aposentados, far-se-ão na mesma época e com os mesmos índices atribuídos aos membros da Magistratura e do Ministério Público.

Além da proposta de consolidação nacional destas prerrogativas e de várias outras reivindicações sindicais, dentre as quais se destacam a necessidade de atualização remuneratória, de limitação da carga de trabalho individual, de fortalecimento institucional e do recebimento de honorários de êxito, o Advogado Público também deveria dispor de assistência judiciária ampla e gratuita na defesa dos limites de sua responsabilidade pessoal decorrente do exercício da advocacia pública.

No Estatuto da Advocacia, o Advogado Público pode agir e defender-se em causa própria, desde que não seja contra a Fazenda Pública que o remunere.[60] Na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, entretanto, os seus membros estão proibidos de "exercer advocacia fora das atribuições institucionais"[61]; e, ainda, são obrigados a representar judicialmente os titulares: *i*) dos Poderes da República; *ii*) de órgãos da Administração Pública direta; e *iii*) de cargos comissionados (DAS) das autarquias e fundações públicas.[62]

[59] Inciso impugnado na ADI n° 541-3, com medida cautelar indeferida; entretanto, no Habeas Corpus n° 78.168-7/PB, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a sua inconstitucionalidade perante o art. 5°, XXXVIII, d, da Constituição Federal; conforme nota de atualização do Procurador Francisco Carneiro à Constituição do Estado da Paraíba In: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

[60] Vide Lei n° 8.906/94, arts. 27 c/c 30, I.

[61] Vide Lei Complementar n° 73/93, art. 28, I.

[62] Vide Lei n° 9.028/95, art. 22.

A União Federal presta "assistência judicial" somente aos auditores e ocupantes de cargos comissionados (DAS) da Secretaria da Receita Federal, através de ressarcimento das despesas relativas a serviços advocatícios à conta do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (FUNDAF), também extensível a titulares de outros órgãos da Administração Pública Federal, desde que ocorra "interesse relevante".[63] Este fundo é o mesmo que deveria ser aplicado a favor da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e dos seus membros, mas está sendo reiteradamente contingenciado, por isso também foi objeto da representação firmada pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional ao Procurador-Geral da República.[64]

Na Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, os Advogados Públicos Federais dispõem de assistência judiciária gratuita somente nos processos administrativos disciplinares para defesa dos limites de sua responsabilidade pessoal[65], enquanto os devedores do erário (citados por edital e revéis) são amplamente defendidos pelos membros da Defensoria Pública da União.[66]

É necessária a reivindicação de assistência judiciária ampla e gratuita, para defesa dos limites da responsabilidade funcional, pois os Advogados Públicos: *i*) têm o erário como cliente exclusivo; *ii*) são proibidos de advogar para terceiros[67], inclusive em causa própria; *iii*) são obrigados a pagar a anuidade da OAB, sem qualquer subvenção pública; e *iv*) são obrigados a custear serviços de advocacia particular para a sua ampla defesa pessoal, decorrente do exercício regular e/ou irregular de suas atribuições - contra expedientes diversos dos grandes devedores, das organizações criminosas e dos corruptos em geral que se locupletam do erário, bem como contra as deficiências institucionais e excesso de serviço.

Reivindica-se, portanto, que os Advogados Públicos possam defender os limites da sua responsabilidade pessoal através de: *i*) assistência judiciária integral e gratuita; *ii*) isenção ou subvenção da anuidade da OAB; *iii*) subvenção das despesas judiciais e honorários advocatícios; e/ou *iii*) advocacia em causa própria pela derrogação da vedação funcional ou sua interpretação compatível com o Estatuto da Advocacia.

[63] Vide Lei nº 9.003/95, art. 6º e Decreto nº 2.752/98. Entretanto, as contratações de serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública, ainda que contenham advogados públicos, submete-se às normas licitatórias (Pareceres AGU nºs GQ 77 e 78/95).

[64] SINPROFAZ. Destaques. Representação ao MPF. http://www.sinprofaz.org.br Acesso em: 03 nov. 2006.

[65] Lei Complementar nº 80/94, art. 18. Aos Defensores Públicos da União incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente: (...) VII - defender os acusados em processo disciplinar.

[66] Vide Lei Complementar nº 80/94, art. 4º, VI e § 2º c/c Código de Processo Civil, art. 9º.

[67] Excepcionalmente, alguns advogados públicos estaduais têm esta opção como aumento remuneratório.

A teoria do risco administrativo também se aplica ao exercício da advocacia pública, que também deve ser protegida pelo Estado Democrático de Direito, pois é inconcebível que o Advogado Público seja obrigado a garantir o próprio exercício funcional, pagando para trabalhar (anuidades, qualificação profissional e eventuais despesas e honorários advocatícios) em benefício desproporcional do erário.

6. Conclusão

O sistema constitucional revela que a Advocacia Pública foi reinventada para promoção e defesa do Estado Democrático de Direito, porém ainda não foi dotada de plena autonomia administrativa, orçamentária e financeira, cujas deficiências prejudicam as atividades finalísticas dos seus membros.

No Estado Democrático de Direito, o Advogado Público dispõe de imunidade, autonomia e independência funcionais, que se legitimam pela necessidade de sua auto-preservação, com exclusiva submissão ao império da legalidade, mas, paradoxalmente, ainda não foi investido de remuneração, prerrogativas e instituições condignas.

No exercício da representação judicial, o Advogado Público tem o dever imanente de esgotar os argumentos legítimos e favoráveis à defesa dos bens, interesses e valores da entidade pública, ainda que contrários à sua convicção pessoal, por força do princípio da indisponibilidade do interesse público.

No exercício da consultoria e assessoramento jurídicos, o Advogado Público deve conduzir a Administração Pública ao cumprimento das normas, princípios e valores jurídicos, conforme sua isenção técnico-jurídica, ainda que contrária ao entendimento dos consulentes, em função do princípio da estrita legalidade dos atos administrativos. É imperiosa a distinção dos pareceres (atos opinativos) com os atos e contratos (decisórios) dos gestores públicos, pois somente estes são ordenadores das despesas do erário.

Na estagnação evolutiva das instituições da Advocacia Pública, os seus membros permanecem expostos à tradicional carência de recursos humanos, administrativos, orçamentários e financeiros, que impedem e/ou dificultam a concretização das metas de eficiência e eficácia de suas atribuições, principalmente diante do aumento progressivo e descontrolado da carga de trabalho.

A carência ou insuficiência dos recursos necessários à consecução dos fins institucionais e programáticos da Advocacia Pública são causas excludentes ou atenuantes da responsabilidade pessoal dos seus membros, por exclusão do nexo causal, por culpa exclusiva ou concomitante do próprio ente público, por força maior e/ou por inexigibilidade de conduta diversa.

Os limites da responsabilidade funcional dos Advogados Públicos constituem-se das imunidades material e formal dos seus atos e manifestações; estão difundidos nas normas constitucionais e infra-constitucionais do Poder Legislativo; e, portanto, devem ser garantidos pelos demais Poderes da República.

Em suma, todas as prerrogativas funcionais e institucionais, decorrentes das normas, princípios e valores jurídico-sociais, devem ser reivindicadas e preservadas para promoção e defesa do próprio Estado Democrático de Direito, sob risco de progressiva crise constitucional de efetividade.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federal do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br Acesso em: 04 jun. 2006.

BRASIL. Senado Federal. Informação Legislativa. Disponível em: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Nota Oficial. 17 out. 2006. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br Acesso em: 03 nov. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 401390/PR. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 200, 25 nov. 2002. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* nº 7165/RO. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 177, 22 jun. 1998. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 21 out. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 503.681/ES, Min. Franciulli Netto, julgado em 10 ago. 2004. *Informativo do STJ*. Brasília: STJ, vol. 217, 9-13 ago. 2004. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 03 nov. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 303.806/RO, *Diário da Justiça*, 25 abr. 2005, p. 224. Disponível em: http://www.stj.gov.br Acesso em: 23 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de Segurança nº 24.073/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 15, 31 out. 2003. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 25 abr. 1997. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.446/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 29, 25 fev. 2005. Disponível em: http://www.stf.gov.br Acesso em: 22 out. 2006.

CAMPOS, Francisco. Parecer ao Ministério Público de São Paulo (sem referência) *apud* SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

ESTADO DA PARAÍBA. Constituição do Estado da Paraíba (1989). Paraíba: Assembléia, 1989. Disponível em: http://www.interlegis.gov.br Acesso em: 20 out. 2006.

IBAP. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Notícia Procuradores lutam por melhores condições de trabalho. 29 set. 2006. http://www.ibap.org Acesso em: 03 nov. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do Setor Público: Riscos e Obstáculos no Limiar do Novo Milênio. *Revista dos Tribunais*. SP: RT, Ano 92, jan. 2003, v. 807, p. 27-55. Disponível em: http://www.oabsp.org.br Acesso em: 09 out. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. SP: RT, 1990.

MELLO, Celso A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. SP: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública Realidade e Perspectiva para o Milênio. Palestra. *In*: III Congresso de Advocacia Pública. BA: IBAP, jun. 1999. p. 1284-1294. Disponível em: http://www.ibap.org Acesso em: 09 out. 2006.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

SINPROFAZ. Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional. Destaques. http://www.sinprofaz.org.br Acesso em: 03 nov. 2006.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. *AGU Normas; Caderno 2/compilação de Maria Jovita Wolney Valente*. Brasília: AGU Secretária-Geral de Consultoria (Atualizado até 22 mar. 2006). Disponível em: http://www.agu.gov.br Acesso em: 04 abr. 2006.

UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA SOBRE A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Carlos Eduardo de Freitas Fazoli
Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos.
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil.
Procurador da Fazenda Nacional

Sumário: 1. Introdução – 2. O Brasil como Estado Social Democrático de Direito – 3. Uma crítica à realidade atual – 4. A necessidade de uma abordagem constitucional – 5. A hermenêutica e a interpretação – 6. Os limites à nova hermenêutica; 6.1. Os princípios constitucionais; 6.2. Fundamentos normativos e possibilidade de generalização; 6.3. A necessidade de o Poder Judiciário romper limites – 7. Conclusões finais.

1. Introdução

O Direito brasileiro está (ou continua) em crise. Não houve uma mudança comportamental diante da "nova"[1] Constituição de 1988, bem como diante do moderno constitucionalismo que permeia o primeiro mundo.

Observamos os velhos problemas de sempre: os tribunais "abarrotados", a prevalência das normas infraconstitucionais sobre as da Constituição, a utilização (apenas) das tradicionais técnicas de interpretação, o isolamento do Direito em face da realidade e, sobretudo, o "baixo constitucionalismo".

Parece que o jurista, de posse de um código e de algumas regras de interpretação, é capaz, até mesmo em abstrato, de solucionar qualquer problema, por mais difícil que possa parecer. Nosso apego ao positivismo exacerbado ainda é constante. Afinal, como a história nos ensina, um intérprete "mecânico" é muito conveniente à classe dominante que quer se manter no poder. Basta que uma norma esteja positivada. Qualquer verificação com a realidade social parece ser desnecessária. Essa mesma história explica o sucesso do positivismo, como acrescenta Agostinho Ramalho Marques Neto:

[1] Recentemente, em 05 de outubro de 2006, a Constituição da República Federativa do Brasil completou dezoito anos sem que a data causasse qualquer repercussão de vulto.

"[...] qual o Estado autoritário que não acolheria de bom grado uma doutrina que desvincula da ciência do Direito qualquer indagação acerca da *validade social* da norma jurídica, e que reduz, desse modo, o papel do jurista quando muito ao de um mero intérprete da legislação vigente, simplesmente aceita como um dogma e jamais questionada?"[2]

Não podemos nos esquecer jamais que o Direito regula as relações sociais e é inerente à vida social. Não há como separarmos direito, sociedade, política e valores. Toda a ciência jurídica (incluindo, por óbvio, a hermenêutica) está repleta de realidade, de questões fáticas. O jurista não está imune à sua realidade social, à sua história de vida.

Rubem Alves, com o brilho de sempre, aduz que "a tendência da especialização é conhecer cada vez mais de cada vez menos"[3]. Ora, num mundo globalizado, onde se busca cada vez mais a especialização, não podemos nos apartar do sistema jurídico como um todo, da realidade social e da filosofia. Não devemos nos acomodar com a mera reprodução de um Direito mecânico e padronizado.

2. O Brasil como Estado Democrático Social de Direito

A Constituição de 1988 traz em seu art. 1° que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[4]. Por sua vez, o art. 3° aponta que a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais constituem objetivos fundamentais da República[5]. O Brasil tem, ainda, como princípio de suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos[6]. Não fosse bastante, o texto da Carta está repleto de outros dispositivos que demonstram o caráter nitidamente social estabelecido para o Brasil[7].

[2] *A ciência do Direito: conceito objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 168-169 (grifo no original).

[3] *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 12.

[4] CF – art. 1°: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]".

[5] CF – art. 3°: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; [...]".

[6] CF – art. 4°: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos; [...]".

[7] Cite-se, entre outros, o Capítulo II do Título II (Dos direitos sociais) e o Título VIII (Da ordem social).

Toda essa gama de normas que direciona a atividade pública (*lato sensu*) no caminho das garantias sociais autoriza a conclusão de que a República Federativa do Brasil constitui-se, na realidade, em um Estado Democrático Social de Direito[8].

No mesmo sentido, Andreas Joachim Krell proclama que:

> "As condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no século XXI não exigem uma exaltação de teorias liberalistas e internacionalistas, mas um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao Estado Social, preconizado pela Carta de 1988, com todas as suas conseqüências."[9]

Walter Claudius Rothenburg, por seu turno, enfatiza que:

> "O procedimento democrático e juridicamente disciplinado ofereceria, paradoxalmente, as condições de legitimação da própria *instauração* do ordenamento jurídico (autopoiese), bem como as condições de legitimação da *atuação* desse mesmo ordenamento instaurado."[10]

Complementando o raciocínio, podemos dizer que a Constituição Federal está no ápice da pirâmide normativa, consoante a tradicional doutrina de Hans Kelsen[11]. Esta assertiva, por não gerar qualquer discussão maior, dispensa outras considerações.

Assim, todo o arcabouço jurídico brasileiro deve (ou deveria) estar em perfeita consonância com o Texto maior, quer sob o ponto de vista procedimental, quer material. Toda e qualquer interpretação que se pretenda fazer deve estar em perfeita sintonia com a Constituição Federal. Sem exceção, a "filtragem constitucional", no dizer de Lênio Luiz Streck[12], deve ser realizada na busca do bem-estar social.

Nesse contexto, o Poder Judiciário precisa assumir de fato sua relevante função constitucional, uma vez que o constituinte originário apontou, não para

[8] Sobre o Brasil como Estado Democrático Social de Direito, veja-se: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

[9] *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 70.

[10] *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158-159 (grifos no original).

[11] Cf. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Embora façamos referência à Teoria de Kelsen, temos, com o devido respeito, algumas restrições à aplicação pura e simples de sua doutrina, bem como ao positivismo exacerbado, o que ficará claro ao longo deste trabalho.

[12] Cf. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

um Estado liberal, mas sim para um Estado que faça justiça social[13]. Afinal, "o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é distinto daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais"[14].

3. Uma Crítica à Realidade Social

A Constituição já sofreu cinqüenta e oito emendas[15] em seus dezoito anos. Muito daquilo que o constituinte originário estabeleceu já foi alterado. Na praxe forense, parece ser difícil aceitar que a Constituição deve nortear a aplicação de todo o arcabouço jurídico, bem como direcionar (ou dirigir) a atuação do respectivo governo.

Mesmo assim, em pleno século XXI, onde os direitos fundamentais devem prevalecer sobre todos os aspectos, onde os direitos coletivos (sentido amplo) devem ser colocados acima dos direitos individuais, é imperioso que os juristas tenham uma nova atitude no desempenho do seu mister.

> "O paradigma (modelo/modo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista *está esgotado*. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos."[16]

O velho direito, baseado no individualismo, afastado das conseqüências sociais que gera e calcado nos tradicionais métodos da não menos "velha" hermenêutica ainda sobrevive. O próprio positivismo[17], que proíbe qualquer questionamento sobre valores e/ou sobre conseqüências geradas na realidade, ainda prospera majoritário.

O Direito brasileiro não despertou, a exemplo do Direito do velho continente, para a nova realidade. "Essa crise ocorreu porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu, e o novo modelo

[13] Infelizmente, não é o que temos observado na realidade brasileira. São inúmeras as violações constitucionais, inclusive com a chancela do Poder Judiciário, as quais afastam o Brasil da sua missão socialmente determinada pelo constituinte originário.

[14] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

[15] A Constituição de 1988 recebeu cinqüenta e duas emendas "ordinárias" e seis emendas de revisão até a presente data.

[16] STRECK, *op. cit.*, p. 2 (grifo no original).

[17] "Na verdade, os positivistas alienaram-se acriticamente, perante os problemas reais da vida jurídica e social, da origem das normas e de seus efeitos de dominação, dedicando-se ao passatempo que parece dar certo rigor científico aos exercícios conformistas, de serviço prestado à vontade do legislador." (LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002. p. 112.)

(forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda"[18]. Mas não é só. Parece que "há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição e do constitucionalismo"[19].

Basta olharmos a grade curricular da imensa maioria das faculdades de Direito brasileiras. Há um abismo entre a carga horária destinada ao direito constitucional (e aos sociais, por conseqüência) e a destina ao direito privado. Ademais, impõe-se o culto a verdadeiros dogmas de tal sorte que os juristas não são preparados para o questionamento, para os próprios juízos de valor.

Partindo para o campo da hermenêutica, a velha subsunção do fato à norma ainda é absoluta, como se não existissem vetores constitucionais (a condicionar a interpretação) ou não houvesse qualquer resultado social. O pensamento meramente cartesiano da subsunção ainda é a regra. A mera reprodução de súmulas e verbetes é rotina. "Desse modo, a dogmática jurídica, enquanto reprodutora de uma cultura estandardizada, torna-se refém de um pensamento metafísico, esquecendo-se de um dos teoremas fundamentais da hermenêutica, que é a diferença ontológica"[20].

Ademais, "uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativas fica, sobremodo, debilitada no universo da viragem lingüística"[21]. O tradicional pensamento metafísico que cuida da ciência jurídica apartada da realidade parece não ter incorporado os avanços da linguagem e do conhecimento mais recentes. "Com efeito, os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito em nossa sociedade"[22].

> "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade"[23]. Como já foi dito, ela está intrinsecamente ligada à realidade social. Não é possível pensarmos o texto, a norma, o sujeito, o fato e a conseqüência, como se fossem coisas distintas e estanques. Todavia "o pensamento dogmático do Direito não conseguiu escapar ainda do elemento central da tradição kantiana: o dualismo"[24].

[18] STRECK, *op. cit.*, p. 2.

[19] Idem, ibidem, p. 78.

[20] Idem, ibidem, p. 18.

[21] Idem. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: quinze anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 131.

[22] Idem, ibidem, *loc. cit.*

[23] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 14.

[24] STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 32.

Konrad Hesse, argutamente, observa que:

> "[...] o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no "positivismo sociológico" de Carl Schmitt."[25]

Por outro lado, ainda sob a ótica positivista, é impressionante o "poder" e o prestígio que os textos infraconstitucionais possuem no Brasil. "Há um certo fascínio pelo Direito infraconstitucional, a ponto de se 'adaptar' a Constituição às leis ordinárias"[26].

Diante da moderna ciência jurídica aparece uma verdadeira "subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Lei maior opere seus efeitos"[27].

Não é raro encontrarmos decisões fundadas em portarias, instruções normativas ou ordens de serviços que afrontam nossa Constituição. "Na prática – e isso não é difícil de constatar – em que pese as várias constituições que tivemos, sempre prevaleceram os Códigos (Civil, Comercial, Penal, etc.)"[28].

Hoje, não há uma verdadeira compreensão do texto constitucional[29], quer sob a questão hierárquica e procedimental, quer sob o aspecto material. Estamos em plena crise de valores. Quais bens jurídicos possuem peso maior? Quais objetos jurídicos possuem maior proteção jurídica? Quais condutas são penalizadas com maior rigidez? Basta uma breve passada de olhos sobre os nossos códigos e verificarmos que a proteção aos direitos reais e pessoais ainda têm grande fôlego, muitos crimes contra o patrimônio[30] são apenados com maior intensidade quando comparados a outros que afetam a própria integridade física do homem etc.

Não podemos esquecer que o formalismo ainda amarra nosso Direito. A cada "reforma" legislativa, constatamos que "há uma busca desenfreada por instrumentos que engessam o processo interpretativo, reforçando o poder dos Tribunais Superiores"[31]. Na busca sempre freqüente pela redução do número de causas que chegam aos tribunais, simples verbetes ganham uma força maior do que a do próprio texto constitucional.

[25] *Op. cit.*, p. 13.

[26] STRECK, *op. cit.*, p. 17.

[27] BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 166.

[28] STRECK, Quinze anos da Constituição - análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: quinze anos da Constituição brasileira de 1988*, p 147.

[29] Cf. Idem, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 44.

[30] Particularmente, entendemos que o direito à propriedade é muito importante. Todavia, ele não pode ser lançado a um patamar superior à vida e à dignidade humana, por exemplo.

O Direito é formal por excelência. Contudo, a forma e a apego exacerbado ao procedimento não podem se sobrepor à essência do núcleo material, sobretudo quando falamos em direitos fundamentais.

Estamos com Andreas J. Krell quando sustenta que:

> "Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos Fundamentais no Brasil seja a atitude ultrapassada de grande parte dos juristas para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no *formalismo* jurídico que tem dominado gerações de operadores do Direito, especialmente durante o tempo autoritário. A concepção 'formalista' da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir."[32]

Neste momento, torna-se imperiosa uma cruzada em favor da Constituição e da sua efetividade, a começar pela sua eficácia interpretativa que deve permear o trabalho exegético do jurista. É preciso ter, sempre, uma visão crítica voltada para o Texto maior. "A ciência não progride quando os modelos são confirmados pela investigação, mas quando certas anomalias forçam os cientistas a questioná-los"[33]. E queremos ver a ciência do Direito desenvolver-se sempre.

Neste ponto, trazemos a lição de Lênio Luiz Streck que, com pena de mestre, resume o problema enfrentado:

> "*Estou convencido que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição* (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, *que se constitui, em outro nível, na crise de modelos do direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito*, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, *olhamos o novo com os*

[31] STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 8-9.

[32] *Op. cit.*, p. 71-72.

[33] ALVES, *op. cit.*, p. 72.

olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Mais do que isto, a própria crise não foi tornada visível 'como' crise; o velho não foi compreendido 'como' (*als*) velho. A tradição inautêntica cega, obnubilando as possibilidades da manifestação do novo "como" (*als*) novo."[34]

E continua o insigne jurista:

"Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivesse efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não-existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela coexistência promíscua de um ordenamento infraconstitucional *não filtrado constitucionalmente*; o não-estabelecimento de um tribunal constitucional *ad hoc*; o processo de globalização das políticas neoliberais, são fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de 'realização das promessas da modernidade'."[35]

Afinal, não podemos conviver com uma "*uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente (só)nega a aplicação de tais direitos*"[36].

4. A Necessidade de uma nova Abordagem Constitucional

Por tudo que já foi dito, vislumbramos a necessidade iminente de um novo olhar para a nossa Constituição, começando pela hermenêutica constitucional e suas conseqüências.

Com efeito, as normas jurídicas não possuem um sentido único e inalterável ao longo do tempo e perante diversos fatos concretos, mormente quando falamos em princípios constitucionais. Tendo em vista o seu conteúdo aberto e a inexistência de hierarquia entre eles, há inúmeras possibilidades interpretativas, sobretudo quando mais de uma norma[37] se aplica ao fato concreto. Citamos o já

[34] *Op. cit.*, p. 218-219 (grifos no original).

[35] Idem, ibidem, p. 3 (grifos no original).

[36] Idem, ibidem, p. 15 (grifo no original).

[37] Entendemos que norma constitucional é o gênero do qual princípios e regras são espécies, na esteira da doutrina de Robert Alexy.

tradicional exemplo onde se chocam a liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Qual deve prevalecer?[38]

"Tomando como certo que a constituição não se apresenta como sistema fechado ou 'auto-referencial', e que necessita de influxos externos para justificar-se, conclui-se que a legitimação buscada nos ou reforçada pelos procedimentos adotados não tende a produzir suas próprias e exclusivas justificativas, senão que garantir uma 'ordem permeável' de acesso a valores constitucionais (justificação material)."[39]

Em hipóteses deste jaez, onde estamos diante de verdadeiros *hard cases*, a mera subsunção do fato à norma não é suficiente. Há a necessidade da análise de todas as normas incidentes sobre o caso concreto para, utilizando-se da ponderação de valores, se decidir fundamentadamente sobre a melhor solução. Mesmo "que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma direção apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas"[40].

Nesse diapasão, observamos que "a norma, na sua dicção abstrata, já não desfruta da onipotência de outros tempos"[41], uma vez que é insuficiente para a aplicação do Direito moderno. Contudo, na seara hermenêutica tal assertiva "não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o *subsuntivo*, fundado na aplicação de *regras* – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico"[42]. Trata-se, tão somente, de buscarmos uma interpretação mais atualizada à realidade jurídica e social.

Devemos visar, portanto, a uma interpretação que esteja em harmonia com a máxima efetividade da Constituição, uma vez que "a dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade"[43]. Na seqüência, temos a doutrina de Konrad Hesse:

"A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklinchung der Norm*).

[38] A resposta somente poderá ser buscada diante de um caso concreto através da ponderação de valores, consoante se verifica ao longo deste trabalho.

[39] ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 161.

[40] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Forense, 2002. p. 131.

[41] BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 5, p. 293-349, jan. - jun. 2004. p. 299.

[42] Idem, ibidem, p. 298 (grifos no original).

[43] HESSE, *op. cit.*, p. 23

Evidentemente este princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual."[44]

Corroborando essa tese, trazemos o ensinamento sempre brilhante de Lênio Luiz Streck:

"Nessa linha, levando em conta as conseqüências do giro ontológico-hermenêutico, torna-se necessário ultrapassar as teses sobre hermenêutica jurídica ainda predominantes na doutrina e na jurisprudência brasileiras, pelas quais interpretar significaria revelar o unívoco sentido da norma, ou que interpretar seria extrair da norma tudo o que nela contém, concepções essas (ainda) caudatárias dos modelos metafísicos de compreensão do mundo."[45]

E continua o ilustre doutrinador mostrando outros problemas da utilização dos métodos hermenêuticos tradicionais:

"No mais das vezes, *os autores que detêm a fala autorizada, e que, portanto, produzem a doutrina, inegavelmente fazem política jurídica encoberta, uma vez que apresentam como 'meras descrições' do direito positivo suas interpretações pessoais baseadas em valorações*. Tais interpretações, sem que fique especificado o 'lugar do qual fala o doutrinador', logo serão usadas por advogados, juízes e promotores como argumentos retóricos em favor da solução jurídica para o caso em que atuam."[46]

Sob outro aspecto, é preciso deixar claro que "nem toda concretização constitucional deve, pois, pretender ser fundamentada apenas no princípio majoritário. Há outros modos de expressão da legitimidade democrática e a jurisdição constitucional é um deles"[47].

A Constituição foi elaborada com lastro no poder constituinte originário. Esse representa a maioria preparada da população e estabeleceu parâmetros no (próprio) Texto, para proteger a (própria) Carta e o Estado brasileiro de eventuais maiorias ocasionais e despreparadas. Assim, há mecanismos constitucionais que protegem a Constituição de, por exemplo, uma emenda constitucional realizada pelo Poder Legislativo (que representa a citada maioria eventual), mas que ofenda um valor maior contido na Lei magna. Essa emenda tem lastro no princípio majoritário (ainda que eventual), mas pode (e deve) ser afastada por inconstitucionalidade

[44] Idem, ibidem, p. 22.

[45] As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p 134.

[46] *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 35 (grifo no original).

[47] ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 132.

pelo Poder Judiciário (que não é composto através do princípio majoritário). "Há, assim, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria, *o que significa entender a Constituição como um remédio contra maiorias*"[48].

Por este viés, a jurisdição constitucional assume relevante função em um Estado Democrático Social de Direito, já que através de suas interpretações e conseqüentes decisões deve garantir os valores máximos trazidos pelo constituinte originário. Nesse rumo, temos que:

"A ordem jurídica brasileira como um todo, tendo a Constituição de 1988 como centro, não é um sistema axiologicamente neutro. Ao contrário, se podem existir variadas concepções sobre o direito, o constituinte originário expressou sua opção por uma delas na forma dos princípios fundamentais que escolheu, o que, por evidente, tem repercussão na interpretação das normas jurídicas."[49]

Uma verdadeira jurisdição constitucional, fundada em uma interpretação direcionada para os valores constitucionais, seus procedimentos e princípios, conduzirá à máxima efetividade da Constituição material[50].

Dito de outra forma, o núcleo material da Constituição dependerá de como o jurista operar hermeneuticamente essa mesma Constituição. "Portanto, o significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional"[51].

Finalmente, precisamos deixar claro que a jurisdição constitucional brasileira (doutrina e jurisprudência), ainda que não na velocidade que gostaríamos, "encontra-se numa fase de transição entre um tratamento lógico-formal das normas sobre Direitos Fundamentais e a aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa"[52]. Porém, ainda é muito pouco. A velocidade dessa transição precisa ser incrementada.

[48] STRECK, Quinze anos da Constituição - análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: quinze anos da Constituição brasileira de 1988*, p 156 (grifo no original).

[49] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 146.

[50] "Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais, com a Constituição. Trata-se sim, *de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade*, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito." (STRECK, *op. cit.*, p 155.).

[51] STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*, p. 14.

[52] KRELL, *op. cit.*, p. 107.

5. A Hermenêutica e a Interpretação

Iniciando este tópico, trazemos a definição de hermenêutica proposta por Rogério Gesta Leal:

> "Tornou-se lugar comum no âmbito da teoria do conhecimento afirmar-se que a hermenêutica pode ser definida, em linhas gerais, como teoria ou filosofia da interpretação do sentido. Significa dizer que há um reconhecimento de que as expressões humanas contêm componentes significativos que tem de ser conhecidos como tais pelos sujeitos sociais e transportados para os seus próprios sistemas de valores e significados. Como lembra Bleicher, trata-se de saber como é possível e de que forma se constitui este processo de percepção, e como se tornam objetivas as descrições de sentido subjetivamente intencionais, eis que passam sempre pela subjetividade dos intérpretes."[53]

Neste "novo" cenário do constitucionalismo moderno e das necessidades jurídico-sociais que recaem sobre a sociedade atual, não podemos nos distanciar daquilo que a doutrina chama de "nova interpretação constitucional"[54]. A solução de um problema deverá se dar da forma mais justa possível e em perfeita harmonia com a Constituição.

Princípios, ponderação de valores e teorias da argumentação[55] devem ser utilizadas nessa empreitada, sempre os aplicando sob a ótica constitucional. "Enquanto matriz privilegiada de sentido do ordenamento, que une o político e o jurídico, a Constituição é o espaço (enquanto 'como se') onde se 'fundamenta' o sentido jurídico"[56]. Chegamos a um ponto onde o político e o jurídico estão intimamente ligados. Em determinados casos, onde um Poder constituído deixa de cumprir o seu mister constitucional, o Judiciário deverá intervir (ainda que) em questões políticas (conveniência e oportunidade). A independência dos poderes e a discricionariedade (política) não podem servir de fundo para justificar a inefetividade dos direitos fundamentais.

Importante é não se esquecer que o intérprete está sempre inserido num mundo real, influenciado por toda a sua história de vida e por todo o conhecimento apre(e)ndido ao longo do tempo. Não poderá jamais analisar as questões sob uma perspectiva abstrata, desligada do mundo fático.

[53] *Op. cit.*, 130.

[54] "A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo e princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação." (BARROSO, *op. cit.*, p. 347.).

[55] Sobre as teorias da argumentação, veja-se: ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

[56] STRECK, *op. cit.*, p. 126.

Como já pudemos observar "a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de *lógica*, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo"[57]. Não só dos direitos sociais, mas sim todos os direitos fundamentais estampados em nossa Constituição. Desta forma, "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação"[58].

Aqui cabe uma pequena digressão. Em hipótese alguma o intérprete pode confundir o texto com a norma. "*Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo*"[59]. O intérprete não pode se contentar com o mero enunciado normativo desprovido de qualquer valor. "*El hecho de que la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos pone di manifiesto que hay que distinguir entre enunciado normativo y norma*"[60].

Lênio Luiz Streck, com argumentos de peso, nos adverte que:

> "Se as palavras não carregam o seu próprio sentido, se não existe um sentido em si mesmo ou um sentido imanente que possa ser 'revelado' pelo intérprete, isto significa admitir que o ente como ente é inalcançável, e essa circunstância é incontornável, como sempre se denunciou a partir da hermenêutica. Desse modo, o texto depende de um sentido que o intérprete lhe atribuirá. Já de há muito autores como Canotilho, Muller e Grau denunciam que texto e norma não são a mesma coisa."[61]

Retomando o fio da meada com o próprio Lênio Luiz Streck, entendemos que está superada a doutrina que pretende que a interpretação se dê por partes. Não podemos separar as fases do conhecimento, da interpretação e da aplicação da norma. Todo este processo se opera de uma vez, em um mesmo momento, chamado *applicatio*. Pela importância da lição, a transcrevemos:

> "Não se interpreta, assim, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.) desvinculada da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição. Ou seja, o intérprete não interpreta por parte, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro conhecendo, depois interpretando, para finalmente, aplicar... Claro que não! No plano da hermenêutica (ontologia da interpretação), esses três momentos ocorrem em um só: a *applicatio*."[62]

[57] KRELL, *op. cit.*, p. 51 (grifo no original).

[58] HESSE, *op. cit.*, p. 22-23.

[59] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, ES: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002. p. 51.

[60] Idem, ibidem, *loc. cit.*

[61] As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*, p. 131.

[62] *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 7.

A inserção do sujeito (intérprete) em um contexto social, o qual influencia e determina o seu pensar é ínsito ao processo hermenêutico. Sob o prisma da filosofia e fundado em Jürgen Habermas, com a perspicácia que lhe é peculiar, Rogério Gesta Leal percebeu que "a compreensão hermenêutica não pode abordar um assunto sem qualquer preconceito; ela pertence, prévia e inevitavelmente, ao contexto em que o sujeito que compreende adquiriu inicialmente seus esquemas interpretativos"[63].

E continua o grande mestre, agora com fundamento na teoria de Wilhelm Dilthey, tecendo os seguintes comentários:

> "De outro lado, o reconhecimento de que são nestas estruturas históricas e concretas do convívio social que vão se estruturando as redes de significados e significações possíveis de serem apreendidos/compreendidos pelos homens, implica reconhecer que esse homem revela-se a si próprio e aos outros no exato momento da exteriorização da sua vida e pelos efeitos que ela produz nos outros. Em outras palavras, *ele só aprende a conhecer-se pelos meandros da compreensão que é, desde sempre, uma interpretação*."[64]

Ainda com Gesta Legal, agora sob a influência de Hans-Georg Gadamer, temos que:

> "A hermenêutica de que fala Gadamer é realizada por um sujeito histórico, que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pre-compreensão, ou seja, em todo o processo de compreensão se parte de pressupostos ou pré-juízos – no sentido etimológico de juízos prévios – que viabilizam e constituem uma certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições etc."[65]

Não poderíamos nos esquecer da sempre precisa lição de Willis Santiago Guerra Filho, na qual ele faz a ligação entre a aplicação do Direito através da sua compreensão de sistema (como um todo) e a autopoiese do Direito:

> "Fazer a aplicação do Direito pressupõe uma compreensão dele, assim como a publicação de regras do Direito, porém, pressupõe que se imagine sua aplicação e possíveis resultados dela, tendo em vista o sistema jurídico como um todo. É nessa circularidade auto-referencial, reflexiva, que o Direito, de forma recursiva, vai-se auto-produzindo, continuamente, enquanto sistema autopoético."[66]

Desta forma, "à ciência do Direito compete o estudo de *todos* esses fatores (fato, valor e norma), considerados em sua n-dimensionalidade"[67]. Ademais,

[63] *Op. cit.*, p. 157.

[64] Idem, ibidem, p. 136 (grifo no original).

[65] Idem, ibidem, p. 144.

[66] *Op. cit.*, p. 73.

"é por isso que a idéia de justiça só pode ser bem compreendida dentro da n-dimensionalidade espaço-temporal, e não como algo absolutamente válido em si mesmo, em qualquer tempo e lugar"[68].

> "As nossas mais caras concepções de justiça, os princípios a que hoje atribuímos validade universal e que consagramos como direitos fundamentais da pessoa humana não resultam de uma apura captação passiva de verdades transcendentais. Pelo contrário: eles foram laboriosamente *conquistados*, às custas de duros sacrifícios, no decorrer da história da humanidade. E o mundo moderno evidencia o quanto ainda estão longe de ser plenamente consolidados e postos em prática."[69]

Porém, Lênio Streck ressalta:

> "Assim, embora a hermenêutica surgida do giro lingüístico-ontológico rompa com a hermenêutica clássica e supere a objetificação do texto e a subjetividade assujeitadora própria do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, nada disto pode significar o império da arbitrariedade ou do decisionismo. A interpretação depende da compreensão, e esta de uma adequada pré-compreensão. Interpretar é aplicar. O texto só existira 'com texto" (*etwas als etwas*) a partir da atribuição de sentido que lhe dará o intérprete, inserido em uma intersubjetividade, a partir do círculo hermenêutico, que rompe com o esquema sujeito-objeto. O círculo hermenêutico descreve a compreensão como a interpenetração do movimento da tradição e do movimento do intérprete."[70]

6. Os Limites à "Nova" Hermenêutica

Na busca por esse "novo" Direito, muito se tem questionado sobre os limites da hermenêutica proposta e da discricionariedade do Poder Judiciário. Se de um lado é certo que o Direito deve ser orientado para a sua real finalidade, uma vez que a lei (sentido lato) não pode se afastar da realidade social e que o Poder Judiciário precisa desempenhar o seu papel fundamental apartado da concepção clássica do Estado liberal[71], de outro realmente não se pode permitir uma discricionariedade sem limites ao intérprete. Assim deve ser feito. A segurança jurídica no modelo proposto pode ser perfeitamente alcançada através de limites estabelecidos ao mister interpretativo, o qual se desenvolve através da pondera-

[67] MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 190 (grifo no original).

[68] Idem, ibidem, p. 204-205.

[69] Idem, ibidem, p. 205 (grifo no original).

[70] As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*, p 133-134.

[71] Conforme o sentido apontado pela própria Constituição Federal. Não se trata aqui de uma questão ideológica pessoal, mas sim de um ordenamento maior.

ção de valores. "O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida"[72]. Por sua vez, podemos elencar três limites básicos à argumentação jurídica, a saber: os princípios constitucionais, a fundamentação normativa e a possibilidade de universalização dos critérios adotados.

6.1. Os princípios constitucionais

Na busca pela segurança jurídica, elencamos como primeiro grande limite à interpretação fundada na Constituição, a conformação do resultado com os princípios constitucionais. Pela importância do tema princípios, faremos alguns breves comentários.

Segundo a mais moderna doutrina, o estudo dos princípios está intimamente relacionado à teoria dos valores devido à importância do seu objeto[73]. No pensamento estrangeiro, temos que "*los principios pueden ser descritos como normas que persiguen la realización em la mayor medida posible de valores, entendidos éstos em sentido amplio. Los valores vienen a ser el objetivo normativo de los principios*"[74].

Os princípios refletem os valores maiores de uma sociedade e são estabelecidos, sobretudo os fundamentais, pelo poder constituinte originário, o qual, como já dito, representa a verdadeira maioria qualificada.

Para nós, princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental da sociedade e, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico, limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.

Caminhando na história, ultrapassadas as fases do jusnaturalismo e do positivismo, atualmente nos deparamos com um novo movimento jurídico-filosófico que vem sendo chamado pelos estudiosos de "pós-positivismo" ou, ainda, há quem fale em "*formulación neonaturalista*"[75]. Luis Roberto Barroso define esta nova fase com rara felicidade:

[72] BARROSO, *op. cit.*, p. 317 (grifo no original).

[73] Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 17.

[74] MUÑIZ, Joaquin Rodríguez-Toubes. *Princípios, fines y derechos fundamentales*. Madrid, ES: Dykinson, 2000. p. 42.

[75] Cf. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin. *Los princípios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri, ES: Civitas, 1990. p. 44.

> "O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constituional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética."[76]

Os princípios apresentam, em breve síntese, as seguintes características: caráter de norma jurídica (normatividade), imperatividade, eficácia, precedência (superioridade) material[77] e abstração.

Com efeito, seguindo a doutrina de Robert Alexy, os princípios são espécie da qual as normas são gênero. Da mesma forma que as regras, possuem caráter de norma jurídica, ou seja, normatividade e juridicidade.

> "É, portanto, em um contexto de superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo que se passam a distinguir normas jurídicas que são *regras*, em cuja estrutura lógico-deôntica há a *descrição de uma hipótese fática* e a previsão da conseqüência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas a *prescrição de um valor*, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade."[78]

Indo além, já que são imperativos, os princípios devem ser incondicionalmente observados, sobretudo na interpretação fundada na Constituição. Regina Maria Macedo Ney Ferrari, ao tratar das normas constitucionais, nos traz uma definição interessante sobre a sua imperatividade, a qual se aplica *in totum* ao tema proposto:

> "As normas constitucionais, em virtude de sua juridicidade, apresentam como traço característico, assim, como todas as demais normas jurídicas, a sua imperatividade, ou seja, a obrigatoriedade da obediência de seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público."[79]

Os princípios também possuem eficácia, ou seja, devem ser obedecidos em sua plenitude e a eventual inobservância pode (e deve) ser reparada judicial-

[76] *Op. cit.*, p. 304 (grifos no original).

[77] Cf. ROTHENBURG, *op. cit.*, p. 17.

[78] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do Direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92 (grifos no original).

[79] *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 75.

mente. Acrescentamos que "a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na conseqüência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessária"[80].

Esta eficácia pode ser observada sob quatro aspectos: 1) eficácia positiva ou simétrica; 2) eficácia interpretativa; 3) eficácia negativa; 4) eficácia vedativa do retrocesso. A eficácia positiva é a possibilidade de se exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio. Por sua vez, eficácia interpretativa é a necessidade de se interpretar as normas inferiores em conformidades com as superiores, lembrando-se da superioridade axiológica que os princípios possuem sobre as demais. Já a eficácia negativa determina que todas as normas ou atos que sejam incompatíveis com os princípios sejam declaradas inválidas. Por fim, a eficácia vedativa do retrocesso está intimamente ligada à eficácia negativa e aos princípios fundamentais, já que permite que seja exigida, do Poder Judiciário, a invalidação de uma norma que revogue outra (que disciplina ou aumenta um direito fundamental) sem a respectiva substituição[81].

Considerando que os princípios consubstanciam os valores supremos de uma sociedade, eles possuem precedência axiológica sobre as demais normas. Sob o ponto de vista material, há uma preeminência dos princípios sobre as regras. Mesmo entre os princípios é possível uma diferenciação valorativa.

Partindo do raciocínio de Robert Alexy, Marcelo Lima Guerra defende a aplicação dos princípios nos seguintes moldes:

> "Desta forma se pode afirmar que um princípio comanda a realização de um fim, constituído por um valor. Nessa perspectiva, é fundamental que se perceba que tal valor, o qual representa o fim comandado pelo princípio, é de ser buscado ou realizado, obviamente, através de condutas, isto é, através de ações e omissões. Tais ações e omissões, portanto, revelam-se meios para a realização de tal fim. Tais considerações são extremamente significativas para compreender de que modo se relacionam os princípios e as regras, especialmente para perceber a possibilidade de se expressar o conteúdo dos princípios em termos de regras."[82]

E prossegue o insigne jurista:

> "Assim, se através de uma norma-princípio, o ordenamento comanda (prescreve) a realização de um fim, *ipso facto* comanda igualmente, a adoção dos meios aptos para tanto. Consistindo tais meios, como se viu, em um conjunto de ações e omissões, prescrever ou comandar a realização de um fim, através de uma norma-princípio, implica prescrever ou comandar as respectivas ações e omissões que se revelarem meios para aquele fim."[83]

[80] BARROSO, *op. cit.*, p. 331.

[81] Cf. Idem, ibidem, p. 331-334. Sobre o tema, veja-se: BARCELLOS, *op. cit.*

[82] *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 87.

Tanto é possível a aplicação direta dos princípios que a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5°, § 1°, que "as normas definidoras dos direitos e garantias individuais têm aplicação imediata". Não se pode duvidar, outrossim, que diversas normas contidas nesse artigo consubstanciam-se em verdadeiros princípios, como, por exemplo, o da igualdade[84] (CF, art. 5°, *caput*)[85]. Com esta previsão expressa, restou superada a tese que exigia a presença de uma lei para que tais normas fossem eficazes[86].

Se podemos afirmar que os princípios têm eficácia (genérica) imediata, *a fortiori*, podemos também afirmar que eles condicionam absolutamente a interpretação jurídica[87].

Desta feita, como forma de limitar a argumentação jurídica (e a ponderação de valores) temos o conjunto formado pelos princípios, o qual engloba tanto os princípios específicos de interpretação constitucional[88] quanto os princípios materiais[89] (em sentido estrito).

6.2. *Fundamentos normativos e possibilidade de generalização*

Como segundo limite, "a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam)"[90]. A visão subjetiva do intérprete não é suficiente. A decisão deve estar lastreada no arcabouço jurídico existente.

[83] Idem, ibidem, *loc. cit.*

[84] Sobre o princípio da igualdade, veja-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

[85] CF – art. 5°, *caput*: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:".

[86] Cf. GUERRA, *op. cit.*, p. 83.

[87] "Há um efeito de irradiação provocado pelos princípios, questão que pode ser observada nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, na medida em que todo a interpretação se submete aos princípios." (STRECK, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 102.).

[88] Sobre princípios específicos da interpretação constitucional, veja-se: ARAUJO; NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 83-90.

[89] Cf. BARROSO, *op. cit.*, p. 321.

[90] Idem, ibidem, p. 319 (grifo no original).

Nessa esteira, a motivação assume um papel de extrema relevância. O controle pretendido sobre a argumentação jurídica somente poderá ser exercido em sua plenitude a partir da fundamentação desenvolvida pelo intérprete. Na seara jurídica, a Constituição impõe aos magistrados o dever de fundamentar toda e qualquer decisão[91].

> "O intérprete deverá demonstrar explicitamente a adequação de suas opções tendo em vista o princípio constitucional pertinente à hipótese e o princípio da dignidade da pessoa humana, a que toda a ordem jurídica afinal se reporta. Por mais vago que um princípio possa se apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o intérprete atribua ao princípio naquele momento, e não a quaisquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas."[92]

Por tudo isso, não vemos com bons olhos a reiteração de decisões sucintamente fundamentadas e baseadas em verbetes (súmulas ou ementas) que se proliferam diuturnamente. Esses *standards* estão "padronizando" a justiça, sem levar em consideração as peculiaridades do(s) caso(s) concreto(s). Não há a preocupação em demonstrar que o caso *sub judice*, com as suas peculiaridades, se adapta ao *standard* que serviu de paradigma. A argumentação (devidamente fundamentada) é, pois, da essência das decisões judiciais.

Com Ronald Dworkin, trazemos a característica que difere o Direito dos outros fenômenos sociais, qual seja, a prática argumentativa:

> "O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*."[93]

Finalmente, como terceiro limite à argumentação jurídica, temos que os critérios adotados na decisão devem possuir a característica da universalização em razão do "imperativo da isonomia"[94]. Um critério adotado em determinado caso deve ser apto a também ser utilizado em casos semelhantes.

Não podemos aceitar uma interpretação que não possa ser aplicada a casos idênticos. Situações idênticas merecem tratamentos idênticos.

[91] CF – art. 93, IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;".

[92] BARCELLOS, *op. cit.*, p. 147.

[93] *Op. cit.*, p. 17 (grifo no original).

[94] Cf. BARROSO, *op. cit.*, p. 320.

6.3. A necessidade de o Poder Judiciário romper limites

Por tudo o que foi visto, verificamos que o Direito tem um papel fundamental na construção de um Estado Democrático e Social. Mas não é só. Nessa missão, o Poder Judiciário deve(ria) ocupar uma posição de destaque. Em tempos modernos, não podemos mais adotar a proposta iluminista da teoria da separação dos poderes de forma simplista. Aquele modelo liberal-individualista é imprestável nos tempos atuais.

> "Enquanto o positivismo jurídico formalista exigia a 'neutralização política' do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros, que aplicam o direito legislado de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo deste modo o valor da segurança jurídica, o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material 'ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico'."[95]

O constituinte originário estabelece metas, diretrizes e valores que devem ser observados por todos, principalmente pelos Poderes constituídos. Desta forma, caso um dos Poderes não atenda os mandamentos constitucionais[96], o Poder Judiciário tem o dever de intervir para concretizar o mandamento maior. Não se trata da invasão pura e simples de um Poder na esfera do outro. Não! Trata-se de corrigir uma deficiência (comissiva ou omissa) de outro Poder.

Pela relevância do tema, trazemos o pensamento de diversos autores. Andreas J. Krell abona a tese da interferência nas hipóteses de violação evidente e arbitrária do legislador:

> "Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional."[97]

Na doutrina alemã, Robert Alexy também tem valiosa contribuição:

> "*Si la Contitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la*

[95] KRELL, *op. cit.*, p. 73.

[96] "Canotilho, versando sobre o espaço de conformação legislativa e seus condicionamentos constitucionais, embora reconhecendo uma certa liberdade de conteúdo (sempre constitucionalmente balizada) afirma: 'No entanto, o legislador não tem liberdade de escolha quanto ao se - ele deve actuar para prosseguir os fins fixados no programa'." (ROTHENBURG, *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, p. 144 (grifo no original).)

[97] *Op. cit.*, p. 22.

intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado por la Constitución."[98]

E prossegue o consagrado jurista tedesco:

"Esto significa también que, en cierta medida, las valoraciones del Tribunal son colocadas por encima de las del legislador. Pero, ello no basta para fundamentar una objeción.

Todo control del legislador por parte de un Tribunal Constitucional implica que, en una cierta medida, se da preferencia a las valoraciones del Tribunal frente a las del legislador."[99]

Com tão sólidos subsídios, podemos afirmar que a atuação do Poder Judiciário (independente) deve chegar ao ponto, se preciso for e em condições excepcionalíssimas, de criar um novo direito. Não é possível admitir que Constituição determine ao legislador a tarefa de, por exemplo, elaborar uma lei e, após dezoito anos, ela ainda não o foi[100]. A Constituição precisa ser concretizada e, para a "realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade"[101]. Se necessário, a política deve ser juridicizada. "Sem a justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática"[102].

Andres J. Krell, ao tratar da concretização dos direitos sociais, chega a sustentar que devemos romper com a separação do Direito da Política:

"A concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política."[103]

Aqui cabe uma ressalva. Embora a responsabilidade do Poder Judiciário seja inegável, ela não pode ser atribuída somente aos magistrados. Todos os juristas devem buscar, na sua atuação diária, a consecução do Estado Social através do Direito[104].

[98] *Op. cit.*, p. 527.

[99] Idem, ibidem, p. 401.

[100] "Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito." (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* , *op. cit.*, p. 20)

[101] STRECK, *op. cit.*, p. 3.

[102] Idem, ibidem, p. 18.

[103] *Op. cit.*, p. 73-74.

"Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encoralamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobra a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas."[105]

Com arrimo em farta doutrina, somos, portanto, adeptos da teoria substancialista uma vez que a justiça constitucional deve assumir uma postura pró-ativa e intervencionista. Para isto, a utilização dos mecanismos procedimentais e hermenêuticos já estabelecidos na Constituição é imprescindível.

"De mais a mais, a própria idéia da *soberania* do órgão legislativo ordinário está superada desde 1803, quando a Suprema Corte norte-americana, apreciando o célebre caso Marbury *versus* Madison, formulou a teoria da *judicial review*, pela qual se reconheceu a competência do Judiciário para invalidar os atos legislativos contrastantes com a Constituição."[106]

Contudo, hodiernamente não é o que temos visto. Na prática, "o Judiciário brasileiro (ainda) não quer assumir o papel de *arquiteto social* e ser responsabilizado por uma possível convulsão nos orçamentos públicos"[107]. "A ausência de uma concepção crítica e reflexiva frente à norma impede que o juiz ponha em prática mais alternativas que permitam uma interpretação democrática dos enunciados normativos"[108].

[104] "É uma tal unidade que garante a autonomia do sistema e sua 'auto-reprodutibilidade' (= autopoiese), para o que recebem o apoio imprescindível de uma 'unidade cognitiva', a chamada 'doutrina', que não apenas é responsável pela sofisticação da hermenêutica jurídica, como também fornece interpretações passíveis de ser adotadas pelo Judiciário, e assim introduzidas no sistema jurídico normativo." (GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 99.).

[105] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12-13.

[106] BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 170.

[107] KRELL, *op. cit.*, p. 73 (grifo no original).

[108] Idem, ibidem, p. 80.

7. Conclusões Finais

O Direito brasileiro ainda não se adaptou ao modelo de Estado proposto pelo constituinte de 1988, às novas necessidade sociais e ao moderno constitucionalismo, ao contrário de outros países como a Alemanha por exemplo. Os problemas de sempre persistem na praxe forense. Entre outros motivos, os operadores do nosso Direito ainda estão presos ao positivismo exacerbado e metafísico, às formas rígidas e ao dualismo Direito-realidade. Historicamente, o positivismo acrítico continua servindo às classes que querem se manter no poder.

Nossa Constituição direciona para que o Brasil se constitua em um Estado Democrático Social de Direito. Entretando, nossa realidade jurídica vem sendo cada vez mais "mecanizada" e padronizada. A qualidade vem sendo substituída pela quantidade. A mera subsunção do fato à norma (métodos hermenêuticos tradicionais) e a singela repetição não são mais suficientes para a plena realização de um Estado Social que consiga proporcionar o bem comum.

Nesse contexto, torna-se imperiosa a busca por alternativas que efetivamente concretizem a Constituição e estabeleçam, de fato, um Estado mais justo e solidário. Devemos buscá-las, afinal "o conhecimento depende de nossa capacidade para encher os espaços vazios deixados por fragmentos de informações"[109].

Nessa nova realidade, a hermenêutica deve ser vista sempre sob a ótica constitucional. Toda e qualquer interpretação normativa deve estar devidamente amparada na Carta magna. Mas não é o bastante. O intérprete deve estar inserido no seu contexto social (real), carregando (pré-)conceitos que sua história de vida lhe proporcionou. Não podemos mais aceitar um Direito que esteja desvinculado da realidade social, do mundo do intérprete e do universo constitucional. Não podemos mais separar Direito, sociedade, realidade, política e valores.

Contudo, "ao se falar em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores, teoria da argumentação, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas".[110] Muito pelo contrário! Os métodos tradicionais podem e devem ser utilizados. Porém, sua aplicação deve estar em sintonia e operar em conjunto com outras técnicas aptas a satisfazer a novel realidade social, tal como a "nova hermenêutica constitucional". Todo conhecimento é cumulativo e como tal deve se desenvolver.

Entretanto, esse novo intérprete não possui discricionariedade absoluta. Através da argumentação é possível exercer um controle da interpretação proposta. Em primeiro lugar, a argumentação deve ter por limite os princípios constitucionais (específicos de interpretação e materiais). Em segundo lugar, toda argumentação deve estar fundada em uma norma (ainda que implícita). O sujeito não pode utilizar-se tão somente do seu subjetivismo. Finalmente, em terceiro lugar, o resultado obtido deve ter aptidão para ser aplicado a casos idênticos.

[109] ALVES, *op. cit.*, p. 158.

[110] BARROSO, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, p. 299.

Chegamos a um momento histórico onde a teoria da separação dos poderes não pode ser aplicada tal como foi concebida. Hoje, cada Poder deve assumir a sua responsabilidade constitucional e, se preciso for, intervir em outro, nos limites constitucionalmente permitidos. Tal mister cabe, sobretudo, ao Poder Judiciário. Não é mais possível dissociar Direito e realidade, Direito e política, Direito e Estado Democrático Social. "Compreende-se, então, como o centro de decisões politicamente relevantes, no Estado Democrático contemporâneo, sofre um sensível deslocamento do Legislativo e Executivo em direção ao Judiciário"[111]. Nas hipóteses de uma violação constitucional (por ação ou por omissão) por parte do Poder Executivo ou Legislativo, o Poder Judiciário deverá agir para garantir a concretização constitucional, ainda que para isso seja necessário construir um "novo direito".

Em resumo, sem medo de errar, "*o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, entre os demais Poderes estatais, na produção do direito*".[112]

O Direito é o principal instrumento na busca efetiva do bem comum e de um Estado Democrático Social. Não podemos nos acomodar.

> "Afinal, temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é a nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos."[113]

Concluindo, cada jurista deve, em todas as suas atividades, ter os olhos voltados para a Constituição Federal e agir de tal sorte a harmonizar o Direito (sobretudo o infraconstitucional) a ela. Devemos reconhecer e aceitar a Constituição como mandamento maior. Cada jurista precisa ter os seus próprios juízos de valor, integrando o Direito à realidade do ser humano. É imperioso que os princípios sirvam de baliza à interpretação jurídica. É preciso haver uma mudança filosófica e comportamental. Não podemos desistir nunca!

[111] GUERRA FILHO, *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*, p. 36.

[112] Idem, ibidem, p. 99 (grifo no original).

[113] DWORKIN, *op. cit.*, p. 15.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, ES: Centro de Estudios Politicos Y Constitucionales, 2002.

ALVES, Rubem. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquin. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madri, ES: Civitas, 1990.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. N. 5, p. 293-349, jan. - jun. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Forense, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *A filosofia do Direito aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito: conceito objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. *Princípios, fines y derechos fundamentales*. Madrid, ES: Dykinson, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. *In*: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: quinze anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. As súmulas vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional. *In*: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANDADO DE SEGURANÇA E COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. NOTAS SOBRE O PRAZO DECADENCIAL E AS SÚMULAS 269 E 271, DO STF

Érika Gomes Chaves
Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Sul de Santa Catarina em convênio com o Instituto Luis Flávio Gomes. Procuradora da Fazenda Nacional.

Sumário: 1.Considerações iniciais – 2. Mandado de segurança e compensação tributária na doutrina e na jurisprudência; 2.1. O procedimento e a sentença proferida em mandado de segurança. Características e efeitos; 2. 2. Eficácia da sentença de procedência no *mandamus* e o pedido de compensação: incompatibilidades. 2.3. Interpretação compatibilizadora: a Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça; 2.4. Multiplicação de demandas com objetivos mais amplos que o estabelecido na Súmula 213, do STJ - 3. O prazo decadencial de 120 dias e as Súmulas 269 e 271, do STF; 3.1.O prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias do art. 18, da Lei nº 1.533/51; 3.2. As súmulas 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal - 4. Proposta de modelo compatível - 5. Conclusão.

1. Considerações iniciais

O mandado de segurança[1] tem sido a via mais utilizada pelo contribuinte quando o assunto é compensação tributária. Tal praxe deve-se em muito ao rito célere e sumário especial[2] do *writ* que conta, inclusive, com as vantagens de prioridade na tramitação (art.17, da lei 1.533/51 e art.1º da Lei 4.410/64) e ausência de condenação em honorários advocatícios (súmula nº 512, do STF).

Portanto, tem se tornado lugar comum no cotidiano forense deparar-se com um sem número de ações de mandado de segurança nas quais o contribuinte

[1] Legislação básica: Art. 5º, inciso LXIX e LXX, da CF/88 e Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

[2] Hely Lopes Meirelles. *Mandado de Segurança...* p.31.

pleiteia a *devolução*, via compensação, de todos os créditos que pretensamente possui em face da Fazenda Pública e que ainda não tenham sido alcançados pela prescrição tributária. No mais das vezes, tal pedido chega a ser cumulado com requerimento de certidão de regularidade fiscal.[3]

Contudo, e aqui reside a preocupação que motivou estas reflexões, entende-se que pedidos dessa espécie não se adequam completamente à via estreita do *mandamus* por conta das peculiaridades que cercam referida ação constitucional.

As dificuldades vão desde questões processuais, como o grau de cognição e os efeitos próprios da sentença proferida nessa espécie de ação, até questões de mérito, nas quais se cogita se é possível ou até que ponto o pedido de compensação é compatível com o mandado de segurança.

É justamente o mérito do pedido de compensação e sua conciliabilidade com o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para ajuizamento do *writ*[4] e com as Súmulas 269[5] e 271[6], do STF, o objeto das observações que se seguem.

Feitas essas considerações iniciais, procede-se a análise do tema, ressaltando que abordagem é feita à luz da legislação atualmente vigente em matéria de compensação tributária.[7]

2. Mandado de segurança e compensação tributária na doutrina e na jurisprudência

2.1. O procedimento e a sentença proferida em mandado de segurança. Características e efeitos

O Mandado de segurança, ação voltada para proteção de direito líquido e certo do cidadão, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, em face de ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no

[3] Note-se que esta é apenas uma das espécies de pretensão formulada em juízo.

[4] Art. 18. "O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

[5] Súmula 268, do STF: O mandado de segurança não é substitutivo da ação de cobrança.

[6] Súmula 271, do STF: Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

[7] A compensação tributária encontra-se atualmente regulamentada nos arts. 73 e 74, da Lei nº 9.430/96 e Instruções Normativas SRF nº 600/2005 e 535/2005.

exercício de atribuições do Poder Público[8], é criação própria do Direito Brasileiro[9].

Apesar de já fazer parte do ordenamento jurídico pátrio desde o século passado (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951) e ter previsão em texto constitucional desde 1934[10], o mandado de segurança se amolda completamente à tendência do processo civil contemporâneo de garantir uma tutela jurisdicional célere e efetiva (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88)[11].

Trata-se de ação constitucional potencializada[12] contra abusos do Poder Público que torna possível a proteção *in natura* do bem jurídico.

Tem como nota distintiva das demais ações civis[13], a especificidade de seu objeto e a sumariedade de seu procedimento, que exige a apresentação de prova documental pré-constituída.

Em caso de procedência do pleito, há de culminar, de regra, em uma sentença cujo teor declara a ilegalidade e/ou abusividade de ato (omissivo ou comissivo) de autoridade ao mesmo tempo em que emite uma ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade dirigida a essa mesma autoridade.

Tal peculiaridade da decisão de mérito do mandado de segurança, que comporta, além de uma declaração, uma ordem a ser cumprida pela autoridade indigitada coatora, é unânime entre os processualistas, que divergem apenas na classificação desse tipo de sentença, ora nominando-a mandamental[14], ora condenatória-mandamental.[15]

2. 2. Eficácia da sentença de procedência no mandamus *e o pedido de compensação: incompatibilidade*

Ocorre que, diante das mencionadas especificidades procedimentais, bem como das características tidas pela doutrina como próprias da sentença proferida em sede de mandado de segurança, discutiu-se bastante na jurisprudência acerca da possibilidade de conciliar pedido de compensação tributária com

[8] Art. 5º, incisos LXIX e LXX, da CF/88.

[9] Willis Santiago Guerra Filho. *Introdução ao direito processual constitucional*. p. 63.

[10] Art. 113, alínea 33, da CF/34.

[11] Cássio Scarpinella Bueno. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. p. 27.

[12] Id. *ibdi*. p.27.

[13] H[illegible] opes Meirelles. *op. cit*.p.31.

[14] A doutrina processual divide-se quando o assunto é a classificação das sentenças segundo sua eficácia. A favor da divisão quinária, seguindo a lição notorizada por Pontes de Miranda e entendendo a sentença de procedência no mandado de segurança como mandamental: Teresa Arruda Alvim Wambier. *Nulidades do processo e da sentença*. p. 78-81; Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. p.81 e 89-92.

[15] Aplicando a tradicional divisão trinária por entender que a sentença de procedência no mandado de segurança é uma subclasse das condenatórias: Alexandre Freitas Câmara. *Lições de direito processual civil*. vol 1. p.450 e 453/454.

o *writ*.

As primeiras ações surgiram com o advento do art. 66, da Lei n.º 8.383/91, que, regulamentando o art. 170, do CTN, tornou possível a compensação tributária. Mencionadas demandas diziam respeito a pedidos de compensação de créditos acumulados pelos contribuintes em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689/88. O dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal[16] ao fundamento de que, pretendendo regulamentar o art. 195, da CF/88, tomou de empréstimo a disciplina do FINSOCIAL anterior a Constituição de 1988, quando seria necessária uma nova regulamentação.

Por ocasião dos mandados de segurança impetrados com o pedido de compensação dos referidos créditos, foram levantados óbices sobre a compatibilidade desse pleito com as particularidades que cercam o *writ*, os quais podem ser assim sintetizados:

Opunham-se a esse tipo de pedido circunstâncias como a impossibilidade de o juiz autorizar o contribuinte a realizar o encontro de contas diretamente em sua escrita contábil, sob pena de caracterizar usurpação de competência privativa da autoridade fiscal (art. 139, do CTN[17]). Isso porque provimento dessa espécie produziria efeitos de extinção do crédito tributário.

Invocava-se também o obstáculo de que, mesmo se em tese esses créditos fossem compensáveis, nos termos do art. 170, do CTN, seria impossível realizar a liquidação sem a apuração da liquidez e certeza do crédito. Ocorre que esta qualidade só poderia ser aferida mediante operação que envolvesse provas e contas, dilação não abarcável no procedimento expedito do *mandamus*.[18]

Um terceiro óbice decorreria da eficácia própria de sentença mandamental cuja nota específica de emitir uma ordem à autoridade pública para fazer ou deixar de fazer alguma coisa, restaria desnaturada caso a decisão se restringisse, como pleiteavam alguns contribuintes, a simplesmente declarar o direito líquido e certo de proceder à compensação.[19]

Todos esses argumentos desaguaram no Superior Tribunal de Justiça instalando divergência entre as decisões proferidas pela 1ª e 2ª Turmas, esta admitindo o pleito de compensação em mandado de segurança e aquela, no sentido contrário.

[16] STF – RE 150.764 – Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – RTJ-147/1024.

[17] Conforme voto vogal prolatado pelo Min. Pádua Ribeiro no julgamento do EREsp nº 78.301/BA -Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 28.04.1997, p.15803.

[18] Com efeito, somente se considera líquida e certa dívida quando o título recebe a ciência e aquiescência do devedor quanto a existência e o valor que lhe está sendo exigido.

[19] A oportunidade para o ajuizamento do mandado de segurança só se daria quando negada a compensação na via administrativa. Antes disso a impetração do mandado de segurança caracterizaria mera declaratória para interpretação de direito em tese, esbarrando na proibição da Súmula nº 266, do STF.

2.3. Interpretação compatibilizadora: a Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça

Por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 78.301/BA[20], a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça veio a unificar uma posição sobre o tema compensação tributária em mandado de segurança.

Depois de ampla discussão, na qual houve o embate entre votos da lavra do Min. Ari Pargendler[21] e Min. José Delgado[22]-[23], a Corte assentou, por maioria[24], uma interpretação conciliadora que permitisse encontrar um ponto de equilíbrio entre a atuação do Fisco e a do contribuinte nesse tipo de demanda.

O relator do acórdão, Min. Ari Pargendler, invocando lições do Min. Amaral Santos e do prof. Celso Agrícola Barbi [25], entendeu que a sentença proferida em mandado de segurança poderia ser dotada ora de efeitos meramente declaratórios, ora constitutivos.

Assim, para afastar a perplexidade que geraria uma decisão que impusesse a autoridade fiscal aceitar a compensação realizada pelo contribuinte diretamente em sua escrita fiscal, propôs uma solução com base nos efeitos da decisão concessiva de segurança. O Ministro relator sugeriu que se aplicasse à sentença no mandado de segurança a carga mínima, revestida apenas da perspectiva declaratória. Ou seja, a sentença seria dotada apenas da eficácia de declarar o direito à compensação.

A decisão proferida no EREsp nº 78.301/BA veio a sedimentar o entendimento do Tribunal sobre a matéria e foi um dos precedentes que deu origem à súmula 213

[20] EDResp nº 78.301/BA – não unânime – Rel. Min. Ari Pargendler DJU 28.04.1997, p.15803.

[21] Representando o entendimento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

[22] Representando o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

[23] Sugere-se a leitura do inteiro teor dos votos proferidos no acórdão.

[24] 5X4. Acompanharam o voto do relator, Min. Ari Pargendler, entendendo possível a compensação, os Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros e Adhemar Maciel. Vencidos os Ministros José de Jesus Filho, Demócrito Reinaldo e Milton Luiz Pereira, que acompanharam o voto do Min. José Delgado.

[25] Constou do voto a lição de Celso Agrícola Barbi: " A nosso ver, o mandado de segurança não pode, como figura geral, ser classificado, com exclusividade, em qualquer dos três tipos de ação que se caracterizam pela natureza da sentença pleiteada. Em cada caso concreto é que se poderá dizer se a ação ajuizada é condenatória, constitutiva ou declaratória" Do Mandado de segurança, 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 49.

da Jurisprudência Dominante do Superior do Tribunal de Justiça cujo teor é o seguinte: " O mandado de segurança constitui ação adequada para a *declaração do direito à compensação tributária*".

Em síntese, a jurisprudência do STJ passou a admitir a compensação na via do mandado de segurança apenas quando o pedido se restringisse à declaração do direito do contribuinte à compensação tributária.[26]

2.4. Multiplicação de demandas com objetivos mais amplos que o estabelecido na Súmula 213, do STJ

Todavia, mesmo após a edição da Súmula 213 do STJ o que se viu, e se vê, no cotidiano forense, é a multiplicação desordenada de ações de mandado de segurança nas quais os contribuintes formulam pleitos de compensação de teores os mais variados.

A oportunidade para o ajuizamento desse tipo de demanda ocorre sempre que o STJ ou o STF prolatam decisões declarando ilegal ou inconstitucional tal ou qual tributo ou majoração, dando ensejo à repetição de indébito tributário. As ações são em tudo idênticas, inclusive nos excessos.

Então, olvidando o teor da referida súmula, os contribuintes passam a pleitear, além do reconhecimento da existência de créditos decorrentes de pagamentos indevidos efetuados nos últimos cinco ou dez anos anteriores a impetração, a sua compensação com débitos tributários vencidos ou vincendos em relação a outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. O pedido, como se não bastasse, é, no mais das vezes, cumulado com requerimento de emissão de certidão de regularidade fiscal.[27]

Diante de mandados de segurança com esse teor, a jurisprudência mostra-se vacilante, sendo detectáveis decisões que, à luz da súmula nº 213, do STJ, a) apenas declaram o direito à compensação, inclusive de créditos acumulados nos últimos cinco ou dez anos anteriores à impetração[28]; b) outras, de conteúdo eminentemente condenatório, admitem a feitura da compensação direto na escrita fiscal do contribuinte com posterior fiscalização e emissão imediata de certidão de

[26] Também consta como entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de deferimento de compensação em medida liminar, a teor da Súmula 212. O assunto, apesar da importância, não será abordado no presente estudo.

[27] O procurador da Fazenda Rodrigo Dardeau, no artigo intitulado *"Compensação Tributária envolvendo créditos da União"*, traça um panorama bastante detalhado das diversas espécies de pleitos e provimentos jurisdicionais relativos à compensação tributária encontrados no cotidiano forense. O artigo pode ser acessado no endereço http://www.aldemario.adv.br/artcompensa.htm acessado em 26/07/02.

[28] STJ - EDcl no REsp 419757/SP – 2ª T – Rel. Min. Castro Meira - DJ 16.08.2004, p. 178.

regularidade fiscal[29]; e, finalmente c) aquelas que não admitem a compensação caso não seja carreada aos autos prova de todos os recolhimentos, ou seja, prova pré-constituída da existência dos créditos afirmados[30].

A ausência de uniformidade com que é tratada a matéria tem causado, além de perplexidade, danos patrimoniais à Fazenda Pública. Isso porque as decisões, muitas vezes possibilitam, inclusive a despeito das normas do art. 170-A, do CTN e art. 74, da Lei 9.430/96, a compensação logo após a sentença de procedência. O problema é que, normalmente, ao fim do processo, se descobre que o contribuinte sequer possuía créditos a compensar[31].

A verdade é que o atual estágio da jurisprudência tem trazido ainda mais insegurança para as relações entre Fisco e contribuinte, pois, dependendo do juiz, Câmara ou Turma, o teor das decisões varia assustadoramente.

O momento impõe uma definição por parte do Poder Judiciário no sentido de oferecer parâmetros seguros para solução dessas controvérsias.

3. O prazo decadencial de 120 dias e as Súmulas 269 e 271, do STF

Alinhavado, em linhas gerais, o atual estágio dos pleitos e decisões proferidas nas ações de mandado de segurança nas quais há pedido de compensação, busca-se trazer à colação circunstâncias outras próprias do *writ* que pouco ou quase nunca tem sido consideradas pela jurisprudência quando da apreciação de lides dessa natureza.

Trata-se do prazo decadencial de 120 dias e das limitações constantes das súmulas nº 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal.

3.1.O prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias do art. 18, da Lei n.º 1.533/51

Dispõe o art. 18, da Lei nº 1.533/51 – LMS - que o direito de requerer mandado de segurança se extingue decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado. Trata-se, conforme pacificado na doutrina, de prazo decadencial.[32]

[29] STJ - REsp 439815/GO – 2ª T – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJ 29.08.2005, p. 243.

[30] STJ - AgRg no REsp 701254/RO – 2ª T – Rel. Min. Franciulli Netto – DJ 02.05.2006, p. 290.

[31] Ou os possuía em quantum inferior ao estimado em seus cálculos, seja em decorrência da utilização de índices de correção não oficiais, seja porque entendeu por indébito o valor total do recolhimento, quando era indevida apenas parte dele.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RMS 21.362/DF[33], já se posicionou no sentido de que esse prazo decadencial foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois seu decurso implica apenas na extinção do direito à impetração do *writ*, não importando em qualquer restrição a direito subjetivo, que poderá ser pleiteado na via ordinária [34]. Tal prazo, segundo Alexandre de Morais, "guarda razoabilidade com a dinâmica e celeridade dessa ação constitucional."[35-36]

É certo que a hipótese de cobrança de tributo tido e havido como ilegal ou inconstitucional que dê ensejo ao pedido de compensação, configura prestação de trato sucessivo cujo prazo decadencial de 120 dias recomeça a fluir a partir de cada parcela do tributo a ser paga. Trata-se de lesão que ocorre periodicamente'[37].

Entretanto, também é certo que, se cada pagamento de tributo tido por indevido inaugura um novo ato coativo, também dá início a contagem de novo prazo decadencial para impetração.

Assim, passados 120 dias da data do pagamento, decai o direito do contribuinte de impetrar mandado de segurança para impugná-lo e, conseqüentemente, pleitear a sua compensação nesta via.

Aqui surge o problema de compatibilizar, à luz da Súmula 213, do STJ, o caráter declaratório, e por isso retroativo, da sentença proferida nesses mandados de segurança e a limitação atinente ao prazo decadencial para impetração do *writ*.

Todavia a questão pode ser resolvida sem dificuldade adotando-se a seguinte perspectiva: o prazo decadencial pode facilmente conviver com a sentença declaratória porque dizem respeito a circunstâncias diversas.

Com efeito, o prazo decadencial atinge apenas o direito de impetrar o *writ*, mantendo incólume o direito material que o demandante visa proteger.

Não obstante, há que se reconhecer que o prazo decadencial limita a amplitude do conhecimento do direito líquido e certo afirmado. Em outras palavras, os

[32] Hely Lopes Meirelles. Op. Cit., p.52, com ampla referência jurisprudencial.

[33] RMS 21.362/DF – Pleno – Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello – j. 04/02/1993 –Dj.03.06.1994, p.13853.

[34] Pedro Lenza. Direito Constitucional Esquematizado. 9.ed. São Paulo: Método, 2006, p.569/570.

[35] Alexandre de Moraes. Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p.309.

[36] STJ – 2ª T. – RMS nº 710-0/RS – Rel. Min. Américo Luz, DJU, Seção I, 20, set.1993

[37] STJ – 2ª T. – REsp nº 120.387/SP – Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 06.10.1997 p. 49934 – precedentes citados: MS 1.706/DF; REsp 5.116/SP; REsp 44.498/PE; REsp 53.339/PR e REsp 53.366/PR.

efeitos declaratórios da sentença proferida no mandado de segurança só poderão retroagir para alcançar os recolhimentos indevidos efetuados até os 120 dias que antecederam a impetração.

Isso não quer dizer que anteriormente a esse prazo o direito reconhecido na sentença não exista. Na verdade este direito não poderá é ser conhecido no mandado de segurança, sendo necessário recorrer, para tanto, às vias ordinárias.

Nesse diapasão, há inclusive precedentes do Superior Tribunal de Justiça no qual a Corte, embora reconhecendo a possibilidade de declarar, via mandado de segurança, que determinado tributo é compensável, acabaram por denegar a segurança por entenderem que o prazo para impetração, que se conta a partir da data em que o tributo foi recolhido a maior, teria expirado.[38-39]

Posta a questão nesses termos, a conseqüência imediata da aplicação do art. 18, da LMS é a total improcedência dos pedidos formulados em sede de mandado de segurança que envolvam declaração de compensação relativa a recolhimentos ilegais ocorridos, nos cinco, dez anos anteriores à impetração.

Assim, pode-se inferir, com base nos precedentes do STF e STJ acerca da aplicação do art. 18, da Lei nº 1.533/51, que o pedido declaratório do direito a compensar não pode envolver recolhimentos anteriores a 120 dias contados retroativamente da impetração.

3.2. As súmulas 269 e 271, do Supremo Tribunal Federal

Constitui jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal que o mandado de segurança não poderá produzir efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pelas vias ordinárias (súmula nº 271), pois o *writ* não pode ser usado como substitutivo de ação de cobrança (súmula nº 269).

Com efeito, o teor de tais súmulas coaduna com o próprio status de garantia constitucional do mandado de segurança, instrumento de maior densidade que, pela natureza célere de seu procedimento, volta-se a dotar o Poder Judiciário de mecanismos para solucionar os graves conflitos entre o Poder Público e o indivíduo. Ou seja, é voltado a manter o equilíbrio entre os interesses da coletividade e a esfera da influência e atuação da cada indivíduo[40].

[38] STJ - EDcl no RESP 77226 /MG – j.:10/02/1998 – DJ: 02/03/1998, p. 53.

[39] Também nesse sentido: STJ – MS 5.915/DF – 1ª Seção – Rel. Min. José Delgado – DJU 08/04/2002; MS 6.802/DF – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 04/09/00; MS 7.237/DF – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 12/11/2001.

Portanto, remédio constitucional dessa densidade, não pode ser promiscuído para abarcar pretensões de mero ressarcimento de valores pagos a maior ou indevidamente, corrompendo-o, para reduzi-lo a mera ação de cobrança.

A *ratio essendi* dessas súmulas é, em primeiro lugar, manter a celeridade do *writ*. Isso por uma razão muito simples. As lesões a direitos individuais a serem conjuradas por meio de mandado de segurança voltam-se a provimentos que importem numa ordem dirigida contra ato ilegal ou abusivo de autoridade pública e que só indiretamente gera conseqüências patrimoniais para o impetrante.[41]

Ainda assim, os eventuais efeitos patrimoniais produzidos estarão limitados aos danos ocorridos no curso da lide ou, quando muito, nos cento e vinte dias que antecederam à impetração.

Entender que o *writ* possa ser utilizado para proteção exclusiva de interesses eminentemente patrimoniais, ainda mais quando estes se referem a períodos pretéritos, seria reduzi-lo à condição análoga à ação ordinária.

Isso não significa dizer que interesses de ordem patrimonial não mereçam a proteção do ordenamento. Muito pelo contrário. São colocadas à disposição do jurisdicionado outras formas de provimento jurisdicional como a ação de conhecimento, com cognição ampla e exauriente, voltada exatamente para solução desse tipo de controvérsia.

Generalizar o uso do mandado de segurança para fazer face a lesões de caráter eminentemente patrimonial afrontaria a *ratio essendi* dessa garantia fundamental, levando-a ao total desprestígio.

Acerca dos efeitos patrimoniais decorrentes de sentença em mandado de segurança, HELY LOPES MEIRELLES, em sua célebre obra sobre a matéria, já ressaltava:

> "A segurança pode prestar-se à remoção de obstáculo a pagamentos em dinheiro, desde que a retenção desses pagamentos decorra de ato ilegal da Administração, como, p. ex., a exigência de condições estranhas à obrigação do credor para o recebimento do que lhe é devido. Neste caso, o juiz poderá ordenar o pagamento, afastando as exigências ilegais. O que negamos, de início, é a utilização da segurança para a reparação de danos patrimoniais dado que seu objeto próprio é a invalidação de atos de autoridades ofensivos de direito individual líquido e certo."[42]

[40] Cassio Scarpinella Bueno. *Op. Cit.*p.65.

[41] Vale ressaltar a lição da Profa. Teresa Arruda Alvim: "Assim, o mandado de segurança não se presta à reparação pecuniária, so já houve consumação da lesão ao direito, ainda que este fosse líquido e certo." *In Nulidades do processo e da sentença*. p.80.

O Ministro Luiz Fux, recentemente, em voto proferido no julgamento do AgRg no Resp nº 529.398/MG, no qual ressalva o seu entendimento pessoal de que seria incabível pedido de compensação em sede de mandado de segurança, curvou-se ao entendimento dominante da Corte, aplicando a súmula 213, do STJ.

Contudo, foi além e ressaltou o risco de vulgarização do *writ* quando utilizado como sucedâneo de ação de cobrança e lançou o seguinte alerta:

> "É de sabença que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (súmula 269, do STF). (...) A afronta à ordem que enseja o *writ* pressupõe lesão civil tão grave quanto o é a restrição ao direito fundamental de ir e vir. Por este fato, que diz respeito à história do instituto, depreende-se quão promíscua é a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de uma mera ação de cobrança (...) A pretensão de auferir, por meio da via judicial, direito essencialmente patrimonial relativo à devolução de valores pagos a maior é veiculável mediante ação de conhecimento (...) Aliás, raciocínio diverso implicaria distinguir onde o intérprete não o faz e generalizar o uso do *mandamus* para toda e qualquer lesão a direito perpetrada pelo Poder Público, o que, sem dúvida, afrontaria a *ratio essendi* da Constituição Federal, defendida pela Súmula 269 do egrégio STF."[43]

Portanto, as limitações contidas nas súmulas 269 e 271, do STF visam -, além de ressaltar a importância do mandado de segurança como garantia fundamental que não se volta a reparar eventuais danos de ordem material, - demarcar a extensão de pedidos que contenham cunho patrimonial nessa sede, evitando que seu status de garantia constitucional sucumba diante de interesses de menor densidade.

4. Proposta de modelo compatível

O alerta levantado pelo Min. Luiz Fux retrata bem quão temerária é a atual multiplicação de pleitos de compensação em sede de mandado de segurança.

De fato, conforme demonstrado *supra*, o que se vê é que, a cada nova decisão do Supremo Tribunal Federal julgando certo tributo inconstitucional, proliferam-se em número e diversidade, ações de mandado de segurança nas quais os pleitos de compensação mostram-se de uma diversidade assustadora.

[42] Op. Cit., p. 94.

[43] STJ – AgRg no REsp nº 529.398/MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – j. 16.09.2003 – DJU 13.10.2003 p. 282.

Também conforme já exposto, a situação torna-se ainda mais grave quando se percebe que o próprio Poder Judiciário não possui posição unificada quanto ao tema.

Nesse contexto e com o intuito de contribuir para um tratamento uniforme sobre a matéria, lançamos as seguintes propostas, colhidas nas experiências diárias de defesa da Fazenda Nacional, e que, embora com a despretensão própria de um trabalho deste teor, podem servir como parâmetros no tratamento dos pleitos de compensação veiculados em mandado de segurança.

Eis o modelo proposto:

- *A sentença a ser proferida será de caráter meramente declaratório*: conforme já estabelecido na súmula 213 do STJ, porque amplamente discutido nos precedentes que lhe deram origem[44], a sentença se restringirá apenas a declarar o direito à compensação tributária, ou seja, a enunciar que determinado crédito do contribuinte é compensável;

- *Necessária observância do prazo decadencial:* os mandados de segurança em que se pleiteia a compensação deverão observar o prazo decadencial do art. 18, da Lei nº 1.533/51. Assim, somente poderão ser objeto do pedido de compensação os créditos decorrentes de pagamentos indevidos realizados nos cento e vinte dias imediatamente anteriores a propositura do *writ* e aqueles surgidos no curso do processo.

- *Aplicação das súmulas 269 e 271, do STF:* corroborando com a tese de que a sentença no mandado de segurança em que se formula pleito de compensação somente poderá se revestir de caráter meramente declaratório, as súmulas 269 e 271 vêm respaldar o entendimento de que não poderão ser acolhidos pedidos que envolvam efetiva compensação e cujos créditos opostos tenham sido formados no período anterior ao prazo decadencial de 120 dias.

Portanto, nas sentenças proferidas serão declarados compensáveis tão somente os créditos acumulados nos cento e vinte e dias que antecederam à impetração do *mandamus* até seu trânsito em julgado.

Ressalte-se que, decisões desse teor, de maneira alguma implicarão em reconhecer a efetiva existência de tais créditos, o que será verificado após o trânsito em julgado, quando do encontro de contas, na forma do art. 74, da Lei 9.430/96[45].

- *A decisão definitiva somente deve produzir efeitos após o trânsito em julgado*[46] - embora tal observação, na verdade, não retrate mais do que os termos da legislação (art. 170-A, do CTN c/c art. 74, da Lei nº 9.430/96) é oportuno o registro, pois eventual pedido no sentido de compensação antes da formação da coisa julgada mostra-se juridicamente impossível.

- *Compensação deverá ser realizada em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal* – Depois do trânsito em julgado da sentença de procedência em mandado de segurança, o contribuinte dará entrada no pedido de compensação que seguirá o procedimento estabelecido no art. 74, da Lei n 9.430/96[47].

Aliás, conforme entendimento pacificado no STJ a compensação é ato privativo da autoridade fiscal, devendo o encontro de contas ocorrer em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal[48].

- *Impossibilidade jurídica do pedido de fornecimento de certidão de regularidade fiscal* – Mostra-se juridicamente impossível o pedido de fornecimento de certidão de regularidade fiscal, mesmo após o trânsito em julgado da decisão concessiva de segurança, mas antes de finalizado o procedimento administrativo de compensação. Isso porque a sentença, nos termos da súmula 213, do STJ, limita-se a declarar o direito de compensar, mas não garante a existência dos créditos afirmados. Com o fornecimento de certidão de regularidade nessas circunstâncias, corre-se o risco de, quando da compensação, constatar-se que o contribuinte não possui crédito algum ou que não o possui em quantia suficiente para extinguir os seus débitos para com a Fazenda.

Decisão desse teor implicaria, a um só tempo, dispensar o contribuinte de comprovar a prévia realização do encontro de contas perante a Administração Fazendária e reconhecer, como líquido e suficiente, crédito apenas afirmado pelo contribuinte. Como alerta RODRIGO DARDEAU:

> "A certidão prevista no art. 206 do CTN é um consectário natural do ato de compensação praticado pelo contribuinte sob critérios fixados por decisão judicial ainda não definitiva, e possui como pressuposto a prática deste ato. Não deve ser ordenada antecipadamente, e menos ainda mediante dispensa da comprovação do ato concreto de compensação, cuja existência e conteúdo a Fazenda Pública tem o direito de examinar antes de se manifestar sob a forma

[44] EDcl no RESP nº 77226/ MG – j.:10/02/1998 – DJ: 02/03/1998, p.:53; REsp nº 119155/SE – j. 07/08/1997 - DJ:20/10/1997, p.53028; REsp 137790/PA – j.: 05/02/1998 – DJ: 02/03/1998, p. 64; REsp nº 145138/SP – j. 03/11/1997 - DJ:15/12/1997, p. 66298; REsp nº 148742/SP – j. 10/02/1998 - DJ:13/04/1998, p.82; REsp nº 148824/PB – j.:16/10/1997 – DJ 17/11/1997, p. 59511.

[45] REsp nº 714.397/SP – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – 1ª T - j. 12/04/2005 – DJ 02.05.2005, p.236; EREsp nº 488.992/MG – Rel Min. Teori Albino Zavascki – 1ª Seção – j. 26/05/2004 – DJ 07.06.2004, p.156; REsp nº 496.298/RJ – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – 2ª T – j. 06/12/2005 – DJ 13/02/2006, p. 728.

[46] Aliás, a produção de efeitos somente depois do trânsito em julgado decorre também do caráter meramente declaratório da sentença proferida no mandado de segurança com pleito de compensação (súmula 213, do STJ). Segundo o professor DINAMARCO:" (...) a sentença meramente declaratória só se torna imperativa quando passa em julgado. Sendo ela destinada a pôr certeza onde há incerteza de uma relação jurídica ou obrigação quando a própria firmeza da declaração é posta em dúvida." *In Instituições de direito processual civil*, vol. III, p.227.

[47] *Vide* nota 44, *supra*.

[48] *vide* nota 33, *supra*.

de certidão que ateste a situação fiscal do contribuinte."[49]

- *Indispensável apresentação de prova dos recolhimentos* – a Segunda Turma do STJ, em decisões recentes, da lavra do Min. Teori Albino Zavascki[50], vem entendendo que, tratando-se de mandado de segurança com pleito de compensação, o impetrante deverá carrear aos autos prova da efetiva existência dos créditos que procura opor. Isso em decorrência da característica própria do *mandamus* que não se compadece com instrução probatória e exige a apresentação de prova documental pré-constituída.

5. Conclusão

Em remate, mas sem pretensão de esgotar o tema, pode-se concluir que, não obstante se entenda pela eficácia declaratória da sentença em mandado de segurança[51], quando se tratar de compensação ela não poderá ser dotada de efeitos retroativos que levem ao reconhecimento de créditos que antecedam aos 120 dias anteriores à impetração em face das limitações impostas pelo art. 18, da Lei nº 1.533/51 e Súmulas 269 e 271 do STF.

Portanto, é indispensável que o Poder Judiciário adote uma postura mais firme e uniforme no tratamento dos pleitos de compensação formulados em sede de mandado de segurança.

As saídas, conforme ressaltado, a própria jurisprudência sumulada de nossas Cortes Superiores já oferece, cabendo apenas ao operador do direito aplicá-las devidamente.

Tal postura, acima de tudo, evitará que pretensões de menor densidade venham a se revestir de um manto protetivo como o fornecido pelo mandado de segurança, que se adequa apenas ao resguardo de interesses de alta envergadura na ordem constitucional.

Referências:

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4.ed. São Paulo: RT, 1998.

[49] *In "Compensação Tributária envolvendo créditos da União"* artigo doutrinário disponível em: http://www.aldemario.adv.br/artcompensa.htm.Acesso em 26 jul. 2002.

[50] AgRg no REsp **650923**/MG – 1ª T - Relator p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki – j. 20/10/2005, DJ 06.02.2006 p. 203; **AgRg no REsp 653603**/MG – 1ªT – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 26/10/2004 – DJ 06.12.2004 p. 229.

[51] Nos moldes estabelecidos na Súmula 213, do STJ.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 8.ed. São Paulo:RT, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança: um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 12.ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *A nova execução de sentença*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

GODOI, Marciano Seabra de. *Sistema Tributário Nacional na Jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao Direito Processual Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 9.ed. São Paulo: Método, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIEIRA, Rodrigo Dardeau. *Compensação tributária envolvendo créditos da União*. Home page de Aldemário Araújo Castro. Disponível em:http://www.aldemario.adv.br/artcompensa.htm.Acesso em 26 jul. 2002.

A CONDENAÇÃO DO EXECUTADO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NA EXECUÇÃO DA FAZENDA NACIONAL NOS CASOS DE PAGAMENTO DO CRÉDITO EXEQÜENDO APÓS A CITAÇÃO DO EXECUTADO

Marcelo Cláudio Fausto Maia
Mestre em Direito das Relações Econômicas pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho. Especialista em Administração Financeira pela FGV. Especialista em Finanças Corporativas pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Magistério Superior em Direito pela Universidade Estácio de Sá.
Procurador da Fazenda Nacional.

1. Introdução

Como se demonstra a seguir, com o delineamento da evolução histórica da legislação referente aos encargos decorrentes da inscrição em Dívida Ativa da União (DAU), bem como, da legitimação subjetiva para cobrança executiva da mesma dívida, o ordenamento jurídico impõe tanto a cobrança de encargos legais decorrentes de inscrição de débito em DAU, como impõe, como efeito da sucumbência, a condenação concomitante em honorários de advogado.

Antes da Lei 4.439/64 há que ser admitido que a própria União pagava aos órgãos encarregados da inscrição e cobrança judicial dos créditos em dívida ativa, as percentagens respectivas, sobre o valor arrecadado. De outro modo, não se pode entender o dito no art. 21 da lei citada de que tais percentagens "... *passarão a ser pagas pelo executado...*" Foi a Lei 4.439/64 que transferiu o pagamento de tais percentagens à responsabilidade do executado.

O DL 1.025/69 manteve o pagamento pelo executado, mas apropriou-se da receita total ("*É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobran-*

ça da divida ativa da União"). Em contrapartida a tal apropriação, criou no art. 2° uma verba salarial a ser paga aos Procuradores encarregados da inscrição e cobrança judicial (*"Fica fixado em valor correspondente ate um mês do vencimento estabelecido em lei..."*). O único dispositivo legal que previu a substituição da sucumbência pelo encargo legal de 20% foi o DL 1.645/78 restou derrogado pela Lei 8.952/94.

Aliás, antes mesmo da Lei 8.952/94, a Lei 7.711/88 já havia colocado uma pá de cal na questão ao dizer que o encargo de que tratava a legislação desde o DL 1.025/69 era destinado "... *a atender a despesas com programa previsto nesse artigo, e será gerido pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional de acordo com o disposto no art. 6° desta Lei*".

Essa modificação última tem também uma outra razão, de ordem formal. Antes da Carta Constitucional de 1988, quem realizava de forma majoritária, mas não exclusiva a cobrança executiva da dívida ativa da União era o Ministério Público. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em que pese já então contar com permissivo legal para representar a União em juízo (inciso V do Art. 81 da Emenda Constitucional N° 1 de 1969 regulamentada, no que concerne à PGFN, pelo Art. 14 do Decreto 76.085 de 06 de agosto de 1975), em regra, em se tratando de execução fiscal, apenas realizava os atos administrativos de inscrição. Ora, o Órgão Ministerial não é composto de advogados, a despeito da capacidade postulatória de seus membros (que é sempre vinculada). Não sendo advogados, é natural que a legislação que tratava da cobrança da Dívida Ativa da União pudesse conter alguma restrição à cobrança e percepção de honorários advocatícios. Isso pela óbvia constatação de que um Promotor de Justiça não é um advogado.

Não obstante, a Constituição da República mudou totalmente o panorama. Ela elevou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional à égide de Órgão constitucional, e lhe deu a prerrogativa de realizar, com exclusividade, a cobrança judicial da Dívida Ativa da União em matéria tributária, mantida, ainda, a atribuição de inscrição da mesma dívida. Com a instalação definitiva da PGFN como órgão jurídico da encarregado da representação judicial e extrajudicial da União em matéria fiscal - o que inclui créditos tributários e não tributários - em 1993, faleceu a possibilidade de o Ministério Público realizar a execução fiscal da dívida ativa da União.

A mudança subjetiva do órgão executor majoritário foi acompanhada pela mudança legislativa, imediatamente posterior à nova ordem constitucional, ensejada pela já citada Lei 7.711/88. Como evidenciado alhures, tal diploma transmutou o encargo legal em indenização de custo administrativo, que se origina dos atos de inscrição e cobrança da dívida ativa. Não se podendo mais falar que a mesma tenha

natureza de honorários de sucumbência.

2. Jurisprudências selecionadas que corroboram a interpretação aqui defendida

Diversas são as decisões judiciais ainda hoje que erroneamente deixam de condenar o executado da Fazenda Nacional em honorários com base no equivocado entendimento de que a sucumbência restaria substituída pelo encargo legal.

Mas há também decisões judiciais que admitem a cumulação de sucumbência com o encargo. Este é o caso, por exemplo, da jurisprudência abaixo:

> *EXECUCAO FISCAL CONIRA MASSA FALIDA - MULTA -ENCARGO DE 20% DO DL 1.025/69 - 1 - O art. 23, III, do DL 7.661/45, é perfeitamente aplicável nos processos de execução fiscal contra massa falida, pois o sistema permite. Destarte, indevida cobrança de multa da massa falida. 2 - O encargo previsto no art. 1° do DL 1.025/69, a partir da edição da Lei 7.711/88 não possui natureza exclusivamente identificada com honorários advocaticios, pois se destina ao custeio da arrecadação de receitas inscritas como Divida Ativa da União, conforme art. 3° da Lei acima mencionada. Destarte, o encargo é devido e seu percentual/ não pode ser reduzido. (TRF 4° R - AC 2000.04.01.120266-0 - RS - 2° T, Rel. Juiz Elcio Pinheiro de Castro, DJU 12/04/201, pg 201).*

Prova maior de que não mais se aplicam ao caso o DL 1.025/69 (*rectius* DL1.645/78) e a Súmula 168/TFR é que o STJ, em jurisprudência recentíssima, repetidora de bom número de decisões no mesmo sentido, pontificou: "*Os encargos legais são cumuláveis com os honorários advocatícios, ambos podendo ser cobrados concomitantemente nas execuções fiscais da União*"(Resp. 491 168, Relator Min. José Delgado, 1ª Turma, recorrente a Fazenda Nacional, e cujo inteiro teor faz parte do anexo a este trabalho.

> *EXECUCÃO FISCAL - ENCARGO PREVISTO PELO DL 1.025/69 - EXIGIBILIDADE NO PERCENTUAL DE 20% - O encargo previsto no art. 1° do DL 1.025/69 deixou de ter natureza exclusiva de honorários, assumindo a função de cobrir todas as despesas com os atos judiciais para propositura da execução, sendo devido no percentual de 20%. A fixação do encargo, no percentual de 10%, somente é possível em caso de pagamento do débito/o antes da remessa da Certidão da Divida Ativa da União ao órgao competente para o ajuizamento, nos termos do art. 3° do DL 1.569/77. Agravo de Instrumento provido. (IRF 3° R - AI 99834 (1999.03.00.062146-2) - 4° T - ReL Des Fed Therezinha Cazerta - DJU 13/10/2000,pág 738).*

3. O Encargo do FGTS cumula com a Condenação do Executado em Honorários

O Encargo do FGTS criado pelo Art. 2° da lei 9.467/97 e alterado pelo Art. 8° lei 9.962/2000 tem natureza jurídica semelhante ao do encargo legal da Lei 7.711/88.

Art. 8 da Lei 9.964/2000:

Art. 8° O § 4° do art. 2° da Lei n° 8.844, de 20 de janeiro de 1994, alterada pela Lei n° 9.467, de 10 de julho de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:

> "§ 4°. Na cobrança judicial dos créditos do FGTS, incidirá encargo de 10% (dez por cento), que reverterá para o Fundo, para ressarcimento dos custos por ele incorridos, o qual será reduzido para 5% (cinco por cento), se o pagamento se der antes do ajuizamento da cobrança."

E seja nas execuções de créditos de FGTS promovidas diretamente pela PGFN ou indiretamente por intermédio da Caixa Econômica Federal (CEF) mediante convênio (Art. 2° da Lei 8.844/94 conforme redação dada pela Lei 9.467/97) há a cumulatividade da incidência do encargo de 10% com a condenação de honorários de sucumbência estipulados pelo juiz da causa quando o pagamento do crédito exeqüendo se dá após o ajuizamento da execução. Indaga-se então: por que nos casos de pagamento de crédito inscrito em dívida ativa da União após o ajuizamento da respectiva execução fiscal deve-se aplicar regra diversa? Não há lógica jurídica capaz de sustentar tal não isonomia.

4. Da Sucumbência e dos seus Efeitos

Diante do quadro exposto, provado o caráter administrativo-indenizatório do acréscimo de 20%, nunca o de honorários, questiona-se sobre a sucumbência.

Em todos feitos, movidos sob o patrocínio de advogado, em havendo sucumbência, um de seus inolvidáveis efeitos é a condenação em honorários de advogado. Assim como as custas e as despesas processuais, aqueles são conseqüência lógico-natural do desfecho de um processo judicial. Se uma pessoa, natural ou jurídica, se viu obrigada a utilizar-se do Judiciário para ver valer suas pretensões, e, logrando êxito, natural que seu patrono receba as conseqüências econômicas de seu labor.

Porém, os honorários não decorrem apenas da lógica processualística. O legislador pátrio quis por bem consignar em diversos diplomas legais a obrigatoriedade da imposição de honorários ao vencedor. E bem assim dispôs no CPC:

> *Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.*

Claro o CPC no sentido de que a condenação ao vencido contém em si a obrigação de pagar honorários ao advogado do vencedor. No mesmo sentido, o Art. 22 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94):

> *Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o DIREITO aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*

Não restam dúvidas, ainda, de que os Procuradores da Fazenda Nacional são advogados, inscritos na OAB. O próprio Estatuto da Advocacia e da OAB diz isso, textualmente, em seu art. 3°:

> *Art. 3°. o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.*
>
> *§ 1 °. Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta Lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da* Procuradoria da Fazenda Nacional. *da Defensoria Publica e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.*

Ainda na seara da obrigatoriedade da sucumbência, o já citado art. 20/CPC, em seu parágrafo quarto, traz norma específica no tocante à condenação em honorários de advogado em processos de execução. É o texto:

> § 4°. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, **e nas execuções embargadas ou não**, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior. (Redação dada ao parágrafo pela Lei n° 8.952, de 13.12.1994)

De se notar que o referido parágrafo tem sua redação dada pela Lei 8.952/94, ou seja, é lei nova em relação às disposições anteriores que tratem da condenação em honorários, de modo que revoga, tacitamente, todo comando que seja destoante da atual redação. Não se esquecendo, também, de que o referido dispositivo trata de maneira genérica as execuções, sejam embargadas, ou não. Conclui-se daí que mesmo a execução fiscal, espécie do gênero execução, é abrangida por esta determinação impositiva.

Demais disso, o STJ editou a Súmula 153, que tem a seguinte redação:

> 153 - A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exeqüente dos encargos da sucumbência.

Referência:

Lei 6.830, de 22.09.1980, arts. 1° e 26.
CPC, art. 20, § 4°.

REsp	8.589-SP	(1ª T. 28.08.1991 - DJU 16.09.1991)
REsp	17.102-SP	(1ª T. 08.04.1992 - DJU 01.06.1992)
REsp	46.952-SP	(1ª T. 14.09.1994 - DJU 17.10.1994)
REsp	31.961-RJ	(1ª T. 14.12.1994 - DJU 20.02.1995)
REsp	7.361-SP	(2ª T. 13.03.1991 - DJU 08.04.1991)
REsp	19.085-SP	(2ª T. 22.04.1992 - DJU 18.05.1992)
REsp	7.816-SP	(2ª T. 07.06.1993 - DJU 28.06.1993)
REsp	61.351-SP	(2ª T. 17.04.1995 - DJU 15.05.1995)
REsp	64.175-SP	(2ª T. 31.05.1995 - DJU 19.06.1995)

(DJU 14.03.1996)

A Súmula em comento trata da inafastabilidade da condenação em sucumbência do exeqüente que se utilize da execução fiscal no caso de desistência, mesmo após o oferecimento de embargos. Tal Súmula, que tem como referência expressa o parágrafo quarto do art. 20 é norma isonômica. Cuida de impor a sucumbência ao exeqüente, mas, a contrário senso, também impõe a mesma condenação ao executado. Retrata, desse modo, a pacificidade da jurisprudência do STJ no que tange à exigibilidade de honorários de advogado em execuções fiscais, especificamente.

5. Conclusões

1 - O encargo legal da Lei 7.711/88 tem natureza jurídica de indenização do custo administrativo incorrido pela PGFN com as atividades de inscrição em dívida ativa da União e cobrança do crédito público inscrito em dívida ativa da União.

2 - A conjugação dos dispositivos, o CPC, a Súmula 153 do STJ e o Estatuto da Advocacia e da OAB tornam indiscutível a questão: aos advogados vencedores em demandas judiciais (incluindo-se como advogados os Procuradores da Fazenda Nacional) são devidos honorários sucumbenciais.

3 - O encargo legal da Lei 7.711/88 é perfeitamente cumulável com a condenação do executado em honorários de sucumbência na execução da Fazenda

Nacional nos casos de pagamento do crédito exeqüendo após a citação do executado

Governador Valadares, 29 de junho de 2004.

Anexo

STJ: Encargo Legal e Honorários Advocatícios são cumuláveis

Conforme decisão abaixo, do STJ, os encargos legais são cumuláveis com os honorários advocatícios, ambos podendo ser cobrados concomitantemente nas execuções fiscais da União.

Identificação:
RESP 491168
Ministro(a)
Min. JOSÉ DELGADO

Fonte:
DJ DATA: 31/03/2003
Órgão Julgador
T1 - Primeira Turma
Texto do Despacho
([V1])
RECURSO ESPECIAL N° 491.168 - RS (2002/0161292-9)

RELATOR:	MINISTRO JOSÉ DELGADO
RECORRENTE:	FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR:	RODRIGO PEREIRA DA SILVA FRANK E OUTROS
RECORRIDO:	ANTONIO CEVERO SORAIRE
ADVOGADO:	LEONARDO MENEGHETI E OUTROS

Decisão

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO PREVISTO NO DECRETO-LEI N° 1.025/69. NATUREZA DE DESPESA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO OU EXCLUSÃO. APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL.

1. Reveste-se de legitimidade e legalidade a cobrança do encargo de 20% (vinte por cento) previsto no art. 1°, do Decreto-Lei n° 1.025/69, destinando-se o mesmo à cobertura das despesas realizadas no fito de promover a apreciação dos tributos não recolhidos.

2. Acaso o débito existente seja quitado antes da propositura do executivo fiscal, tal taxa será reduzida a 10% (dez por cento),consoante o disposto no art. 3°, do Decreto-Lei n° 1.569/77.

3. A partir da Lei n° 7.711/88, o referido encargo deixou de ter a natureza exclusiva de honorários e passou a ser considerado, também,como espécie de remuneração das despesas com os atos judiciais para a propositura da execução, não sendo mero substituto da verba honorária.

4. Destina-se o encargo ao custeio da arrecadação da dívida ativa da União como um todo, incluindo projetos de modernização e despesas judiciais (Lei n° 7.711/88, art. 3° e parágrafo único). Não pode ter a sua natureza identificada exclusivamente como honorários advocatícios de sucumbência para fins de ser reduzido o percentual de 20% fixado no DL n° 1.025/69. A fixação do referido percentual é independente dos honorários advocatícios sucumbenciais. Precedentes.

5. Recurso provido (art. 557, § 1°, do CPC).

Vistos, etc.

A Fazenda Nacional interpõe Recurso Especial (art. 105, III, "a",da CF/88) contra v. Acórdão segundo o qual, nas execuções fiscais promovidas pela União, o encargo de 20%, do DL n° 1.025/69, cobrado no executivo, substitui a verba honorária nos embargos do devedor eventualmente opostos, nos termos da Súmula n° 168/TFR.

Sustenta-se violação aos arts. 535, I e II, do CPC, 5°, § 3°, da Lei n° 10.189/01, 13, § 3°, da Lei n° 9.964/00, e 26, caput, do CPC,por considerar impossível a redução do encargo legal previsto em 20%.

Relatados, decido.

O artigo 1°, do DL n° 1.025/69, assim dispõe:

"É declarada extinta a participação de servidores públicos na cobrança da Dívida da União, a que se referem os artigos 21 da Lei n° 4.439, de 27 de outubro de 1964, e 1°, inciso II, da Lei n° 5.421, de 25 de abril de 1968, passando a taxa, no total de 20%(vinte por cento), paga pelo executado, a ser recolhida aos cofres públicos."

Do dispositivo legal acima transcrito, conclui-se que afigura-se legítima a cobrança do encargo de 20%, destinando-se tal percentual para os fins previstos no art. 3°, da Lei n° 7.711/88. Tal artigo tem a seguinte redação:

"Art. 3° - A partir do exercício de 1989 fica instituído programa de trabalho de "Incentivo à Arrecadação da Dívida Ativa da União", constituído de projetos destinados ao incentivo da arrecadação,administrativa ou judicial, de receitas inscritas como Dívida Ativa da União, à implementação, desenvolvimento e modernização de redes e sistemas de processamento de dados, no custeio de taxas, custas e emolumentos relacionados com a execução fiscal e a defesa judicial da Fazenda Nacional e sua representação em Juízo, em causas de natureza fiscal, bem assim diligências, publicações, pró-labore de peritos técnicos, de êxito, inclusive a seus procuradores e ao Ministério Público Estadual e de avaliadores e contadores, e aos serviços relativos à penhora de bens e à remoção e depósito de bens penhorados ou adjudicados à Fazenda Nacional."

Por sua vez, o art. 39, § 4°, da Lei n° 4.320/64, enuncia que:

"Art. 39 - § 4° - A receita da Dívida Ativa abrange os créditos mencionados nos parágrafos anteriores, bem como os valores correspondentes à respectiva atualização monetária, à multa e juros de mora e ao encargo de que tratam o art. 1° do Decreto-lei n°1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3° do Decreto-lei n°1.645, de 11 de dezembro de 1978." Deve-se ressaltar, ainda, que ex vi do disposto no DL n° 1.569/77, em seu art. 3°, a redução da taxa prevista no DL n° 1.025/69 sóocorrerá quando o devedor pagar o débito inscrito na Dívida Ativa da União antes do ajuizamento da execução.

De tudo quanto exposto, conclui-se que é legítima a cobrança de taxa de 20% prevista no DL n° 1.025/69, destinando-se a mesma para os fins previstos no art. 3°, da Lei n° 7.711/88, integrando esta, consoante o art. 39, § 4°, da Lei n° 4.320/64, a receita da Dívida Ativa.

Outro não vem sendo o entendimento desta Colenda Corte. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO PREVISTO NO ART. 1° DO DECRETO-LEI N° 1.025/69. RECURSO PROVIDO.

I - É legítima a cobrança do encargo de 20% previsto no art. 1° do Decreto-lei n° 1.025/69, o qual serve para cobrir todas as despesas(inclusive honorários advocatícios) relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba de patrocínio.

II - Recurso especial conhecido e provido." (REsp. n° 126.733/DF,

Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 04.08.97)

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO PREVISTO NO DECRETO-LEI N°1.025, DE 1969.

- O quantum do encargo previsto no Decreto-Lei n° 1.025, de 1969 é de 20% (vinte por cento) sobre o valor de débito, se já proposta a execução fiscal;

se o débito for pago antes do ajuizamento da execução, a verba fica reduzida a 10% (dez por cento) do respectivo montante (Decreto-Lei nº 1.569, de 1977, artigo 3º).

- Recurso especial conhecido e provido." (REsp. nº 124.261/DF, Rel.Min. Ari Pargendler, DJ de 01.09.97).

Por outro lado, a partir da Lei nº 7.711/88, o referido encargo deixou de ter a natureza exclusiva de honorários e passou a ser considerado, também, como espécie de remuneração das despesas com os atos judiciais para a propositura da execução, não sendo mero substituto da verba honorária. Dessa forma, ele não se confunde com os honorários de sucumbência, previstos no art. 20, do CPC.

Destina-se o aludido encargo ao custeio da arrecadação da dívida ativa da União como um todo, incluindo projetos de modernização e despesas judiciais (Lei nº 7.711/88, art. 3º e parágrafo único).

Portanto, não pode ter a sua natureza identificada exclusivamente como honorários advocatícios de sucumbência para fins de ser reduzido o percentual de 20% fixado no citado DL. Nessa esteira os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO PREVISTO NO ART. 1º DO DEL. 1.025/69. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

I - É legítima a cobrança do encargo de 20% previsto no art. 1º doDL. 1.025/69, o qual serve para cobrir todas as despesas (inclusive honorários advocatícios) relativas à arrecadação dos tributos não recolhidos, não sendo mero substituto da verba honorária.

II - Embargos de divergência acolhidos." (EREsp nº 124263/DF, 1ªSeção, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 10/08/1998)

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 1.025/69. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DO PERCENTUAL.

PRECEDENTES.

1. O encargo de 20% previsto no art. 1º do Decreto-lei 1.025/69 destina-se a cobrir despesas concernentes à arrecadação de tributos não recolhidos, inclusive honorários advocatícios, não sendo mero substituto da verba de patrocínio.

2. Recurso especial conhecido e provido." (REsp nº 205819/MG, 2ªTurma, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 02/05/2000).No mesmo sentido e do mesmo Relator: REsp nº 181747/RN, DJ de 10/04/2000; REsp nº 172105/

DF, DJ de 10/04/2000.

"PROCESSUAL - EXECUÇÃO FISCAL - ACRÉSCIMO PREVISTO NO ART. 1º DO DL 1.025/69 - SANÇÃO AO DEVEDOR RECALCITRANTE - POSSIBILIDADE.

- O acréscimo ao valor do débito fiscal, determinado pelo DL 1.025/69, constitui sanção, cominada ao devedor recalcitrante, em percentagem legalmente fixada. Não se confunde com os honorários de sucumbência, previstos no Art. 20 do Código de Processo Civil. Não é lícito ao Juiz eximir o devedor recalcitrante do pagamento do encargo." (REsp nº 220587/SP, 1ª Turma, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 03/11/1999).

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ENCARGO DO ART. 1º DO DECRETO-LEI N.

1.025/69. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE 20%. IMPOSSIBILIDADE. LEIS NºS 4.320/64 E 7.711/88.

I. O encargo previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/69, destina-se ao custeio da arrecadação da dívida ativa da União como um todo, incluindo projetos de modernização e despesas judiciais(Lei n. 7.711/88, art. 3º e § único), pelo que não pode ter a sua natureza identificada exclusivamente como honorários advocatícios de sucumbência e, sob tal fundamento, ser reduzido o percentual de 20% fixado no citado diploma legal.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso conhecido e provido." (REsp nº 197590/MG, 2ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 17/05/1999)

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS. DEL. 1.025/69, ART. 1º.

1. Nas execuções fiscais é sempre devido o encargo de 20% (vinte por cento), conforme previsão do DEL. 1.025, de 1969.

2. A partir da Lei 7.711, de 22/12/88, o referido encargo deixou de ter a natureza exclusiva de honorários e passou a ser considerado, também, como espécie de remuneração das despesas com os atos judiciais para a propositura da execução.

3. Precedentes jurisprudenciais. Recurso provido." (REsp nº 136055/DF, 1ª Turma, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, sendo este Rel.designado p/ o Acórdão, DJ de 03/08/1998). No mesmo sentido e desta relatoria: REsp nº 154773/DF, DJ de 06/04/1998; REsp nº 154761/MG, DJ de 16/03/1998; REsp nº 146217/MG,DJ

de 02/02/1998.Posto isto, DOU provimento ao recurso (art. 557, § 1º, do CPC),para determinar que a fixação do percentual em 20%, do DL nº1.025/69, é independente dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2003.

MINISTRO JOSÉ DELGADO
Relator

O DIREITO CIVIL COMO FUNDAMENTO NORMATIVO PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL AO SÓCIO DA EMPRESA

Marcus Abraham
Doutor em Direito Público – UERJ
Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ
Procurador da Fazenda Nacional

Sumário: I- Introdução; II- Limitações Normativas Preliminares; III- O Direito Tributário como Norma de Sobreposição; IV- IV- Regras do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária; V- Princípios do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária; VI- Normas do Direito Tributário nas cobranças das Dívidas Tributárias; VII – Conclusão; Bibliografia.

I. Introdução

Pacificou-se, tanto da doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que a mera inadimplência fiscal não enseja, por si só, a responsabilidade do sócio-administrador, dependendo para tanto, da demonstração por parte da Fazenda Pública, de ser ele, ou ter sido à época do fato gerador da obrigação tributária (nascimento da dívida fiscal), sócio-administrador da empresa, e ter agido com excesso de poderes, violação à lei ou ao estatuto ou contrato social, ou, ainda, tendo realizado uma dissolução irregular da sociedade.

Este posicionamento foi construído pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[1], o qual vem considerando, de forma pacífica, que o inadimplemento da obrigação de pagar tributos não constitui infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, com exceção das obrigações de natureza previdenciária, tendo em vista que neste

[1] (Precedentes: REsp n.º 513.912/MG, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, Rel. Min. Luiz Fux DJ de 25/10/2004).

[2] STJ - REsp 610216/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.03.2004; DJ 03.05.2004 p. 124 - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO QUOTISTA. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÉBITOS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.620/93, ART. 13. Ementa: 1. A regra no egrégio STJ, em tema de responsabilidade patrimonial secundária, é a de que o

caso, há um dispositivo legal específico que impõe aos sócios a obrigação solidária (art. 13, da Lei nº 8.620/93)[2].

Em outras palavras, para aquele Tribunal Superior, a imputação da responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN não está vinculada apenas ao inadimplemento da obrigação tributária, mas à configuração das demais condutas nele descritas: práticas de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto. Entretanto, aceita a solidariedade, quando há norma expressa para isso.

Pois bem, diante da atual limitação jurisprudencial da aplicabilidade do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional para fundamentar o redirecionamento de Ações de Execução Fiscal que são obstadas por ausência de bens da empresa devedora e como alternativa jurídica para dar continuidade à recuperação do crédito tributário, oferecemos à análise dispositivos do Direito Privado, como os do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 2002), os da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404. de 1976) e, inclusive, os da Lei de Recuperação Empresarial (Lei nº 11.101/05), tudo em conjunto com o próprio Código Tributário Nacional, e em especial os seus artigos 121, 124[3] e 128[4], que muitas vezes são menosprezados ou, simplesmente, ofuscados por uma suposta especialidade que aludido artigo 135, inciso III, teria.

redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. 2. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e pro labore, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público. 3. Tratando-se "de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação pelo credor exeqüente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora." 4. Deveras, no campo tributário, quanto à aplicação da lei no tempo, vigora o princípio de que "a lei aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros" (art. 105), de sorte que a ressalva do agravado respeita o período pretérito. Isto porque, respeitados os princípios da anterioridade, da legalidade, e demais informadores do sistema tributário, a relação do cidadão com o fisco é de trato sucessivo, por isso que não há direito adquirido em relação ao futuro, somente quanto ao passado. 5. A regra da limitação das obrigações sociais refere-se àquelas derivadas dos atos praticados pela entidade no cumprimento de seus fins contratuais, inaplicando-se às obrigações tributárias pretéritas, que serviram à satisfação das necessidades coletivas. Por essa razão é que o novel Código Civil, que convive com o Código Tributário e as leis fiscais, não se refere à obrigações fiscais, convivendo, assim, a lei especial e a lei geral. 6. Hipótese em que a execução fiscal refere-se a débitos anteriores à vigência da Lei 8.620/93. 7. Recurso especial desprovido.

[3] **Art. 124.** São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei.

[4] **Art. 128.** Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

2. Limites Normativos Preliminares

Cabe, inicialmente, estabelecer algumas premissas de ordem normativa à tese que se propõe apresentar. Em primeiro lugar, temos que considerar a análise de apenas duas formas societárias: a Sociedade Limitada (artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil de 2002) e a Sociedade Anônima (Lei nº 6.404/76). Isto porque as demais formas de sociedades já contêm, segundo a própria legislação civil-empresarial, imputação de responsabilidade solidária e ilimitada a um ou mais sócios, carecendo, portanto, de outro instrumento ou mecanismo normativo para lhes aplicar a responsabilidade pelos créditos de natureza tributária. Outrossim, dada essa característica, são raras, hoje, as sociedades que não sejam constituídas numas daquelas duas formas mais comuns, acima citadas.

Quanto ao Empresário Individual, previsto e regulado pelo artigo 966 e seguintes do novel Código Civil, antigo "Comerciante ou Firma Individual", não obstante este exista em quantidade relevante e substancial[5] para a economia, e a legislação fiscal lhe atribua, por equiparação, uma ficta personalidade jurídica e lhe conceda o respectivo CNPJ[6], para efeitos civis o mesmo não dispõe de personalidade jurídica (não está no rol taxativo do artigo 44 do Código Civil de 2002) e, portanto, também responde de forma ilimitada pelas obrigações sociais, inclusive por débitos tributários.

Finalmente, devemos excluir do escopo desta análise os sócios meramente investidores ou de participação pecuniária (quotistas ou acionistas)[7], considerando que estes, independente da forma societária, não participam das deliberações sociais, afastando a aplicação, portanto, da teoria da responsabilidade, que impõe na sua composição os seguintes elementos: a) conduta; b) dolo ou culpa; c) nexo de causalidade; e d) dano. Desta feita, ausente o primeiro elemento "conduta", que se revelaria pela sua manifestação de vontade, que ocorre somente com os

[5] Segundo o Departamento Nacional de Registro de Comércio – DNRC, nos últimos 20 anos (de 1985 a 1995), foram constituídos e registrados nas Juntas Comerciais brasileiras 4.569.288 Estatutos de Empresários Individuais (sítio da internet: www.dnrc.gov.br, visita em 01/10/2006).

[6] Art. 150, Regulamento do Imposto de Renda (RIR). As empresas individuais, para os efeitos do imposto de renda, são equiparadas às pessoas jurídicas (Dec-Lei nº 1.706, de 23/10/1979, art. 2º). Art. 214, RIR. As pessoas jurídicas em geral, inclusive as empresas individuais, serão obrigatoriamente inscritas no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, observadas as normas aprovadas pelo Secretário da Receita Federal (Lei nº 9.250, de 1995, art. 37, inciso II).

[7] STJ - REsp 40435/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.11.1996, DJ 25.11.1996 p. 46173 - TRIBUTARIO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA. MERO QUOTISTA, SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO. A PRATICA DE ATOS CONTRARIOS A LEI OU COM EXCESSO DE MANDATO SO INDUZ A RESPONSABILIDADE DE QUEM TENHA ADMINISTRADO A SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, ISTO E, SEUS SOCIOS-GERENTES; ESSA SOLIDARIEDADE NÃO SE EXPANDE AOS MEROS QUOTISTAS, SEM PODERES DE GESTÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

sócios administradores ou controladores. Ademais, e por conseqüência, não vislumbraremos, também, o dolo ou culpa e o respectivo nexo de causalidade entre o não pagamento de tributos e o dano ao erário, para estes sócios de mera participação pecuniária. Ressalve-se, finalmente, que, no silêncio do contrato, todos os sócios têm poderes para agir como administradores e, por conseqüência, responderão por suas omissões.

Dito isso, trabalharemos analisando as questões fiscais que envolvem apenas as Sociedades Limitadas e as Sociedades Anônimas, bem como os seus sócios quotistas e acionistas que participam das deliberações sociais (por ação ou omissão), independente de serem minoritários ou controladores, já que em qualquer caso terão ciência dos atos que deram ensejo à inadimplência fiscal, ressalvados os casos acima explicitados.

Finalmente, ressaltamos que não utilizaremos apenas as disposições legais específicas das Sociedades Limitadas e das Sociedades Anônimas, mas também buscaremos fundamentar nossas premissas nas normas das Sociedades Simples, que se aplicam subsidiariamente às demais sociedades, na grande maioria dos casos. Primeiro, por determinação do artigo 1.053 do próprio Código Civil de 2002, ao afirmar que a Sociedade Limitada rege-se, nas omissões do respectivo capítulo, pelas normas das Sociedades Simples (artigos 997 a 1.038), cujas regras, aliás, foram concebidas para serem "normas gerais do direito de empresa"[8], o que influenciaria, também, as demais formas societárias, inclusive as acionárias. Segundo, porque à égide do Decreto 3.708/1919 (que regia as Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada), o seu artigo 18 já estabelecia como fonte supletiva a Lei das Sociedades Anônimas, independente de cláusula expressa e, por isso, raros são hoje os contratos sociais que dispõem um dispositivo proclamando tal regência, como faz, atualmente, a ressalva do parágrafo único do artigo 1.053. E, em terceiro lugar, é muito comum encontrarmos dispositivos no capítulo próprio das Sociedades Limitadas, fazendo remissões expressas a artigos específicos das Sociedades Simples, como, por exemplo, o citado artigo 1.072[9], que trata das deliberações dos sócios, que em seu texto, nos remete ao artigo 1.010, o qual versa sobre a administração da sociedade e, em seu §3o, determina que "*responde por perdas e danos o sócio que, tendo em alguma operação interesse contrário ao da sociedade, participar da deliberação que a aprove graças a seu voto.*"

[8] Segundo José Edwaldo Tavares Borba: "A sociedade simples assume na legislação brasileira um papel relevante, posto que as disposições que a regem funcionam, com delação aos demais tipos societários, como legislação subsidiária". (BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.92)

[9] Art. 1.072 do Código Civil de 2002. *As deliberações dos sócios, obedecido o disposto no art. 1.010, serão tomadas em reunião ou em assembléia, conforme previsto no contrato social, devendo ser convocadas pelos administradores nos casos previstos em lei ou no contrato.*

3. O Direito Tributário como Norma de Sobreposição

Considerando que o objeto de tributação – o fato gerador da obrigação tributária - para o direito fiscal é um ato ou fato de natureza e expressão econômica, porém com efeitos jurídicos, relativos a uma atividade, renda ou ao patrimônio do contribuinte, independente da forma com que se realize, mister se faz considerar que tal obrigação surge, primariamente, no campo do Direito Civil, plano jurígeno dos fatos jurídicos[10]. Até porque, é comum afirmar que o direito tributário é um "direito de sobreposição", já que toma por base os fatos ou atos e seus efeitos do direito privado para, e somente após, determinar as respectivas conseqüências fiscais, ou seja, declarando a realização ou não do fato gerador e suas características.

Nas palavras de Amílcar de Araújo Falcão[11] "*É o fato gerador um fato jurídico em sentido estrito (...) um fato econômico, ao qual o Direito empresta relevo jurídico*". No mesmo sentido, ensina Ricardo Lobo Torres[12]: "*Fato gerador é a circunstância da vida – representada por um fato, ato ou situação jurídica – que, definida em lei, dá nascimento à obrigação tributária.*"

Portanto, trata-se, de um fato humano, cujo efeito jurídico é a realização da disposição de sua vontade, dotada de conteúdo econômico. E a vontade humana é o elemento chave na condução de sua via patrimonial, capaz de produzir efeitos jurídicos no plano material.

Sobre o tema, explica Vicente Ráo[13]:

[10] Segundo João Baptista Villela, a juridicidade dos fatos jurídicos não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Ao lado de fatos que podem ser jurídicos ou não, há os necessariamente portadores dessa propriedade, como o nascimento ou a morte, que sempre produzem conseqüências jurídicas. Entre os fatos essencialmente jurídicos, cabe distinguir os voluntários dos involuntários. Nos primeiros, exclusivamente humanos, temos o ato, que pode ser lícito ou ilícito. Nos segundos, temos os fatos naturais. Assim, o ato jurídico é entendido como manifestação lícita da vontade, apta a criar, conservar, modificar, transferir ou extinguir direitos. Na categoria de atos jurídicos, temos a distinção entre negócios e os atos *stricto sensu*. Se produzidos em consideração à vontade do agente, ter-se-ia o ato negocial. Se independentemente dela e por força da atuação objetiva que se desenvolve, ter-se-ia o não-negocial ou fato jurídico em sentido estrito. (Do Fato ao Negócio: em Busca da Precisão Conceitual. *in* DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 256-265).

[11] FALCÃO, Amílcar de Araújo. Fato Gerador da Obrigação Tributária. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 27-29.

[12] TORRES, Ricardo Lobo Torres. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 205.

[13] RÁO, Vicente. Ato Jurídico: Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4ªd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p 23.

A vontade manifestada, ou declarada, possui no universo jurídico poderosa força criadora: é a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e, em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção dos direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daqueles.

Sobre esse entendimento de ser o Direito Tributário uma "norma de sobreposição", afirma categoricamente Sacha Calmon Navarro Coelho[14]:

O Direito Tributário é um direito de superposição, que atua sobre as relações que se formam sob a égide das demais normas do ordenamento jurídico. Ocorrido no mundo o fenomênico fato gerador previsto na lei tributária, surge o vínculo que obriga o contribuinte a pagar tributo ao Estado.

O vasto ramo do direito privado abriga a maior parte das regras que regem relações potencialmente tributáveis. É a apreensão de um dado da realidade fática, ocorrido sob o pálio de normas oriundas de outros ramos do direito (mormente do direito privado, consoante referido), que possibilitará a cobrança de tributos por parte do Estado-Administração.

Neste mesmo sentido, afirma João Francisco Bianco[15] que "*o direito tributário, como todo mundo sabe, é aquele direito de sobreposição, é um direito que se sobrepõe ao direito privado para dele extrair o conceito e regular os efeitos tributários decorrentes*"

Igualmente, assim coloca José Eduardo Soares de Melo[16]:

Considerando que o direito tributário constitui um direito de superposição, incidindo sobre realidades postas por outros ramos do direito(civil, comercial etc.), tornou-se imprescindível buscar a conceituação das espécies básicas de obrigações (dar e fazer), para delinear os âmbitos tributários (IPI, ICMS, ISS)."

Ressalte-se, ademais, que se o próprio artigo 110[17] do Código Tributário Nacional determina a observância pelo Direito Tributário do alcance dos institutos do Direito Privado, não há como fugir da conclusão de que o ordenamento privado estabelece as premissas, condições e resultados das relações jurídicas para a posterior incidência do ordenamento fiscal.

[14] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro e MOREIRA, André Mendes. Direito Tributario e o Novo Código Civil. GRUPENMACHER, Betina Treiger (organizadora). Reflexos do Novo Código Civil no Direito Tributário. Sao Paulo: Quartier Latin, 2004. p.197.

[15] BIANCO, João Francisco. O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil. *in*: BORGES, Eduardo de Carvalho (Coordenador). Impacto Tributário do Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 124.

[16] MELO, José Eduardo Soares de. Imposto sobre serviços de comunicação. São Paulo: Malheiros. 2000. p 60.

[17] Art. 110 do Código Tributário Nacional. "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

E nos apoiamos, novamente, em Sacha Calmon Navarro Coelho[18] que confirma o raciocínio, ao afirmar:

Afinal, se a lei tributária não pode sequer modificar os institutos e conceitos de direito privado, consoante dispõe expressamente o art. 110 do Código Tributário Nacional, as mudanças operadas nesses mesmos institutos pela própria lei civil irão, conseqüentemente, alterar a estrutura das relações jurídico-tributárias, avultando como importante a análise do efetivo alcance dessas transformações no Direito Tributário.

Ora, se a nossa pretensão é abordar e discutir a imputação de responsabilidade ao sócio-administrador, não podemos deixar de considerar que as situações jurídicas são criadas, em um primeiro momento, na esfera do Direito Privado, para, após, serem capturadas pelo Direito Tributário e, somente então, permitindo-se aplicar suas normas. Assim sendo, a inadimplência de tributos, bem como a inadimplência de qualquer outra obrigação, surge primeiramente no Direito Civil e lá já sofre os efeitos das respectivas normas. Em um segundo momento, o Direito Tributário poderá aplicar suas regras, a fim de realizar o seu *munus*. E as aplicará, repita-se, já considerando os efeitos e conseqüências ocorridas no Direito Privado, que em primeiro lugar se efetivam.

Neste sentido, diversamente do que tradicionalmente se costuma fazer, não consideramos a aplicabilidade de uma ou outra norma individualmente, mas ao contrário, pretendemos a sua utilização de forma complementar e seqüencial na consideração da inadimplência de tributos. Posto isso, primeiro, se deve considerar os efeitos – e conseqüências - dos fatos econômicos na sua esfera jurígena, ou seja, no Direito Privado, e, depois, reconhecendo o respectivo resultado jurídico (como, por exemplo, a sua validade, ou, ao contrário a sua nulidade ou anulabilidade), aplicaremos as normas de direito tributário, contidas no Código Tributário Nacional, que se referem à questão da responsabilidade pelas obrigações tributárias.

Na prática, propomos apreender que, se o ato do sócio-administrador for tido pelo Direito Civil como um ato irregular e este lhe atribuir responsabilidade pelo mesmo, o Direito Tributário, em um segundo momento, aplicará suas normas já sobre os efeitos ali considerados, não necessitando utilizar qualquer dispositivo fiscal próprio e exclusivo (como o artigo 135, inciso III, do CTN), para impor a responsabilidade aos sócios.

[18] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro e MOREIRA, André Mendes. Op.cit. p. 198.

4. Regras do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária

Assim, ocorrendo inadimplência da empresa por descumprimento de suas obrigações tributárias e não sendo possível cobrá-la regularmente no procedimento executivo fiscal próprio, seja por ausência de patrimônio suficiente, seja por dificuldades em identificar o local de suas operações, haverá o interesse e, sobretudo, o dever da Fazenda Pública em redirecionar esta ação para os sócios, caso estes possuam patrimônio necessário para quitar a obrigação da empresa para com o Fisco e tenham participado das deliberações à época da constituição do fato gerador.

Para tanto, não há como refutar que estes fatos - de inadimplência fiscal e ausência patrimonial da empresa - decorrem de uma deliberação irregular dos sócios-administradores (manifestação de vontade de relevância, efeitos e conseqüências jurídicas). Logo, existindo o dano ao patrimônio da Fazenda Pública, facilmente vislumbramos o nexo de causalidade entre a ação ou omissão dos sócios administradores e o surgimento da dívida tributária, seja com dolo ou culpa, em linha com os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, os quais traduzem os fundamentos normativos da clássica teoria da responsabilidade civil. Igualmente, não podemos deixar de reconhecer que tais fatos surgem na esfera civil e não tributária, já que se tratam de manifestações de vontade apreciadas pelo Direito Privado, razão pela qual, ao aplicarmos as normas tributárias, já o faremos considerando os efeitos e respectivas conseqüências resultantes das cominações das normas do direito civil.

Neste momento, podemos identificar alguns dispositivos legais que se aplicam ao fato supra descrito, de natureza e origem no Direito Privado, sejam aquelas do Código Civil de 2002, sejam as da Lei das Sociedades por Ações.

Em primeiro lugar, temos o dispositivo previsto no artigo 47 do Código Civil de 2002, que estabelece que "*obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo*". Ora, nenhum contrato ou estatuto social poderia conter um dispositivo autorizando os sócios a deixarem de cumprir as obrigações fiscais e, assim ocorrendo, estariam agindo de forma irregular.

Pois bem, ao se interpretar o dispositivo legal acima, concluímos que todos os atos dos administradores exercidos em função diversa dos poderes que lhes foram conferidos pelos atos constitutivos, imputarão aos sócios administradores a responsabilidade pela respectiva deliberação de natureza irregular, de forma

subsidiária ou solidária com a empresa. É possível entender que os sócios administradores não responderiam de forma individual ou exclusiva, mas sim de forma subsidiária com a empresa ou ainda solidária com esta, já que a referida norma supracitada não utilizou a expressão "*somente*" ao afirmar que "*obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites dos poderes definidos no ato constitutivo.*".

Nesta linha, não se poderia excluir a responsabilidade da empresa, como alguns poderiam até pensar, já que o ato foi realizado em nome dela, porém, por estar eivado de vício de regularidade, responderá, em conjunto com esta, aquele que o manifestou. Em outras palavras, não haveria uma responsabilidade exclusiva do administrador da pessoa jurídica em caso de irregularidade, mas sim uma responsabilidade, no mínimo, subsidiária em relação à empresa, se não for possível aplicá-la de forma solidária. Afinal, afirmava Pontes de Miranda[19] que os sócios não "*representam*" a sociedade, mas verdadeiramente a "*presentam*".

Em consonância com a idéia acima exposta, usando uma norma da Sociedade Simples como fonte subsidiária, temos a previsão do artigo 1.016 do Código Civil de 2002, que diz que "*os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções*". Mas, aqui, precisamos fazer uma digressão ao Direito Penal Tributário e compreender duas situações distintas: o descumprimento de uma obrigação tributária de forma culposa (que é o caso do presente estudo), daquela em que há o dolo ou a intenção de cometer o crime de Sonegação Fiscal previsto na Lei n. 8.137/90. A questão toda está na conduta do agente, ou seja, se o sócio administrador agir com dolo (elemento do tipo penal), consciente de que sua ação ou omissão irá configurar um crime fiscal. Até porque não cabe na seara tributária a aplicação - com a mesma intensidade - do raciocínio que temos em Direito Privado, de que ninguém pode usar do desconhecimento das leis para descumpri-las impunemente. Por isto é que devemos distinguir o procedimento intencional e doloso de praticar o crime fiscal, de uma inadimplência fiscal que venha a ensejar o descumprimento de uma obrigação fiscal principal ou acessória.

Pois bem, este artigo 1.016 imputa a responsabilidade solidária dos administradores perante a empresa e perante terceiros pelos atos irregulares de gestão cometidos culposamente (agiu ou se omitiu assumindo o risco da irregularidade). Ora, os sócios-administradores respondem solidariamente perante a empresa e perante terceiros (inclusive o Fisco), e, por sua vez, responde a empresa perante o Fisco. O ciclo, assim, se fecha.

[19] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000. p. 351.

Ao comentar o referido dispositivo legal o Relator-Geral do Novo Código Civil Brasileiro na Câmara dos Deputados Ricardo Fiuza[20] afirmou categoricamente que "*Todo administrador de sociedade é responsável pelos atos que praticar, podendo ser responsabilizado pessoalmente por atos que, por culpa sua, possam vir a causar danos à sociedade*".

Na mesma esteira, comentando o tema da responsabilidade civil empresarial, Gladston Mamede[21] discorre:

> *É dever do administrador exercer suas funções com probidade, isto é, honestamente, atuando de forma ativa, com cuidado e diligência, tratando os negócios da sociedade como se fossem seus. A previsão, disposta no artigo 1.011 não constitui mera norma programática, remetendo a um comportamento moralmente desejável, mas sem conseqüências jurídicas diretas. Pelo contrário, afirma um dever geral cujo descumprimento, doloso, culposo ou caracterizador de abuso e direito, constituirá ato ilícito, devendo haver indenização das perdas e danos que determine, aplicados os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. (...) Também o artigo 1016 do Código Civil fundamenta o reconhecimento da responsabilidade civil do administrador pelos atos culposos – negligentes ou imprudentes – afirmada tanto em face da própria sociedade, quanto em face de terceiros que venham a ser prejudicados por aqueles atos.*

Ainda, no capítulo próprio das Sociedades Limitadas, temos no artigo 1.080 do Código Civil, a expressa determinação de que "*as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram*". Ora, aqui há mais um dispositivo trazendo a responsabilidade ilimitada (que permite adentrar no patrimônio pessoal) para aqueles sócios que decidirem agir contra a lei ou o contrato. Não obstante esta norma ter uma redação similar ao artigo 135 do Código Tributário Nacional, devemos entender que a sua aplicabilidade é anterior à aplicação do Direito Tributário, ou seja, o próprio Direito Civil já faz com que os sócios passem a responder ilimitadamente pelas obrigações fiscais que deliberarem inadimplir, sendo certo que, ao chegar o momento do Direito Tributário subsumir suas regras àquele fato, já poderá fazê-lo também em relação aos respectivos sócios e não apenas perante a empresa.

E, para aqueles que se apegarem ao Princípio do Ato Jurídico Perfeito[22], deve-se lembrar que, no mesmo sentido, o Código Civil de 1916 já dispunha

[20] FIUZA, Ricardo (Coordenador. Novo Código Civil Comentado. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.937.

[21] MAMEDE, Gladstone. Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. Volume 2. São Paulo: Atlas, 2004. p.145.

[22] Previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, entende-se por ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, se referindo aos elementos necessários à existência do ato, e não à execução ou aos seus efeitos materiais.

[23] Art. 1.380 do Código Civil de 1916. Cada sócio indenizará a sociedade dos prejuízos, que esta sofrer por culpa dele, e não poderá compensá-los com os proveitos, que lhe houver granjeado. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

de uma norma, no seu artigo 1.380[23], que determinava a obrigação do sócio ressarcir a sociedade dos prejuízos causados por atos praticados por culpa. Igualmente, no seu artigo 1.398[24], trazia norma que estabelecia a solidariedade dos sócios quando o ato fosse praticado em proveito da sociedade. Finalmente, o artigo 10 do aludido Decreto 3.708/19 já ressalvava, no princípio da separação de responsabilidades, que haveria responsabilidade solidária e ilimitada em caso de excesso de mandato e de atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) encontramos, também, diversos dispositivos que tratam dos deveres e da respectiva responsabilidade dos gestores das Companhias Anônimas. O primeiro deles, expresso no artigo 154, estabelece que "*o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa*". Segundo uma análise literal dessa norma, podemos concluir que o administrador tem o dever - e não a faculdade - de exercer as atribuições que a lei lhe confere (inclusive o dever de pagar tributos), satisfazendo as exigências do bem público, ou seja atendendo aos interesses da coletividade (dentre os quais, temos as obrigações perante a Fazenda Pública) e, finalmente, cumprindo a função social da empresa, que tem como objeto a sua investidura na obrigação de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse da sociedade em que se insere, sendo que um dos seus reflexos é, igualmente, o pagamento de tributos.

Aliás, esta norma de conduta, já vem anteriormente expressa no parágrafo único do artigo 116 da mesma lei, ao prescrever que "*o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*"

Sobre o dever social da empresa, enfatiza Alfredo Lamy Filho[25]

> *O dever social da empresa traduz-se na obrigação que lhe assiste, de pôr-se em consonância com os interesses da coletividade a que serve, e da qual se serve. As decisões que adota – como vimos – têm repercussão que ultrapassa de muito o seu objeto estatutário, e se projeta na vida da sociedade como um todo. Participa, assim, o poder empresarial do interesse público, que a todos cabe respeitar. (...) A satisfação*

[24] Art. 1.398 do Código Civil de 1916. Os sócios não são solidariamente obrigados pelas dívidas sociais, nem os atos de um, não autorizado, obrigam os outros, salvo redundando em proveito da sociedade.

[25] LAMY FILHO, Alfredo. A Empresa – Formação e Evolução – Responsabilidade Social. *in:* SANTOS, Theophilo de Azeredo (Coord.). ***Novos Estudos de Direito Comercial em Homenagem a Celso Barbi Filho***. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 15.

desses deveres e responsabilidades há de se traduzir na busca atenta e permanente da conciliação do interesse empresarial com o interesse público; no atendimento aos reclamos da economia nacional, como um todo, na identificação da ação empresarial com as reivindicações comunitárias – numa palavra, na observância de uma ética empresarial, que, afinal, é o que distingue o aventureiro do empresário."

Coaduna-se com este entendimento a afirmação de Fabio Konder Comparato[26] sobre a função social no direito empresarial contemporâneo:

> *Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.*

Logo no artigo seguinte (art. 117), temos a determinação de que o acionista controlador responderá por danos causados por atos praticados com abuso de poder. E o seu parágrafo 1o, que define, na sua alínea "a", como a primeira das modalidades de exercício abusivo de poder "*orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;*"

Cabe esclarecer, todavia, que a referência ao "interesse nacional" da norma supra, identifica-se com clássica expressão "interesse público", que se expressa e concretiza, hoje, com a Constituição Federal de 1988, que estabelece (artigo 3o) como sendo os objetivos da República Federativa do Brasil[27] construir uma sociedade livre, justa e solidária, desenvolver o país, acabar com a pobreza e a marginalização e minimizar as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sendo certo que estes desígnios têm como fundamentos (artigo 1o), a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a valorização do

[26] COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. Sao Paulo: Saraiva, 1990. p 40.

[27] Constituição Federal de 1988 - art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

trabalho e da livre iniciativa[28], sendo esta última devidamente garantida no artigo 170[29], porém, condicionada à finalidade de "*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*", e "*reduzir as desigualdades regionais e sociais.*" (inciso VII, art. 170, CF). Entretanto, sem a receita tributária, principal fonte das finanças públicas de hoje, nada disto será possível realizar.

O texto do dispositivo citado é claro ao imputar a responsabilidade do acionista controlador por danos causados quando este orientar a companhia para fim lesivo ao interesse nacional. Ora, a inadimplência do pagamento de tributos é um ato lesivo ao interesse nacional, afinal, trata-se de uma obrigação originária do pacto social firmado entre o Contribuinte e o Estado, em que o primeiro cede parcela do seu patrimônio em favor do segundo, que lhe fornecerá bens e serviços. Consideramos, ademais, ser um dever *fundamental* a obrigação inafastável de pagar tributos porque, de outra forma, o Estado não teria meios para suportar financeiramente as despesas públicas.

Igualmente relevante, é o que estabelece o artigo 158 da lei em comento. Segundo este dispositivo o "*administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto*". Deste artigo podemos extrair que o administrador responderá pelas obrigações contraídas em nome da companhia quando seus os atos gerarem prejuízos que se originarem de uma irregularidade na gestão, com culpa ou dolo, pela violação da lei ou do estatuto social.

Neste sentido, temos que compreender que a inadimplência fiscal caracterizará mais uma forma de irregularidade na gestão, na medida em que o descumprimento deste dever trará efeitos diretos e visíveis na contabilidade da empresa. Primeiro porque se estará demonstrando aos acionistas uma situação econômica que não corresponde à realidade esperada, ou seja, que a provisão para pagamento de tributos não teve a sua efetiva contrapartida - o respectivo desembolso, o que, por si só, já traz responsabilidade aos administradores, na forma do § 3º do artigo 134[30]. Ademais, deve-se ressaltar que uma vez inadimplido

[28] Constituição Federal de 1988 - art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político."

[29] Constituição Federal de 1988 - art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais;"

[30] Art. 134, § 3º, LSA: A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286).

o tributo, necessária se faz, também, uma provisão específica para encargos incidentes (multas, juros e correção monetária), já que estes são considerados, contabilmente, outras despesas a pagar, sendo que sem a referida provisão, não se estará demonstrado de forma regular e fidedigna a situação financeira da empresa, e, portanto, violando frontalmente o artigo 176 da lei[31] que determina que as demonstrações financeiras "*deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da empresa*". Outrossim, havendo distribuição de lucros, esta será feita veladamente em face de uma redução do capital, já que o que restou provisionado não considerou os aludidos encargos incidentes no caso da inadimplência.

E esta questão da responsabilidade pessoal dos sócios-administradores em caso de distribuição de lucros em detrimento do pagamento dos tributos já foi apreciada pelo STJ, conforme abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO-GERENTE. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. VENCIDA A FAZENDA PÚBLICA. FIXAÇÃO COM BASE NO VALOR DA CAUSA. POSSIBILIDADE. ART. 20, § 4º DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.*
>
> *1. A responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no art. 135 do CTN, é mister a comprovação de que ele, o sócio, agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto. Precedentes jurisprudenciais.*
>
> *2. Não havendo referida comprovação, não há como a execução fiscal ser redirecionada para ele.*
>
> *3. Ressalva do voto com submissão à jurisprudência dominante, à luz da função precípua do E. STJ, no sentido de que, em princípio, o sócio que recolhe os bônus lucrativos da sociedade mas não verifica o adimplemento dos tributos, locupleta-se e a fortiori comete o ilícito que faz surgir a sua responsabilidade.*
>
> *4. Nas causas em que vencida a Fazenda Pública, o julgador não fica adstrito aos percentuais mínimo e máximo previstos no art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.*
>
> *5. É cabível a fixação de honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa nas hipóteses em que não há condenação.*
>
> *6. Agravo regimental improvido.*
>
> (AgRg nos EDcl no REsp 510590/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.02.2004, DJ 01.03.2004 p. 131)

[31] Art. 176, LSA: Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício.

Outro aspecto relevante da norma prevista no artigo 158 supra, que atribui responsabilidade aos administradores das Sociedades por Ações, é a que dispensa a prova pela Fazenda Pública da irregularidade perpetrada, quando afirma independer ser o ato irregular doloso ou culposo para sua configuração.

Fazemos, ainda, a mesma ressalva anteriormente justificada, ao entendermos que a responsabilidade "pessoal" prevista na parte inicial deste dispositivo não exclui a responsabilidade da empresa, já que a norma em momento algum fala em "responsabilidade exclusiva", querendo, assim, apenas atribuir ao administrador a mesma responsabilidade que a empresa já tem.

Encontramos, também, dispositivo legal inserto na atual Lei de Falências, comumente denominada hoje de "Lei de Recuperação Empresarial" (Lei nº 11.101/2005) - o artigo 57 - que impõe: "*Após a juntada nos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos artigos 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional*". Pois bem, se a não apresentação da Certidão de Débitos Fiscais é suficiente para impedir o regular prosseguimento do plano de recuperação empresarial, subentende-se que o legislador considera que a inadimplência fiscal – representada pela respectiva certidão - significa também uma irregularidade promovida pelos sócios, relevante o suficiente, não apenas para obstar o plano aprovado de recuperação, mas também para imputar-lhes a respectiva responsabilidade.

Ao fim deste ponto, não podemos deixar de citar a decisão da Exma. Desembargadora Federal Alda Basto[32], datada de 21/01/2005, proferida em decisão interlocutória, nos autos do Processo nº 2004.03.00.071293-3/SP, que tramitou na 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que aplica ao caso de inadimplência fiscal, os valores constitucionais de justiça, da função social da propriedade e do dever de pagar tributos para atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim como aplica as normas do código civil em conjunto com o artigo 135, inciso III do CTN, para imputar a responsabilidade aos sócios, *in verbis:*

> "*A Constituição de 1988 elenca, entre os fundamentos da República, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, indicando como seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade — inclusive com a redução das desigualdades sociais — bem como a promoção do bem de todos. Para a consecução de tais objetivos, o sistema tributário nacional estabelece a participação de todos — pessoas físicas e*

[32] TRF 3ª Região, Quarta Turma, Processo 2004.03.00.071293-3/SP, Rel. Des. Federal Alda Basto, decisão interlocutória, DJ 21/01/2005, citada por: FARIA, Marcio Gustavo Senra, "Responsabilidade Pessoal dos Sócios Administradores na Execução Fiscal – A Orientação atual do STJ. Críticas. In Revista de Direito Empresarial da UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro n. 01, Editora Lúmen Júris. 2006. p. 143-190.

jurídicas — na construção de uma sociedade melhor. Especificamente quanto à ordem econômica, enuncia que esta se lastreia na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cuja finalidade é assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social e os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, entre outros. Um dos modos de atendimento à função social da propriedade é torná-la produtiva e, com isto, contribuir para o desenvolvimento sócio-econômico do País, inclusive através do recolhimento de tributos, que propiciarão ao Governo o atendimento das necessidades prementes da nação. Portanto, cabe à empresa cumprir seu papel na construção de uma sociedade justa e solidária e, ao Governo, a eficiente aplicação dos recursos obtidos com a arrecadação da receita tributária. Partindo desse pressuposto, a inadimplência fiscal da sociedade acarreta um desequilíbrio financeiro que atinge, indiretamente, a todos. Assim é que o sistema jurídico prevê uma série de procedimentos, tais como os benefícios fiscais e o parcelamento, para que as empresas possam, sem demasiado sacrifício, arcar com a carga tributária que lhes é imposta, na medida de suas possibilidades, atendendo ao princípio da capacidade contributiva. A inobservância do recolhimento de tributos pela empresa, assim, parece ofender a ordem econômica traçada pela Constituição. Nesse sentido, o administrador da sociedade que não cumpre a dívida fiscal, em tese, é responsável por uma infração à lei. Isso porque, em última análise, são os sócios gerentes que estabelecem os rumos do empreendimento, incluindo-se em seus deveres a observância ao adimplemento das obrigações contraídas pela pessoa jurídica e ao recolhimento dos tributos, tal como estabelecido pela legislação pertinente. É mesmo em razão disso que o novel Código Civil dispõe que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que o homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios (art. 1.011), respondendo este pelo saldo, se os bens da sociedade não cobrirem as dívidas da pessoa jurídica (art. 1.023). Isso porque as obrigações dos sócios começam imediatamente com o contrato, se este não fixar outra data, e terminam quando, liquidada a sociedade, se extinguirem as responsabilidades sociais (art. 1.001). Aplicável, então, o disposto no inciso III do art. 135 do Código Tributário Nacional, no sentido de serem os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Esclarecendo a abrangência da norma enunciada, o art. 136 do mesmo diploma dispõe que a responsabilidade por infração da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. De tal entendimento não diverge o recém editado Código Civil, ao dispor que os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções (art. 1.016). (....)"

5. Princípios do Direito Civil Aplicáveis em Caso de Inadimplência Tributária

Não são apenas os inúmeros artigos legais do Direito Civil, anteriormente analisados, que entendemos aplicáveis aos casos de inadimplência fiscal para fins de redirecionamento da Ação de Execução Fiscal. Encontramos no mesmo Diploma privatístico dois princípios jurídicos que, igualmente, podemos adotar na fundamentação da nossa tese – a Boa-fé Objetiva e a Função Social da Empresa - já que, hodiernamente, é unânime entre a doutrina e a jurisprudência, o reconhecimento de que os princípios, comandos de elevada carga axiológica, ganharam força normativa no ordenamento jurídico, sendo dotados de cogência e eficácia, com aplicabilidade plena e vinculante, não somente na seara do Direito Público, mas também no Direito Privado.[33]

Um dos primeiros a reconhecer a função normativa dos princípios, no relato de Paulo Bonavides[34], foi Crisafulli, há mais de 50 anos, ao afastar o seu mero caráter programático, afirmando:

> *Se os princípios fossem simples diretivas teóricas, necessário seria, então, admitir coerentemente que em tais hipóteses a norma é posta pelo juiz e não, ao contrário, por este somente aplicado a um caso concreto. (...) Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (normas gerais), das quais determina e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo.*

A consideração dos princípios nos dias de hoje (na era denominada de *pós-positivismo*), nitidamente se contrapõe àquela tida pelo *juspositivismo*, que os encarava apenas como meras pautas programáticas supralegais, desprovidos de normatividade e de relevância jurídica, entendidos como derivados do próprio Direito Positivo. Os princípios, pelos ideais do *pós-positivismo*, ganham maior efetividade normativa, com aptidão para produzir efeitos na realidade prática e serem considerados pela jurisprudência. Entram nos códigos do direito positivo como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. É na idade do pós-positivismo, narra Paulo Bonavides[35] que:

> *tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho Positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e críticas lacerantes, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada por Ronald Dworkin, jurista de Harvard, que*

[33] Mas para se atingir a atual compreensão, foi necessário um longo debate, que se estendeu por diversas linhas jurídico-filosóficas, até chegarmos ao que consideramos como a *novel* linha *pós-positivista* da normatividade dos princípios, que confere relevância jurídica aos valores sociais contemporâneos e aceita o pluralismo metodológico como diretriz hermenêutica. Assim, primeiramente, tivemos o jusnaturalismo, que encarava os princípios como meras sugestões morais e éticas, de origem universal. Depois, veio o positivismo jurídico, que passou a tê-los como fonte secundária, de cunho meramente interpretativo e integrativo. E finalmente agora, os princípios ganham foro de norma. E mais, ganham a sua própria teoria: a teoria dos princípios.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 296.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 265.

passa a tratar os princípios como Direito, reconhecendo-lhes o atributo de normatividade, contribuindo também, e no mesmo sentido, os juristas alemães Robert Alexy e Friederich Muller.

E neste passo, há de se reconhecer que tanto o Direito Civil quanto o Direito Tributário, embora ramos distintos do Direito, aproximam hoje seus interesses e objetivos. Deixam de ser campos jurídicos reservados, cada qual com suas características, nuances e peculiaridades, suplantando a velha "autonomia" e "independência" dos institutos para serem considerados complementares e interdependentes na efetivação do mesmo fim.

Demonstrando a mudança de paradigma, Luiz Edson Fachin[36] reconhece que:

> *Público e estatal não mais se identificam por inteiro; privatismo e individualismo, a seu turno, cedem passo para interesses sociais e para a "coexistencialidade". (...) A idéia de interesse social corresponde ao início da distribuição de cargas sociais, ou seja, da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação também correspondem deverees.*

O Direito Privado, assim, perde o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para "socializar-se" e "coletivizar-se", sem, contudo, perder seus traços essenciais, observando-se novos ditames como o da boa fé objetiva, da justiça e da função social da propriedade, dos contratos e da empresa. Sobre estes novos parâmetros, Giselda Hironaka[37] comenta: *"O novo grupamento principiológico revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais Ética desta pós-modernidade, centro de todo interesse epistemológico do direito atual."*

Logo, em primeiro lugar, podemos abordar a exigência expressa da Boa-fé Objetiva nas relações privadas, conforme o artigo 422[38] do Código Civil de 2002, que deixa de ser avaliada de forma meramente subjetiva, como estado psicológico ou de consciência individual, para ganhar uma ótica objetiva de condicionante à gestão econômica e patrimonial do sujeito de direito, como norma de conduta ou padrão comportamental, juridicamente apreciada e considerada por parâmetros morais, éticos e sociais, assim como pelos vetores da probidade, lealdade, honestidade e transparência.

[36] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 221.

[37] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novais. **Contrato: Estrutura Milenar de Fundação do Direito Privado.** São Paulo: AASP, 2002. p. 83.

[38] **Art.** 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A ligação da boa-fé com preceitos sociais e econômicos, com a ética, a moral e os interesses coletivos, se traduz na afirmação de Stefano Rodotá sobre a consideração, a natureza da operação econômica pretendida e o custo social dela decorrente. Segundo ele: *"a escolha deverá ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social"*.[39]

Tal princípio deve ser aplicado em conjunto com o artigo 187 do Código Civil, que reconhece o abuso de direito como ilícito quando realizado em desacordo com a boa-fé, ao dispor expressamente que *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."* E também em conjunto com o artigo 1.011 do mesmo código, que estabelece que: *"O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios"*.

Em texto quase similar, temos o artigo 153 da Lei das Sociedades por Ações, que estabelece que *"o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."*

Pois bem, desta análise sobre o princípio da Boa-fé Objetiva, podemos inferir que o sócio-administrador de empresa deverá conduzir seus negócios de acordo com um padrão de conduta pautado pela ética, honestidade e moralidade, sendo certo que a inadimplência fiscal injustificada poderá caracterizar a ilicitude ora apresentada, passando aquele, portanto, a responder pessoalmente pelos débitos fiscais existentes.

Em outras palavras, se o sócio-administrador não demonstrar cabalmente - e esta é uma obrigação sua inerente à própria conduta - a boa-fé na decisão de não pagar os tributos devidos, seja por ter priorizando o pagamento dos salários, seja pela momentânea impossibilidade financeira de quitação dos tributos, apresentando um planejamento econômico que venha a possibilitar, em um segundo momento, o pagamento das obrigações fiscais devidas, este passará a responder pelos respectivos tributos. Caberá ao sócio-administrador, e não ao Fisco, a prova da Boa-fé para elidir a sua responsabilidade, já que, como vimos, segundo o artigo 187 do Código Civil, o ato desprovido de Boa-fé é considerado ilícito.

[39] RODOTÁ, Stefano. **La Buona Fede**. *in* ALPA, Gudi, BESSONE, Mario. **Técnica e Controlo dei Contratti Standard**. Rinini: Maggioli Editore, 1984. p. 115.

Teríamos, também, o Princípio da Função Social da Empresa, que se expressaria através dos enunciados do § único do artigo 116[40] e do artigo 154[41] da Lei das Sociedades por Ações, assim como pelos artigos 421[42] e parágrafo único do artigo 2.035[43], ambos do Código Civil Brasileiro, sob a nomenclatura de "função social dos contratos", bem como da "função social da propriedade", proclamada no artigo 5o, inciso XXIII, no artigo 170[44], incisos II e III e no artigo 182, § 2° da Constituição Federal.

Este princípio representa, apenas, uma fração mandamental de um ideal superior de construção de uma sociedade mais justa e solidária, eis que tal direito deverá ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, como ao bem estar coletivo e nacional, apreciando-se os seus reflexos sobre a sociedade e, sobretudo, na conduta do administrador da empresa quanto às obrigações tributárias. Se assim fosse diferente, a Lei das Sociedades por Ações, instituto típico do capitalismo moderno, não determinaria que o seu administrador deverá satisfazer "*as exigências do bem público e da função social da empresa*" (art. 154) e tampouco condicionaria a atuação do acionista controlador para "*fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social...*" (art. 116, § único).

Finalmente, a própria Constituição Federal (art. 170, inciso III) estabelece que as atividades empresariais somente serão protegidas se cumprirem a sua função social.

Conclui-se, assim que toda ação do administrador que contrarie os referidos princípios, poderá configurar uma violação à lei e, por conseqüência, a ele imputar a responsabilidade pela dívida tributária.

[40] Parágrafo único do artigo 116, LSA. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

[41] Art. 154, LSA. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

[42] Art. 421, do Código Civil. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

[43] Parágrafo único do art. 2.035, do Código Civil. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

[44] Art. 170, CF/88: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...) III- função social da propriedade; (...)VII- redução das desigualdades regionais e sociais.

6. Normas do Direito Tributário nas cobranças das Dívidas Tributárias

Uma vez estabelecida a compreensão de que os atos empresariais são reconhecidos *a prima facie* pelo Direito Civil e por ele são juridicizados - aplicando suas normas e considerando suas conseqüências - poderemos, então, apor as normas do Direito Tributário relativas a responsabilidade fiscal (sujeição passiva), subsumindo-as em relação ao resultado encontrado no campo civilístico.

A primeira delas, de ordem mais genérica, seria aquela prevista no artigo 121, inciso II[45], do Código Tributário Nacional, que estabelece a responsabilidade à pessoa que, embora não seja o contribuinte propriamente dito, por disposição legal esteja obrigada ao pagamento de tributo. Neste sentido, apenas para citar dois exemplos, temos, primeiramente, o artigo 47 do Código Civil, que impõe aos administradores que agirem contra a lei ou contra os atos constitutivos a responsabilidade por seus atos. Identificamos, também, o artigo 1.080 do mesmo código que expressamente determina que "*as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram*". Pois bem, aqui estão apenas dois, dentre vários, dispositivos legais que obrigam o administrador ao pagamento do tributo que não foi pago pela empresa, atendendo ao que impõe o artigo 121 do Código Tributário Nacional.

Com igual relevância, temos o artigo 124[46] do código fiscal, que estabelece a solidariedade na obrigação tributária entre as pessoas que tenham interesse comum com o fato gerador, bem como entre aquelas designadas pela legislação, não havendo, em qualquer caso, benefício de ordem.

Pela letra desta regra, podemos inferir que o administrador da empresa responderá solidariamente com ela, não apenas porque tem efetivo interesse comum com o fato gerador, mas também porque pelas normas anteriormente analisadas, tal responsabilidade lhe é imputada *de lege lata*. Não há como supor a idéia de que o sócio-administrador da empresa não tenha interesse comum com o fato gerador, afinal, além de ser uma de suas obrigações legais na gestão da empresa, é

[45] Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

[46] Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei. Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

a partir do pagamento dos tributos que se definirá o lucro líquido para efeitos de distribuição de dividendos que receberá. Além disso, através da determinação expressa do artigo 1.016 do Código Civil de 2002 "*os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções*".

Acompanhando a mesma idéia, temos a norma do artigo 128[47] do Código Tributário Nacional que, na sua primeira parte, estabelece a possibilidade da lei conferir à terceira pessoa responsabilidade pelo crédito tributário, desde que vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Por este caminho, igualmente, podemos chegar à responsabilidade do sócio-gerente que agir de forma irregular, daí resultando a aplicação de alguma daquelas normas do Direito Civil.

Utilizando os mesmos dispositivos do Código Tributário Nacional que ora analisamos, apresentamos a ementa do julgado, de lavra da Exma. Desembargadora Julieta Lunz, da Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a Região, entendendo ser aplicável a responsabilidade solidária ao "representante legal da pessoa jurídica", que aqui tratamos como "sócio-adminsitrador", *in verbis:*

> TRF2 – 4a TURMA ESPECIALIZADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 200251020037102 - RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL JULIETA LIDIA LUNZ – AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL - AGRAVADO: M RYFER COMERCIO DE ROUPAS LTDA E OUTRO – ORIGEM: QUINTA VARA FEDERAL DE NITERÓI – DATA: 08/11/2005.
>
> EMENTA: "TRIBUTÁRIO – RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PÓLO PASSIVO – ART. 121 E 124 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.
>
> I – A questão prende-se à determinação do responsável tributário, como previsto nos artigos 121, 124 e 135 do Código Tributário Nacional.
>
> II – A regra da solidariedade tributária importa na afirmação da responsabilidade daqueles que "tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal" e daqueles expressamente em lei indicados.
>
> III – Ao interesse no fato gerador, conjuga-se a responsabilidade pelas obrigações tributárias, tal como expressamente previsto nos artigos citados.
>
> IV – Não se pode afastar a responsabilidade do representante legal da pessoa jurídica, ao argumento de que somente decorre a responsabilidade quando vinculada à prática do exercício exorbitante ao contrato ou estatuto.

[47] Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

> V – O artigo 121 do Código Tributário Nacional distingue o contribuinte e o responsável tributário, ao estatuir serem sujeitos passivos da obrigação principal aquele que mantém "relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador", bem assim aquele que entende ser o responsável "quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei".
>
> Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:
>
> Decide a Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
>
> Rio de Janeiro, novembro de 2005.
> Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ
> Presidente e Relatora"

Não podemos deixar de encerrar a nossa análise ressaltando a nossa certeza de que não cabe à Fazenda Pública, mas sim ao sócio-gerente, demonstrar a sua Boa-fé, o seu atendimento às normas legais, inclusive quanto ao adimplemento da dívida tributária, já que em momento algum o Direito Privado ressalvou que o ônus da prova das irregularidades deveria ser de terceiro para fins de responsabilização.

Muito pelo contrário, confrontando os dispositivos analisados com a norma prevista no artigo 204[48] do Código Tributário Nacional, que atribui a presunção de liquidez e certeza para a Dívida Ativa, servindo a respectiva certidão como prova pré-constituída em favor do Fisco, bem como ressalvando que esta somente poderá ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo, não podemos aceitar que para aplicar os dispositivos analisados e, até mesmo, o artigo 135, inciso III do mesmo código, seja invertido o ônus da prova em direta afronta à lei fiscal.

7. Conclusão

A conclusão que se chega é a de que - apesar do atual entendimento dos tribunais - o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional não é o único dispositivo legal necessário e suficiente para se imputar a responsabilidade aos sócios-administradores pela inadimplência fiscal, visto que temos inúmeras outras

[48] Art. 204 do Código Tributário Nacional. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

normas no direito civil-empresarial, que podem ser plenamente conjugadas com outros dispositivos do Diploma Fiscal brasileiro, como os seus artigos 121, 124 e 128, que estabelecem as formas e o modo de sujeição passiva, assim como definem as respectivas responsabilidades.

Isto porque, considerando-se tratar o Direito Tributário de uma "norma de sobreposição", a aplicabilidade das suas normas deve ser combinada as do Direito Civil-Empresarial, como os artigos 47, 1.016 e 1.080 do Código Civil de 2002, bem assim os artigos 116, 117, 154 e 158 da Lei das Sociedades por Ações, além dos princípios da Boa-fé Objetiva e Função Social dos Contratos, da Propriedade e da Empresa (artigos 421, 422 e 2035 do Código Civil), alem do artigo 57 da atual Lei de Recuperação de Empresas, já que tais normas, como anteriormente visto, uma vez violadas, impõem ao sócio-administrador a respectiva responsabilidade, em um momento anterior à imputação da responsabilidade pelo Direito Tributário.

Passam, desta maneira, os sócios-administradores a responder solidariamente com a empresa, o que possibilita – juridicamente fundamentado - o redirecionamento da Ação de Execução Fiscal, sem que se condicione unicamente a aplicação do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional.

A BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE NA FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL

Odair Efraim Kunzler
Bacharel em Direito
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil
Procurador da Fazenda Nacional

Lourenço Euclides Malucelli Júnior
Bacharel em Direito
Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil
Auditor Fiscal do Estado do Paraná

Sumário: 1. INTRODUÇÃO - 2. DOS ATOS DO DEVEDOR EM PREJUÍZO DO CREDOR; 2.1 A Fraude contra Credores; 2.1.1 Requisitos; 2.1.2 Momento; 2.1.3 Alienação Gratuita ou Onerosa; 2.1.4 Natureza Jurídica; 2.1.5 Remédio Processual; 2.2 A Fraude à Execução; 2.2.1 Requisitos; 2.2.2 Momento; 2.2.3 Alienação Gratuita ou Onerosa; 2.2.4 Natureza Jurídica; 2.2.5 Registro da Citação; 2.2.6 Remédio Processual; 2.3 Fraude contra Credores x Fraude à Execução - 3. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE - 4. A FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL; 4.1 Requisitos; 4.2 Momento; 4.3 Presunção do *consilium fraudis*; 4.4 Alienação Gratuita ou Onerosa; 4.5 Prerrogativas da Fazenda Pública; 4.6 Distinção em relação à fraude à execução prevista no CPC - 5. A BOA-FÉ DO ADQUIRENTE NA FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL; 5.1 A legislação; 5.2 O entendimento doutrinário; 5.3 O entendimento jurisprudencial - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este artigo aborda o instituto das fraudes perpetradas pelo devedor em relação ao seu credor, nas diversas modalidades existentes no Direito brasileiro: fraude contra credores, fraude à execução e fraude à execução fiscal. Analisando as três espécies, chegamos à delicada questão da relevância (ou não) da boa-fé do adquirente de bens alienados pelo devedor para a configuração da fraude na execução fiscal. A nova redação do art. 185 do Código Tributário Nacional, dada pela Lei Complementar 118/05, veio reforçar o entendimento doutrinário de que a fraude à execução fiscal é objetiva, bastando que estejam presentes os requisitos legais, quais sejam: a existência de débito inscrito em dívida ativa pela Fazenda Pública e a alienação ou oneração de bens ou rendas, após a inscrição, sem que tenham sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes para o integral pagamento dessa dívida. Esse entendimento, contudo, ainda deverá se consolidar no âmbito do Poder Judiciário, o que, por ora, ocorre somente na Justiça do Trabalho, vez que a Justiça comum (federal e estadual) vem dando à

boa-fé do adquirente uma dimensão não prevista na legislação, ou mesmo na doutrina.

1. Introdução

Não é de hoje que os devedores tentam furtar-se ao cumprimento de suas obrigações, valendo-se dos mais diversos artifícios. Desde os primórdios da humanidade deparamo-nos com tais situações, que constituem-se em verdadeiras afrontas ao Direito. Afinal, desde os romanos, é preceito fundamental *"dar a cada um o que seu"*. Nesse sentido tem o credor o direito de receber aquilo que é seu, cabendo ao devedor exercer sua defesa apenas pelos meios legais, entre os quais obviamente não se encontra a alienação fraudulenta de bens.

A questão toma ainda maior relevo quando o credor é a Fazenda Pública. Ou seja, toda a coletividade, nacional, estadual ou municipal.

Através deste Trabalho buscamos abordar os aspectos jurídicos relativos à boa-fé daquele que adquire bens do devedor da Fazenda Pública, inviabilizando o êxito da execução fiscal. Para tanto, indispensável se fez a passagem, ainda que breve, pelos institutos correlatos: a fraude contra credores do Código Civil e a fraude à execução prevista no Código de Processo Civil.

Quanto ao tema específico da pesquisa, a análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais revelou contradições entre os institutos jurídicos envolvidos e a aplicação que os tribunais vêm dando à questão. Assim, a pretensão dos autores é, apenas, de reunir elementos pertinentes e apresentar conclusões que se entende sejam as que melhor se aplicam ao tema.

2. Dos Atos do Devedor em Prejuízo do Credor

Não é raro, ao longo dos tempos, verificar que o devedor de uma obrigação se furta ao seu cumprimento. Para tanto, vale-se de todos os meios que encontra ao seu alcance. Por vezes, meios legais, previstos tanto nas normas de direito material quando de direito processual. Embora sejam, eventualmente, até questionáveis sob o aspecto moral, estão de acordo com a lei, e sob essa ótica devem ser acolhidos pelo Estado-Juiz.

Todavia, há casos onde o devedor utiliza-se de formas ilícitas para eximir-se de sua obrigação. Sabendo-se efetivamente devedor, e dispondo de patrimônio para adimplir a obrigação, busca ludibriar o credor e, por vezes, o próprio Estado-Juiz, desviando seus bens para terceiros, de forma a inviabilizar a satisfação do crédito. Tais atos constituem-se em grave afronta ao Direito, tendo o legislador, em diversas épocas, se preocupado em colocar à disposição do credor e do Estado-Juiz, instrumentos para combatê-los.

Entre esses atos do devedor merecem destaque, por sua gravidade, a *fraude contra credores*, instituto de direito material, e a *fraude à execução*, de natureza processual, constituindo-se esta em uma especialização daquela, sendo um "produto natural da evolução histórica do direito"[1]. De forma ainda mais específica, temos a *fraude à execução fiscal*, que "é a mesma fraude de execução do direito processual, investida de algumas peculiaridades que visam melhor atender e resguardar os interesses do Fisco"[2].

2.1 A Fraude Contra Credores

Prevista atualmente nos artigos 158 a 165 do Código Civil de 2002, a fraude contra credores tem como pressupostos o dano (*eventus damni*) e a fraude (*consilium fraudis*).

O dano consiste no prejuízo da garantia dos credores, decorrente da situação de insolvência do devedor. Já a fraude vem a ser a consciência, ou a possibilidade de previsão de que a alienação irá causar dano aos credores, constituindo-se em ato de má-fé.

Caracteriza-se a fraude por qualquer ato de disposição patrimonial praticado pelo devedor já insolvente, ou que por esse ato seja levado à insolvência.

2.1.1 Requisitos

A configuração da fraude contra credores exige a presença dos seguintes elementos[3]:

a) a fraude na alienação por parte do credor;

b) o *consilium fraudis*, pela ciência da fraude por parte do adquirente;

c) o prejuízo do credor (*eventus damni*), por ter o devedor se reduzido à insolvência, ou ter alienado ou onerado bens, quando pendia contra o mesmo demanda capaz de reduzi-lo à insolvência.

2.1.2 Momento

A fraude contra credores configura-se no momento em que é celebrado o negócio jurídico tido como fraudulento, ou seja, a alienação do bem (ou bens)

[1] CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra Credores*. 2.ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p 80.

[2] CAHALI, Yussef Said. Op cit., p.887.

[3] CAHALI, Yussef Said. Op cit., p.89.

pelo devedor, nas condições já mencionadas. Contudo, é de se observar que a transferência da propriedade opera-se em dois momentos: *primeiro*, quando do acordo de vontades (contrato), com vistas à alienação; e *definitivamente*, por ocasião da tradição (no caso de bens móveis – art. 1.267 do CC/2002) ou do registro do título translativo no cartório competente (no caso de bens imóveis – art. 1.245 do CC/2002).

Dessa forma, deve haver a boa-fé do alienante e do adquirente tanto no momento da pactuação da compra e venda, quanto naquele em que esta se aperfeiçoa, pela tradição ou pelo registro imobiliário. Conclui-se, assim que a fraude contra credores pode configurar-se em qualquer desses momentos.

2.1.3 Alienação Gratuita ou Onerosa

O tratamento a ser dado à fraude contra credores será diverso, conforme o ato translativo tenha sido gratuito ou oneroso.

Caso a alienação seja gratuita, a má-fé do adquirente é presumida de forma absoluta, bastando que o credor demonstre que em decorrência do ato aquele tenha se tornado insolvente. Não há, nessa hipótese, necessidade de se provar o *consilium fraudis*.

Diferentemente ocorre quando a alienação se deu a título oneroso, pois o credor terá o ônus de provar a má-fé do adquirente, e sua participação na fraude, consistente no conhecimento de que, por aquele ato, o devedor seria levado à insolvência em prejuízo de seus credores.

O tratamento diferenciado é justificado pela doutrina. Na alienação gratuita, evita-se que o terceiro adquirente, ainda que de boa-fé, obtenha lucro em decorrência de ato fraudulento, prejudicial aos credores. Por outro lado, se a aquisição deu-se a título oneroso, e o terceiro agiu de boa-fé, sua posição é idêntica a dos credores e não haveria motivação jurídica para o desfazimento do negócio, salvo se o credor lograsse demonstrar o *consilium fraudis* entre o devedor e o terceiro adquirente.

2.1.4 Natureza Jurídica

Controvertem os doutrinadores sobre a natureza jurídica da fraude contra credores. O entendimento tradicional, baseado nos artigos 106, 107 e 147, II, do Código Civil de 1916 (e atualmente nos artigos 158, 159 e 171, II, do Código Civil de 2002), é de que se trata de ato jurídico anulável. Nesse caso, como ensina Pontes de Miranda[4], a decisão judicial que reconhecer a fraude contra credores e anular o ato alienativo será desconstitutiva.

[4] MIRANDA, F. C. Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.463.

Mais recentemente, porém, alguns autores "vem-se definindo no sentido de que também na fraude contra credores ocorre um juízo de ineficácia do ato lesivo"[5]. Nessa hipótese, o ato não seria anulado, mas apenas declarada sua ineficácia em relação ao credor prejudicado. A decisão judicial, portanto, teria natureza declaratória, com efeitos *ex tunc*. O ato fraudulento não seria desconstituído, mas apenas declarado ineficaz, e o vínculo entre alienante e adquirente permaneceria, produzindo seus efeitos no caso de o crédito vir a ser satisfeito por outros bens do devedor.

2.1.5 Remédio Processual

Se existe controvérsia quanto à natureza da decisão judicial que constata a fraude, nenhuma dúvida ocorre quando a forma de o credor atacar o ato prejudicial ao seu crédito. É a ação pauliana, também chamada revocatória, o instrumento processual pelo qual o credor prejudicado deve buscar, em juízo, e em nome próprio, impugnar os atos praticados pelo devedor em fraude contra credores.

A propositura da ação pauliana exige, além dos requisitos previstos para as demandas em geral, como as condições da ação e os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, três requisitos específicos:

a) a existência de um crédito a ser tutelado;

b) a ocorrência de um prejuízo (*eventus damni*) sofrido pelo credor em decorrência do ato a ser impugnado, consistente em lesão à garantia representada pelos bens do devedor;

c) a presença do elemento subjetivo do *consilium fraudis*, caracterizado pela má-fé, pelo propósito deliberado e consciente do devedor (nos atos gratuitos) ou do devedor aliado ao terceiro adquirente (nos atos onerosos) em desfalcar o patrimônio, provocando uma insolvência com o objetivo de frustrar o inadimplemento da obrigação.

2.2 A Fraude à Execução

Fraude à execução é o instituto de natureza processual, regulado pelo artigo 593 da Código de Processo Civil (CPC), através do qual o devedor aliena bens na pendência de processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem reservar, em seu patrimônio, bens suficientes para garantir a dívida objeto de cobrança judicial.

[5] CAHALI, Yussef Said. Op cit., p.101.

2.2.1 Requisitos

A configuração da fraude à execução exige a presença de dois elementos: a litispendência e a frustração dos meios executórios[6].

A litispendência configura-se a partir da citação válida, conforme se depreende dos artigos 219 e 263, 2ª parte, do CPC. Assim, a fraude à execução somente poderá ocorrer após o réu haver sido validamente citado, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça[7].

A frustração dos meios executórios é similar à insolvência do devedor na fraude contra credores. Na fraude à execução, porém, é suficiente que seja demonstrado pelo credor a inexistência de bens penhoráveis.

2.2.2 Momento

Tendo-se presente que um dos requisitos para a existência de fraude à execução é a litispendência, sua configuração somente ocorrerá nos casos em que a alienação de bens se der na pendência de demanda em face do devedor.

É entendimento preponderante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência (conforme exposto no tópico anterior), que a litispendência, para os fins do art. 593 do CPC, exige a citação válida do devedor. Contudo há quem, como Yussef Sahid Cahali[8], entenda, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[9] e na 1ª parte do art. 263 do CPC, que seria suficiente o simples ajuizamento de ação contra aquele.

2.2.3 Alienação Gratuita ou Onerosa

Ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, a disciplina jurídica da fraude contra a execução não traz qualquer diferenciação entre os casos de alienação gratuita ou onerosa. Assim, tal distinção é irrelevante para a configuração do ato fraudulento.

2.2.4 Natureza Jurídica

Se a natureza jurídica da fraude contra credores ainda apresenta-se controvertida, o mesmo não ocorre em relação à fraude de execução. Como ensina

[6] ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.388.

[7] 4ª Turma, REsp 2.429/SP, j. 19/06/1990, rel. Min. Barros Monteiro; 3ª Turma, REsp 61.114, rel. Min Waldemar Zveiter, DJU 18/12/1995; 4ª Turma, REsp 109.417, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16/06/1998, DJU 26/10/1998, p.121.

[8] CAHALI, Yussef Said. Op cit., p.567.

[9] 2ª Turma, RE 106.517, j. 22/11/1985, DJU 31/12/1985, p.23.213.

Araken de Assis[10], "nesta espécie de fraude, segundo o entendimento uniforme da doutrina brasileira, os atos de alienação ou oneração realizados pelo obrigado se ostentam ineficazes."

No mesmo sentido da doutrina é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Na fraude de execução, o ato não é nulo, inválido, mas sim ineficaz em relação ao credor"[11].

Portanto, o ato de alienação ou oneração praticado em fraude à execução tem a natureza de ato ineficaz em relação ao credor, não sendo caso de nulidade ou anulabilidade.

2.2.5 Registro da Citação

Para a configuração da fraude à execução não é necessário que a citação esteja inscrita no Registro Imobiliário, como prevê a Lei 6.015/73, em seu art. 167, I, item 21. Contudo, o ônus da prova a cargo do credor será menor ou maior, conforme a citação conste ou não dos registros públicos, como se verifica da seguinte decisão do Tribunal de Justiça gaúcho:

"1º) se a citação estiver inscrita no Registro Imobiliário, a fraude independe de prova, porque se presume do fato do registro, pelo qual se tem registrado como do conhecimento de todos e, portanto, do adquirente dos bens ou daquele em favor de quem foi feita a sua oneração;

2º) não tendo a citação sido levada àquele Registro, conquanto ainda aí exista fraude, cumpre ao exeqüente [...] provar que o terceiro adquirente ou beneficiário com a oneração dos bens tinha conhecimento da ação pendente contra o alienante ou *instituidor do ônus real*."[12]

Portanto, a existência do registro da citação importa em presunção absoluta a favor do credor, de que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda. Não havendo o registro, incumbe ao credor demonstrar que o terceiro tinha ciência da ação. No mesmo sentido decidiu também a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar, em 09/04/2003, a apelação cível nº 70005972237, sendo relator o Des. Claudir Fidelis Faccenda.

2.2.6 Remédio Processual

Ao contrário da fraude contra credores, que exige a propositura de ação autônoma – a ação paulina, ou revocatória -, a fraude à execução é declarada pelo

[10] ASSIS, Araken de. Op cit., p.385.

[11] 4ª Turma, REsp 3.771/GO, j. 16/10/1990, rel. Min. Sálvio de Figueiredo.

[12] TJRS, 21ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 599163300, rel. Des. Francisco José Moesch, j. 11/08/1999.

juiz no bojo do próprio processo executivo em curso, *incidenter tantum*, atendendo a requerimento do credor, que deverá demonstrar a presença dos requisitos para a configuração da fraude, ou seja, a litispendência e a frustração dos meios executórios.

Trata-se, no caso, de decisão interlocutória, que poderá ser atacada pelo devedor-executado mediante recurso de agravo. Ao adquirente ou beneficiário que, sentindo-se prejudicado, pretender negar a existência da fraude ou livrar-se de suas conseqüências, caberá a interposição de embargos de terceiro.

Não impugnada, ou confirmada a decisão que declarou a fraude e a ineficácia da alienação ou oneração em relação ao credor, o bem será levado à hasta pública, prosseguindo com os demais atos previstos para o processo de execução. Ao adquirente prejudicado restará propor ação própria para reaver do executado o preço que pagou pelo bem.

2.3 Fraude contra Credores x Fraude à Execução

A fraude contra credores atinge apenas os interesses particulares dos credores, sendo típico instituto de Direito Privado. Já a fraude à execução apresenta maior gravidade, pois atinge não apenas interesses privados, mas a própria atividade jurisdicional do Estado, tendo natureza de Direito Público. Em face disso, nesta modalidade o tratamento dado pelo ordenamento jurídico ao fraudador é mais enérgico.

De natureza material, a fraude contra credores é um dos defeitos do negócio jurídico e depende de ação própria para ser declarada. Julgada procedente implicará na anulação do ato.

Por outro lado, a fraude à execução, instituto de direito processual, processa-se por mero incidente em ação já em curso, não demandando ação própria. O reconhecimento judicial da fraude implicará na ineficácia da alienação ou oneração em relação ao credor, não acarretando o desfazimento do ato.

A principal diferença entre ambas talvez seja a necessidade, na fraude contra credores decorrente de alienação a título oneroso, de se provar a existência do *consilium fraudis* – conluio fraudulento entre o devedor alienante e o terceiro adquirente, o que não se exige na fraude à execução.

Conforme ensina Liebman[13], na fraude de execução "a intenção fraudulenta está *'in re ipsa'*; e a ordem jurídica não pode permitir que, enquanto pende o

[13] LIEBMAN, Enrico Tullio. apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de Execução. São Paulo: Leud, 1991, p.154.

processo, o réu altere a sua posição patrimonial dificultando a realização da função jurisdicional".

Concluímos, com Sílvio de Salvo Venosa[14] que "ambos os institutos buscam a mesma finalidade, ou seja, proteger o credor contra os artifícios do devedor que procura subtrair seu patrimônio. Ocorre na fraude de execução um procedimento mais simplificado para o credor, que não necessitará do remédio pauliano para atingir seus fins. O fato, porém, de o ato inquinado ser anulado via ação pauliana ou declarado ineficaz na fraude de execução não terá maior importância prática, desde que o credor seja satisfeito".

3. A Boa-fé do Adquirente

A boa-fé do adquirente de bens alienados em fraude à execução tem sido objeto de grandes debates na doutrina e na jurisprudência. A questão ainda não é pacífica, porém, conforme ensina Theodoro Júnior[15], "a jurisprudência [...] passou a condicionar a alienação em fraude de execução ao conhecimento real ou presuntivo do terceiro adquirente acerca da existência da ação real pendente sobre o bem litigioso [...]".

O atual entendimento jurisprudencial considera necessário verificar se o adquirente tinha conhecimento da fraude (*consilium fraudis*) ou pelo menos tinha condições de saber da existência da demanda contra o devedor, através das informações colocadas ao seu alcance.

Finalmente, cumpre distinguir entre a hipótese de o terceiro adquirente ser prejudicado pela existência de uma ação que desconhecia por descuido seu, daquela situação em que ele é prejudicado pela existência de ação da qual não tinha condições de tomar ciência. Para parte da doutrina somente estaria caracterizada a boa-fé do terceiro adquirente quando este tomasse o mínimo de cautelas necessárias para a sua segurança jurídica ao adquirir o bem. O que implicaria, necessariamente, em pesquisar sobre a existência de ações judiciais em face do alienante que pudessem vir a atingir o bem a ser adquirido.

4. A Fraude à Execução Fiscal

A fraude à execução fiscal, ou seja, aquela execução promovida pela Fazenda Pública, nos termos da Lei 6.830/80, para cobrança de valores inscritos em dívida ativa, é a mesma fraude à execução prevista no art. 593 do CPC, incluída nos "demais casos expressos em lei" do inciso III, porém revestida de algumas

[14] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, parte geral. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.503.

[15] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol.2. São Paulo: Forense, 2003, p.108.

peculiaridades para melhor resguardar o interesse público representado pelo Fisco.

O art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN), até recentemente, trazia a seguinte redação:

"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."

A exigência final desse dispositivo que regula a fraude à execução fiscal implicava na necessidade de que, para o reconhecimento da fraude, o débito para com o Fisco deveria estar ajuizado, embora não fosse, aqui, exigida a citação do devedor.

Contudo, a recente publicação da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, com vigência 120 dias após essa data, alterou a parte final do art. 185, retirando a expressão "*em fase de execução*". Assim, atualmente configura-se como fraudulenta qualquer alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, desde que o crédito tributário esteja regularmente inscrito como dívida ativa, procedimento que se processa no âmbito administrativo.

4.1 Requisitos

Para a configuração da fraude à execução fiscal exige-se:

a) que a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, tenha sido promovida por pessoa em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa (CTN, art. 185, *caput*);

b) que o devedor não tenha reservado bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita (CTN, art. 185, parágrafo único).

Como se percebe, tratam-se de requisitos de ordem objetiva, não se vislumbrando qualquer espaço para se perquirir sobre aspectos subjetivos, seja de parte do devedor, seja do terceiro adquirente.

Não se exige também o ajuizamento da execução fiscal, mas apenas que o crédito do Fisco esteja inscrito em dívida ativa, procedimento administrativo do qual o devedor toma ciência através de notificação feita pela Fazenda Pública.

4.2 Momento

Como já visto, até recentemente a fraude estaria configurada desde que o ato alienativo ou onerativo tivesse ocorrido "em fase de execução". Ou seja, somente depois de ajuizada a execução fiscal. Parte da jurisprudência e da doutrina,

equiparando o Fisco aos credores privados, aos quais se aplica o regime do art. 593 do CPC, entendia que não bastava o ajuizamento, sendo necessária a citação do devedor.

Atualmente tal discussão não se faz mais necessária visto que, com a vigência da LC 118/2005, que retirou do art. 185 do CTN a expressão "em fase de execução", o marco inaugural para a configuração da fraude é, indubitavelmente, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. Praticado o ato pelo devedor, a partir deste momento estará caracterizada a fraude, cabendo a Fazenda Pública requerer ao Juiz que declare a ineficácia do ato em relação a ela.

Mesmo antes da atual redação do art. 185 já havia quem defendesse tal entendimento, de que a fraude estaria configurada a partir da inscrição em dívida ativa. Essa era, entre outros, a posição do eminente tributarista Paulo de Barros Carvalho[16], para quem "seguida a orientação do texto, ao pé da letra, a presunção de fraude surgiria a partir do momento em que, convocado o réu para compor a lide, tem início a fase de execução. O entendimento correto, porém, é menos rigoroso para com a Fazenda Pública, estabelecendo-se a baliza da inscrição da dívida como termo inicial da existência da presunção."

A LC 118/2005 afastou definitivamente qualquer dúvida que pudesse existir em relação ao momento da caracterização da fraude à execução fiscal. Como ensina Leandro Paulsen[17], "com a nova redação da LC 118/05, que refere simplesmente 'crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa' a questão se resolve, considerando-se como marco o momento da inscrição em dívida ativa".

4.3 Presunção do Consilium Fraudis

O art. 185 do CTN encontra-se no capítulo relativo às Garantias e Privilégios do Crédito Tributário. Dessa forma, é natural que, na fraude à execução fiscal, tenha o credor posição mais favorável que na fraude prevista no art. 593 do CPC.

Conquanto não se exija o ajuizamento da ação por parte do Fisco (a litispendência, exigida na fraude à execução do CPC), é de se notar que, ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, não há necessidade de se demonstrar o *consilium fraudis*. Isso porque, enquadrando-se os atos do devedor na tipificação legal, tem-se como presumido tal requisito, e a ação fraudulenta estará configurada, independentemente de qualquer condição de ordem subjetiva.

[16] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.360.

[17] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado - ESMAFE, 2005, p.1270.

4.4 Alienação Gratuita ou Onerosa

É irrelevante, para a ocorrência da fraude à execução fiscal, que o ato alienativo tenha se dado de forma gratuita ou onerosa. Ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, a lei não faz qualquer diferenciação nesse caso, sendo os atos típicos presumidos fraudulentos, de forma absoluta. Como, aliás, ocorre na fraude do art. 593 do CPC.

4.5 Prerrogativas da Fazenda Pública

A disciplina legal da fraude à execução fiscal apresenta dispositivos que colocam a Fazenda Pública em situação mais favorável em relação aos credores privados. Tal situação, porém, longe de se constituir em um injusto privilégio, violando o princípio constitucional da igualdade, decorre do regime jurídico a que está sujeita a Administração Pública.

Para a doutrina administrativista, na qual se destaca Celso Antonio Bandeira de Mello[18], as relações da Administração Pública com os particulares são regidas, entre outros, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Trata-se de princípio geral do Direito, inerente a qualquer sociedade, sendo, inclusive, condição para a própria existência desta.

Por força desse princípio, que não se encontra em nenhum dispositivo constitucional específico, mas permeia toda a Constituição Federal, e é um pressuposto lógico do convívio social, a Fazenda Pública (entendida como o Estado em seu aspecto econômico-financeiro) encontra-se em posição privilegiada frente aos particulares, possuindo prerrogativas sem par nas relações privadas.

Tal posição decorre da necessidade de a Administração agir em defesa do interesse público, ou seja, de toda a coletividade nacional, estadual ou municipal, conforme o caso. Assim, e dentro do espírito de nossa Carta Magna, as prerrogativas postas à disposição da Fazenda Pública visam justamente garantir aos interesses da sociedade posição mais favorável do que a de cada cidadão isoladamente considerado. Trata-se, então, de obediência ao princípio constitucional da igualdade, o qual, segundo pregava Aristóteles, implica em que se deve "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam".

4.6 Distinção em Relação à Fraude à Execução Prevista no CPC

Essencialmente, a diferença entre as duas espécies de fraude à execução está no fato de que, na execução fiscal, não se exige a existência de um processo já em curso, com a citação do devedor. Ou seja, não existe o requisito da

[18] MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.87-90.

litispendência, sendo suficiente que o crédito tributário esteja regularmente inscrito em dívida ativa.

No mais, ambas as espécies apresentam as mesmas características, inclusive em sua natureza jurídica, pois também na fraude à execução fiscal o juiz deverá declarar a ineficácia do ato de alienação ou oneração em relação ao credor, não sendo caso de nulidade ou anulabilidade do ato.

5. A Boa-fé do Adquirente na Fraude à Execução Fiscal

Questão sobre a qual muito se controverte atualmente é quanto à necessidade da Fazenda Pública provar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da situação fraudulenta, e que agiu de má-fé ao celebrar o negócio jurídico com o devedor. Ou ainda, se eventual demonstração por parte do adquirente, de que agiu de boa-fé, terá alguma relevância em relação à declaração de ineficácia do ato alienativo ou onerativo em relação à Fazenda Pública

5.1 A Legislação

Conforme já vimos, a fraude à execução fiscal tem sua disciplina legal no art. 185 do Código Tributário Nacional.

Não há, nesse ato normativo, qualquer referência a aspectos subjetivos, como é o caso da boa-fé. A norma apresenta presunção absoluta, *juris et de jure*, de que são fraudulentos os atos de alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, nas condições ali especificadas.

Ou seja, ocorrendo a subsunção dos fatos ao tipo legal, estará configurada a fraude, não havendo que se perquirir sobre qualquer elemento de natureza subjetiva. Não há na lei, portanto, qualquer possibilidade de se afastar a existência da fraude através da alegação de boa-fé por parte do terceiro adquirente.

5.2 O Entendimento Doutrinário

A doutrina é praticamente uníssona no sentido de que eventual boa-fé do adquirente é irrelevante, e não tem o condão da afastar a fraude à execução, desde que presentes os requisitos legais.

Nesse sentido:

> "(...) é irrelevante a boa-fé do adquirente, diante da presunção iuris et de iure de fraude; não teria, assim, qualquer pertinência digressão em torno da malícia ou do propósito fraudatório dos contraentes; (...)"[19].

[19] CAHALI, Yussef Said. Op cit. p.903.

"O intuito do alienante de prejudicar o credor é manifestado, evidente, donde independer a fraude de execução da prova do consilium fraudis, que se presume. Na fraude de execução, a fraude está in re ipsa. (LIEBMAN)"[20].

5.3 O Entendimento Jurisprudencial

A jurisprudência, tradicionalmente, vinha entendendo que a boa-fé do adquirente é irrelevante. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. BEM ALIENADO APÓS O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR DEVEDOR QUE POSSUI OUTROS BENS LIVRES SUFICIENTES À GARANTIA DA EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE FALÊNCIA DO DEVEDOR. INCIDÊNCIA DOS ART. 29 E 31 DA LEI Nº. 6.830/80. IRRELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ PELO ADQUIRENTE.

1 – Para caracterização de alienação de bem em fraude à execução é irrelevante a alegação de ter o adquirente agido de boa-fé (Precedentes: RE-108615/MG; TFR-4ª Turma, AG. 57.511-SP).

2 – Contudo, em face do disposto no parágrafo único do art. 185 do C.T.N., não se caracterizada a fraude à execução se o devedor, ao tempo da alienação, embora estivesse sendo executado pela Fazenda Pública, possuía outros bens livres, suficientes para garantia da execução.

3 – Não infirma essa assertiva o fato de haver em andamento, contra o devedor, processo de insolvência ou de falência, diante do que dispõem os arts. 29 e 31 da Lei nº. 6.830/80.

4 – Apelação provida."

(TRF 1ª Região, 3ª Turma, AC 1998.01.00.088968-9/BA, rel. Juiz Olindo Menezes, DJU 03/03/2000, p. 280).

"FRAUDE À EXECUÇÃO.

Uma vez que o devedor-executado, após citado validamente, promova alienação de bens capaz de levá-lo à insolvência, à luz do ART. 185 do CTN-66 que encerra a presunção "juris et de jure" de fraude, inafastável pela boa-fé do adquirente, está caracterizada a fraude de execução e deve ser declarada para tornar ineficaz a alienação com relação ao credor. Agravo provido."

[20] Santos, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 1997, p.251.

(TRF 4ª Região, 1ª Turma, AG 95.04.12684-7/SC, rel. Juiz Volkmer de Castilho, DJU 26/01/1997, p. 9866)

"1. DIREITO TRIBUTÁRIO

2. Execução Fiscal. Penhora de bens alienados em alegada fraude à execução. Indeferimento. Agravo de instrumento.

3. A insolvência não se presume, devendo ser provada. Inocorre a fraude se o bem foi alienado antes da penhora. Irrelevância da questão do "consilium fraudis", ou da boa ou má-fé do adquirente.

4. Agravo desprovido."

(TRF 4ª Região, 1ª Turma, AG 95.04.27222-3/PR, rel. Juiz Gilson Dipp, DJU 15/05/1996, p. 31.103)

Todavia, recentes decisões, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, vem contrariando a jurisprudência anteriormente pacífica, e o entendimento doutrinário. Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. REGISTRO DA PENHORA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 83/STJ. SÚMULA N. 283/STF.

1. Constitui pressuposto para a configuração do dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial a demonstração de similitude fática entre os acórdãos confrontados.

2. Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução fiscal, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha conhecimento da constrição. Precedentes. Aplicação da Súmula n. 83/STJ.

3. Aplica-se a Súmula nº 283/STF na hipótese em que o agravante não impugna fundamento constante no decisório agravado que, por si só, é suficiente para a manutenção do julgado.

4. Recurso especial não-conhecido."

(STJ – 2ª Turma, REsp 172.645/SP, j. 03/02/2005, DJU 14/03/2005, p. 238, rel. Min. João Otávio de Noronha)

Verifica-se daí que a Corte Especial passou a exigir que a penhora esteja registrada, para só então ver configurada a fraude à execução. Ou, então, atribu-

indo ao credor o ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento da constrição judicial.

Com a devida vênia, tal posicionamento, acaso mantido, irá sepultar definitivamente de nosso Direito a figura da fraude à execução, contrariando inclusive o próprio legislador, que recentemente revigorou tal figura no que toca às execuções fiscais com as alterações introduzidas no art. 185 do CTN pela LC 118/2005.

Acaso a penhora tenha sido registrada, simplesmente estará fechada a porta para que ocorra a fraude. Sim, pois constando o ato constritivo do registro imobiliário, ou do departamento do trânsito, ou outros cadastros públicos, conforme o bem penhorado, os órgãos administrativos simplesmente não irão concretizar a transação, pelo gravame neles constante decorrente da penhora.

Por outro lado, o entendimento do STJ, ao exigir que a Fazenda Pública comprove que o adquirente tinha conhecimento da constrição, subverte completamente o regime legal do art. 185 do CTN. O Código Tributário considera fraudulenta a alienação desde que o crédito do Fisco esteja inscrito em dívida ativa, portanto, mesmo antes da existência de um processo judicial. Logo, não há sentido em se exigir que o adquirente tenha conhecimento da demanda, se esta sequer precisa ser proposta, bastando que o crédito tributário esteja inscrito em dívida ativa.

Cabe, portanto, ao adquirente de bens, tomar as devidas cautelas para se resguardar de uma futura declaração de ineficácia do negócio jurídico. E tal acautelamento, atualmente, é bastante simples: basta uma consulta aos sistemas de acompanhamento processual dos órgãos judiciais, o que, em regra, pode ser feito até pela internet. Ou então exigir que o alienante apresente certidões negativas emitidas pelo Fisco. Assim, o terceiro estará seguro de que o bem que está adquirindo encontra-se isento de qualquer ônus, atual ou futuro, e poderá demonstrar com tranqüilidade sua boa-fé, caso ainda assim se pretenda, mais adiante, alegar eventual fraude à execução.

É preciso ter em mente, em especial, que a lei não exige do credor prejudicado – no caso, a Fazenda Pública – que demonstre a boa ou má-fé do terceiro adquirente. Trata-se de presunção absoluta, *juris et de jure*. Não pode o Judiciário impor ao credor exigências que o Parlamento não impôs, transformando-se de Estado-Juiz em Estado-Legislador.

Deve, portanto, continuar em vigor o tradicional entendimento doutrinário e jurisprudencial que reflete a melhor exegese da legislação de regência como, aliás, continua fazendo, com muita propriedade, a Justiça do Trabalho, conforme se vê em recentes decisões a seguir transcritas:

"EMBARGOS DE TERCEIRO - FRAUDE À EXECUÇÃO - INEFICÁCIA DE ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL PENHORADO - Em se tratando de fraude à execução torna-se despicienda a indagação da boa-fé alegada pelo adquirente do bem constrito. A fraude à execução, diferentemente da fraude contra credores, é diretamente praticada contra a administração da justiça. A presunção inarredável no âmbito da fraude à execução é a de que o particular objetiva, através de manobras artificiosas, frustrar a eficácia do aparelhamento estatal destinado a assegurar a lesão a direitos no âmbito da sociedade organizada. Se ao tempo da alienação do bem imóvel rural objeto da penhora já corria demanda trabalhista contra o executado e seus sócios, subsidiariamente, o ato de disposição do bem por estes últimos, embora não seja caso de nulidade ou de anulabilidade da compra e venda efetuada, é tido por ineficaz perante a exeqüente e o Juízo da execução, respondendo normalmente pelas obrigações do devedor alienante."

(TRT 3ª Região (MG), 3ª Turma, AP 00873-2004-080-03-00-6, DJ 18/06/2005, p. 4, rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães)

"EMBARGOS DE TERCEIRO – ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – CARACTERIZADA FRAUDE À EXECUÇÃO. A penhora impugnada recaiu sobre bens imóveis – áreas de terras - as quais foram adquiridas em 03-06-93, junto ao reclamado, sendo que a transcrição no registro de imóveis ocorreu em 05-08-94. Este por sua vez, com referida venda consumada, não tem patrimônio suficiente para garantia da execução, a qual foi proposta em 14-11-1988, com sentença proferida em 15-06-90. Posiciono-me no sentido de que ajuizada a Reclamatória Trabalhista os bens da empresa como de seus sócios passam a responder por futuro crédito trabalhista a ser reconhecido em Juízo. E, portanto, verificando-se ao tempo da execução a inexistência de bens a garantir o débito trabalhista, os bens patrimoniais tanto da empresa quanto dos seus sócios, alienados após o ajuizamento da reclamatória trabalhista, deverão responder pelo crédito, posto que alienados em evidente fraude à execução. Não socorre aos terceiros embargantes a tese de que agiram com boa-fé. Esclareça-se, que diversamente do que ocorre com a fraude contra credores, a fraude contra a execução não exige a prova do "consilium fraudis". Assim se extrai do art. 593 do CPC, o qual contém a presunção da existência de má-fé na alienação, uma vez tratar-se de ato praticado diretamente contra a administração da Justiça, quando o devedor lança mão de manobras para frustrar a eficácia da sentença de mérito prolatada pelo órgão jurisdicional, sem a qual não se concretiza a decantada justiça, fim teleológico do Poder Judiciário. Colocando de lado uma linha de raciocínio apoiada no subjetivismo, o Novo Código Civil instituído pela Lei n. 10.406, de 10-01-2002, que entrou em vigor no dia 11-01-2003, adotou um conceito objetivo ao dispor em seu artigo 442 "que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"."

(TRT 9ª Região (PR), AP 71025-2002-670-09-00-9, DJ 11/03/2005, rel. Juiz Luiz Celso Napp)

"FRAUDE À EXECUÇÃO - PENHORA - INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO - BOA-FÉ. A fraude à execução independe da boa-fé dos compradores ou negociantes. A lei presume a má-fé do devedor ao alienar o bem objeto de constrição judicial ao tempo em que tramita demanda capaz de reduzi-lo à insolvência artigo 593, inciso II, do CPC . Daí advém a ineficácia do ato de alienação."

(TRT 9ª Região (PR), AP 71068-2001-513-9-0-0, DJ 03/06/2002, rel. Juiz Tobias de Macedo Filho)

"1. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. INOCORRÊNCIA. Não há que cogitar cerceamento de defesa quando o juiz, condutor do processo, arrimando-se no artigo 330, inciso I e art. 396 do Código de Processo Civil, julga a lide de forma antecipada, porquanto já comprovados os fatos necessários e úteis ao deslinde da demanda, visto que a presente hipótese legal autoriza o encerramento antecipado da instrução.

2. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE DE EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A fraude de execução, no processo do trabalho, caracteriza-se segundo a disposição contida no inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, sendo irrelevante a comprovação da boa-fé do Terceiro Embargante, que, pretendendo desconfigurá-la, deverá comprovar, satisfatoriamente, o estado de solvabilidade do alienante devedor. Agravo de petição a que se nega provimento."

(TRT 23ª Região, AP 2.013/2001, j. 11/09/2001, DJ 11/10/2001, p. 42. rel. Juiz Tarcisio Valente)

"FRAUDE À EXECUÇÃO. INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO DO BEM PENHORADO. IRRELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. Demonstrado que o bem penhorado foi alienado pelo executado após o início da execução e constatada a inexistência de quaisquer outros bens de valor apreciável passíveis de penhora, cumpre-se declarar a ocorrência de fraude à execução. Inteligência do artigo 593, inciso II, do CPC, segundo o qual considera-se em fraude à execução a alienação de bens efetivada quando já corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. A fraude, no caso, configura-se *ope legis*, tornando ineficaz a alienação perante o Juízo da execução, pelo que se mostra irrelevante qualquer discussão acerca da suposta boa-fé do terceiro adquirente."

(TRT 3ª Região,AP 995/01 - Juíza Alice Monteiro Barros, relatora - julg. 20/03/2001).

Nota-se, assim, que a Justiça Obreira vem enfrentando com maior acerto a questão, em consonância com o entendimento doutrinário e o que dispõe a lei. No entanto, no caso da Fazenda Pública a matéria, de natureza tributária, é submetida à Justiça Comum (Federal ou Estadual) e, não tendo índole constitucional,

terá no Superior Tribunal de Justiça a última palavra. A qual, a prevalecer o atual entendimento, estará decidindo *contra legem*.

6. Conclusão

A legislação de regência, notadamente o art. 185 do Código Tributário Nacional, trata a fraude à execução fiscal de forma objetiva, sendo irrelevante a presença ou não da boa-fé por parte do terceiro adquirente. Esse entendimento é expresso na doutrina nacional e tradicionalmente observado pelo Judiciário.

Contudo, em recentes decisões, vem sendo exigido, para configurar a fraude, que o credor demonstre que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda em face do devedor alienante. Ou seja, a presença do *consilium fraudis*, exigido em lei apenas para a fraude contra credores. Em outras palavras, passou parte do Judiciário a entender como requisito essencial à caracterização da fraude à execução fiscal, a presença do elemento subjetivo da má-fé por parte do terceiro adquirente.

Tal posicionamento contraria toda a ordem jurídica e a legislação vigente. É preocupante, pois deixa o credor inteiramente à mercê do devedor, que facilmente poderá dilapidar seu patrimônio, transferindo-o a terceiros, sem que o credor tenha meios para defender-se.

Muito mais coerente, inclusive do ponto de vista da segurança jurídica, é o entendimento tradicional. Ao terceiro existem meios para precaver-se de eventual intenção dolosa por parte do alienante, bastando que diligencie nos órgãos próprios e obtenha informações sobre a situação dos bens e de seu titular. Já ao credor nada restará, vez que provar a má-fé do adquirente é hipótese que somente se viabiliza em casos especialíssimos.

Concluímos então que a presença ou não da boa-fé do terceiro adquirente é inteiramente irrelevante e, desde que presentes os requisitos objetivos do art. 185 do CTN, descabe indagar sobre qualquer aspecto subjetivo que possa influenciar na configuração da fraude à execução fiscal.

7. Referências Bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra Credores*. 2.ed. rev. atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado - ESMAFE, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol.2. São Paulo: Forense, 2003.

_____. *Processo de Execução*. São Paulo: Leud, 1991.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CONHECIMENTO DE OFÍCIO DAS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. LIMITE À JURISDIÇÃO DO STJ?

Paulo Mendes de Oliveira
Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Jorge Amado-Ba; Professor Universitário e de cursos preparatórios para carreira jurídica. Procurador da Fazenda Nacional (Coordenador do Consultivo da Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional).

Sumário: 1. Introdução – 2. Limites constitucionais de jurisdição – 3. Prequestionamento – 4. As questões de ordem pública – 5. Julgamentos de ofício – 6. Atuação *ex officio* do STJ – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. Introdução

Para quem estuda o Direito Processual, tratar do exercício da jurisdição é algo bastante empolgante, porquanto é na sua direção que o processo tramita. Todo *iter* procedimental é voltado à idônea prestação jurisdicional, sendo os institutos dessa ciência criados e interpretados sempre com o fim de conferir ao direito material um adequado tratamento.

Maior interesse desperta o tema quando o abordamos perante os tribunais superiores, em que os rígidos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários limitam por demais a esfera de atuação desses órgãos, criando obstáculos de difícil transposição para a análise da relação jurídica substancial. Ultrapassada, porém, tal barreira de conhecimento dos recursos, aberta estará a instância especial, proferindo os tribunais de cúpula julgamento com aptidão de definitividade sobre o mérito da demanda.

Pretende-se com o tal estudo verificar a amplitude do julgamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando conhece um recurso especial. Estaria a Corte limitada a apreciar estritamente os temas que foram prequestionados ou seria lícito conhecer, até mesmo *ex officio*, da ausência de algum pressuposto processual ou condição da ação que proporcionariam a nulidade do feito?

A análise dessa questão prescinde da abordagem de inúmeros assuntos da teoria geral do processo, que servirão de pilares fundamentais às conclusões a

serem atingidas. Por outro lado, a importância prática é de grande monta, porquanto não só implicará na possibilidade de um amplo juízo saneador perante as cortes superiores, mas evitará o ajuizamento de inúmeras ações rescisórias para desconstituir decisões maculadas por vícios insanáveis.

Nesse sentido, serão estudados os limites constitucionais da jurisdição, abordando-se a delimitação da competência dos tribunais superiores realizado pela Carta Política, seguido por uma abordagem dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, particularmente do prequestionamento. Adentrando na importância das questões de ordem pública, sobretudo na seara processual, estudaremos seus vínculos com a possibilidade do magistrado decidir de ofício, conhecendo de certos assuntos independente da argüição das partes. Nessa abordagem, não se olvidará da grande relevância que desempenha o princípio do contraditório na ciência processual, que não pode ser suprimido pela atividade oficiosa do magistrado. Enfim, será tratada especificamente a atuação do STJ diante das questões de ordem pública que não foram prequestionadas, demonstrando a evolução jurisprudencial da Corte a esse respeito.

Não esperamos a todos convencer das conclusões alcançadas, contudo serão estabelecidas premissas fundamentais do nosso pensamento, das quais não pretendemos nos afastar. Se os resultados atingidos forem coerentes com as bases erigidas, cumprido foi o mister a que nos propomos, ficando na esperança de despertar, nos estudiosos da ciência processual, maiores atenções sobre este importante tema.

O processo deve ser interpretado sempre como um instrumento à regular aplicação do direito material, jamais como um fim em si mesmo. Eis a premissa fundamental.

2. Limites Constitucionais da Jurisdição

De início, entendemos interessante delimitar o que vem a ser jurisdição, a fim de que possamos afastá-la de institutos correlatos. No estudo dos inúmeros trabalhos que tratam do assunto, verificamos uma tendência quase que unânime em enquadrar a jurisdição como monopólio do Estado.

> "... podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante o qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça."[1]

[1] CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 129.

Ocorre que tal vinculação não procede, sobretudo quando estudado o termo sob a ótica da Teoria Geral do Processo. Analisando esta atividade de definir o direito abstrato em dada situação concreta, observamos que na sua mais remota origem constituía uma espécie de arbitragem de monopólio estatal.

> "Depreende-se que a jurisdição, em sua origem, é a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico, pelo Estado."[2]

Entretanto, atualmente, temos no direito positivo aquela mesma atividade arbitral, só que sob o patrocínio privado, através da qual as partes, de comum acordo, escolhem não submeter seu litígio ao Estado-juiz, mas a um juízo privado, que decidirá com substitutividade e definitividade, exercendo nítida atividade jurisdicional.

> "Diferentemente de Carnelutti, não incluo a arbitragem entre os equivalentes (jurisdicionais), porque para mim, ela configura o exercício de atividade jurisdicional exercida pelo particular, com autorização do Estado, sendo este o entendimento majoritário da doutrina."[3]

Com efeito, parece-nos apropriado o conceito declinado pelo Professor Fredie Didier, quando delimita a atividade jurisdicional, sem tocar em um suposto "monopólio do Estado", nos seguintes termos:

> "Em linhas gerais, pode-se dizer que a jurisdição é a realização do direito, por meio de terceiro imparcial, de modo autoritativo e em última instância (caráter inevitável da jurisdição)."[4]

Uma segunda pergunta que se afigura importante diz respeito a saber o que vêm a ser os limites da jurisdição.

Todos os órgãos jurisdicionais são dotados de jurisdição, porquanto detêm o poder de decidir relações jurídicas na qualidade de terceiros, com a característica marcante da imutabilidade. Assim, identificando um órgão como jurisdicional, necessário é dar um passo à frente, no intuito de saber em que medida poderá se utilizar desse poder que o Estado lhe confere.

Tratar dos limites da jurisdição é abordar assunto dos mais pensados na processualística civil, qual seja, a competência. Saber se um órgão é competente

[2] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 40.

[3] ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56.

[4] DIDIER JUNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. vol. I, 5ª ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005, p. 69.

para processar e julgar certa demanda constitui uma análise que passa pelo prisma constitucional, podendo ingressar inclusive pelos meandros das leis de organização judiciárias estaduais.

Tais subdivisões do poder jurisdicional têm inúmeras explicações, afinal não seria razoável atribuir a um só órgão o mister de julgar todas as causas que surgissem no país ou, sob um outro prisma, que tivéssemos inúmeros órgãos com competência para processar todas as espécies de demandas que chegassem ao Poder Judiciário. Dessa forma, no intuito de dividir as tarefas jurisdicionais e especializar sua prestação, otimizando logicamente a atuação estatal, limites são conferidos à jurisdição, delimitando as espécies de ações que podem ser processadas pelos diversos órgãos existentes.

Seguindo essa linha de estudo do instituto da competência, vislumbramos como uma das questões que mais possuem eco na jurisprudência e doutrina a que diz respeito aos limites da jurisdição dos tribunais superiores. A competência de tais Cortes vem delimitada constitucionalmente, estabelecendo a Magna Carta quais os feitos que terão trâmite nesta sede, inviabilizando, pois, que a legislação infraconstitucional disponha a respeito.

Fazendo um corte metodológico na competência do Superior Tribunal de Justiça, verificamos que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 105, extenso rol de demandas que tramitam sob sua jurisdição. Em certas hipóteses, possui o STJ competência originária, por vezes atua como Corte ordinária de revisão e, por fim, onde tem a maior parte de sua atuação, funciona como corte especial, mantendo a higidez da interpretação da lei federal em todo o país.

Atuando o STJ na qualidade de corte especial, as demandas são a ele devolvidas através do recurso especial, com previsão no art. 105, III, da Constituição Federal, recurso esse que não será utilizado como mera reiteração da demanda inicial, com a plenitude de remessa típica das instâncias ordinárias, mas como via excepcional de análise da correta interpretação conferida à legislação federal aplicada no caso concreto.

Entendendo o manejo deste instrumento processual como via excepcional, o STJ condiciona seu conhecimento à observância de rígidos requisitos de admissibilidade, sem os quais o mérito da postulação não é sequer apreciado. É por isso que se diz que os requisitos de admissibilidades são preliminares[5] ao mérito do recurso.

[5] Estaremos diante de uma questão preliminar, quando sua análise subordinar o conhecimento de outra questão, ou seja, caso seja acolhida, a subordinada sequer será apreciada. Isso acontece com a maioria dos requisitos de admissibilidade processual, porquanto seu acatamento implicará na não apreciação do mérito da demanda.

> "Considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda *depende*, pois, da maneira por que se resolva a primeira."[6]

Enfim, cumpre consignar que, no julgamento dos recursos especiais, apesar de funcionar o STJ como Corte especial a analisar o idôneo manejo da legislação federal, não se limitará a decidir se o julgado aplicou corretamente a lei e, caso negativo, cassar a decisão. Irá, sim, aplicar o direito vigente ao caso concreto, prolatando novo julgamento na causa, que inclusive irá substituir as decisões anteriores que versem sobre o tema julgado no STJ proferidas no feito.

Exerce, pois, este Sodalício a função de Corte de Revisão, aplicando o direito à espécie, nos termos da súmula 456 do STF, e não simplesmente procede à anulação do julgado com a remessa dos autos ao juízo *a quo* para que proceda a novo julgamento, postura típica das Cortes de Cassação, como os órgãos de cúpula francês e italiano.

> "Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao juízo *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o *tribunal aplica-a à espécie*, isto é, julga "a causa" (*rectius*: a matéria objeto da impugnação), como rezam o art. 324, *fine*, do regimento interno do Supremo Tribunal Federal – que não é mera norma "permissiva"-, e o art. 257, *fine*, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Nisso se distinguem nossos recursos extraordinário e especial não apenas dos "recursos de cassação" de tipo francês, mas também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática."[7]

3. Pré-questionamento

Analisando a competência do STJ exclusivamente sob o prisma do recurso especial, porquanto os requisitos de admissibilidade do recurso ordinário constitucional e das demandas originárias não revelam maior interesse nesse estudo, cumpre visualizar de perto um dos mais polêmicos requisitos dos recursos excepcionais: o prequestionamento.[8]

[6] DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 68.

[7] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 596.

[8] Expõe Nelson Nery Júnior extensa bibliografia sobre o prequestionamento *in* "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores." *In Leituras complementares de processo civil* Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2005, p. 84.

Mera análise literal do termo não nos reflete sua essência. Sim, pois, à primeira vista, poderíamos entender como a simples necessidade de se questionar previamente uma matéria nas instâncias ordinárias, a fim de que fosse viabilizada sua devolução às instâncias superiores. Porém, não é só isso que se exige.

Alfredo Buzaid, então ministro do Supremo Tribunal Federal, em julgado de sua relatoria, nos explica que a noção de prequestionamento não constitui inovação da jurisprudência nacional, mas instituto bastante conhecido em ordenamentos estrangeiros:

> "A idéia de prequestionamento, tal como foi consagrada nos cânones constitucionais acima citados, tem sua origem na Lei Judiciária (*Judiciary Act*) norte-americana, de 24 de setembro de 1789."[9]

Não é por outra razão que, diversamente da Constituição de 1988, inúmeras constituições brasileiras fizeram menção à necessidade de se prequestionar as questões a serem devolvidas ao STF, a começar pela Carta de 1891, que expunha a seguinte redação:

> "Art. 59 – *omissis* –
>
> II – *omissis* –
>
> III – *omissis* –
>
> III – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação dos tratados e leis federais e a decisão dos tribunais dos Estados for contra ela."

A idéia de prequestionamento, atualmente, nos remete à necessidade do tribunal *a quo*[10] ter se manifestado de forma expressa sobre certa matéria, ou seja, ter emitido juízo a respeito da malferição de determinado dispositivo legal. Não basta que a parte argua, imprescindível que o tribunal se manifeste sobre os pontos a serem remetidos às instâncias superiores.

Tal necessidade de emissão de juízo a respeito das matérias a serem devolvidas é tão rigorosa no âmbito do STJ, que existe jurisprudência consolidada no sentido de que, não se manifestando o tribunal sobre os pontos relevantes, apesar de argüido pelas partes, devem os litigantes manejar o recurso especial com base no art. 535 do CPC, sob fundamento de negativa de prestação jurisdicional. Nessas hipóteses, será declinado pelo recorrente pedido de anulação do julgamento, com retorno dos autos ao órgão *a quo*, a fim de que o mesmo emita o necessário juízo sobre as questões a serem prequestionadas, preenchendo, pois, os requisitos de admissibilidade do recurso especial. Vejamos decisão nesse sentido:

> "Restaram sem análise pelo aresto recorrido as questões meritórias invocadas ainda em sede de apelação, no que não podem ser alvo de debate nesta instância, em razão da ausência do prequestionamento.
>
> Instado a fazê-lo, mediante embargos declaratórios, o Tribunal persistiu na omissão. Violação do art. 535 do CPC caracterizada.
>
> Recurso parcialmente provido, com a anulação do acórdão dos embargos, retornando o feito à origem para nova apreciação."[11]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendimento mais ameno quanto à imprescindibilidade de manifestação dos tribunais sobre as questões a serem prequestionadas, admitindo o prequestionamento ficto, interpretação abstraída da súmula 356 desse Sodalício.[12] Segundo nosso órgão de cúpula, basta que a parte argua nas suas razões recursais e, não se manifestando o tribunal, que a matéria seja reiterada em embargos de declaração, para que seja admitido que as questões foram prequestionadas fictamente, revelando-se a aptidão do recurso extraordinário.

Curioso é notar donde vem, no direito positivo brasileiro, essa exigência do prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. Se lermos com atenção o inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988, notaremos que o dispositivo se refere expressamente às "... *causas decididas*, em única ou última instância...". E é precisamente nessa expressão - *causas decididas* – que se alicerça a exigência das questões serem enfrentadas pelo STJ. Se as causas devem ser decididas, imprescindível que haja juízo dos tribunais sobre todas as questões a serem submetidas às cortes superiores, segundo jurisprudência predominante.

> "Muito embora a CF vigente não mais se refira à expressão 'questionar', ou 'prequestionar', como o fizeram, em sua maioria, as CF revogadas, o tema se encontra no sistema constitucional brasileiro. O prequestionamento não foi criado pela súmula do Pretório Excelso (STF 282 e 356). Nossa Corte Suprema apenas explicitou o texto constitucional, interpretando-o quer dizer, o Supremo Tribunal Federal interpretou o sentido da expressão '*causas decididas*', constante do texto constitucional."[13]

---

[9] RTJ 105/1.196 e 109/299.

[10] Em regra o julgamento recorrido para as instâncias extraordinárias são de tribunais, contudo não se desconhece a possibilidade de julgamento de primeira instância, de turmas recursais e do próprio STJ serem atacados por meio de recurso extraordinário.

[11] REsp 621792/DF; RECURSO ESPECIAL 2004/0004865-6; Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106); T5 - QUINTA TURMA; 04/10/2005; DJ 14.11.2005 p. 377

[12] Vide julgamento proferido no RE 219934-SP, Pleno, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 14.06.2000.

[13] NERY JÚNIOR, Nelson. "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores." *In Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2005, p. 87.

Entrementes, não podemos nos desvincular de uma premissa já traçada alhures. O STJ, apesar de enfrentar rígidos requisitos para admitir o recurso especial, quando o conhece, não atua como mera Corte de cassação, mas sim aplica o direito à espécie (súmula 456 do STF). Deparando-se com um recurso especial apto, porquanto respeita todas as exigências de validade, o STJ irá proferir um novo julgamento naquele feito, apreciando a demanda amplamente, com todo o arcabouço legislativo aplicável[14]. O que se afirma, pois, é que não se limitará o tribunal a julgar a causa sob a única ótica do dispositivo prequestionado. É um equívoco assim pensar, afinal *iura novit curia*, não sendo razoável limitarmos a cognição desse Sodalício a certos dispositivos legais, como se fossem ilhas isoladas no grande oceano do ordenamento.

Leia-se a esse respeito o quanto dispõe o art. 257 do Regimento Interno do próprio STJ:

> "Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie."

Com efeito, respeitados os requisitos de admissibilidade do recurso especial, inclusive com determinadas matérias prequestionadas, proferirá o STJ um julgamento no feito respeitando o ordenamento como um todo, desde as normas que digam respeito à relação jurídica substancial conduzida ao Poder Judiciário, até os regramentos que tratem da validade do trâmite do feito, como os pressupostos processuais e condições da ação. Em uma palavra, admitido o recurso especial, abre-se a instância para aplicação do direito à espécie.

4. As Questões de Ordem Pública

Muitos equívocos são cometidos na prática diante da celeuma sobre o que são "questões de ordem pública". Sim, pois diante dessas espécies de questões as possibilidades de impugnação se avultam, ao magistrado é deferido o conhecimento de ofício, nos mais das vezes maculam gravemente o processo etc.

Denomina-se de "ordem pública", no âmbito processual, tudo aquilo que transcende os simples interesses dos litigantes, sendo de vital importância para a atuação estatal ou para a sociedade como um todo. A própria expressão já é eloqüente, porquanto se opõe à idéia de interesses privados.

[14] Não se olvida da necessidade de ser respeitada a configuração fática delimitada pelas cortes ordinárias, pois não é dado ao STJ o revolvimento dos fatos, conforme expressamente consagra a súmula 07 do mesmo tribunal.

Galgando certa questão tal importância, não será a inércia dos litigantes, ou mesmo a inércia de outros órgãos jurisdicionais que antes decidiram o feito, que farão com que ocorra a preclusão da matéria, impossibilitando que órgão superior a aprecie, ou reaprecie, em qualquer tempo e grau de jurisdição antes do trânsito em julgado. Frize-se, essa possibilidade deriva da relevância de tais questões para a ordem pública, transcendendo os interesses dos litigantes.

Não é por outra razão que, no processo, a esmagadora maioria dos pressupostos e condições de validade procedimental constituem questões de ordem pública. Evidente, pois a sanidade do feito é algo indispensável à correta prestação jurisdicional, correspondendo a verdadeiro anseio da sociedade a idônea aplicação do direito na tarefa substitutiva do Estado. Sutil, porém evidente, a percepção desse fenômeno em conhecida obra que bem trabalha o processo civil, ao comentar o art. 267, no que diz respeito aos requisitos de validade do procedimento:

> "As matérias alcançadas pelos incisos mencionados são de ordem pública, atinem à jurisdição; por isso, podem e devem ser apreciadas pelo juiz, independentemente de provocação. (grifo nosso)."[15]

Os pressupostos processuais e condições da ação não correspondem a mero capricho do legislador para dificultar o conhecimento da relação jurídica substancial, mas revelam formalidades essenciais para uma correta atuação do Poder Judiciário, conferindo isonomia aos litigantes e possibilitando o amplo conhecimento da relação prestes a ser decidida. A cognição judicial está diretamente ligada ao procedimento e seus requisitos. Por tal razão, ao processo deve ser conferida tamanha importância, não por meros caprichos formalistas, mas por amor à devida aplicação do direito material.

Esse ponto é fundamental para se entender a relevância do direito processual, padecendo de erro grosseiro certos comentários sobre a excessiva preocupação do procedimento em detrimento do direito material. Se há uma preocupação crescente com o processo, não é por outro motivo senão conferir uma idônea prestação jurisdicional, aplicando corretamente os ditames materiais.

Se, por um lado, a atenção aos pressupostos processuais e condições da ação são de tamanha relevância que alcançaram o atributo de "questão de ordem pública", por outro suas análises não podem prescindir de uma correta assimilação da teoria das nulidades. Realmente, tratar de requisitos de admissibilidade do procedimento[16], sem abordar, ainda que de forma perfunctória, a teleologia do regramento das nulidades processuais, é fazer um estudo deficitário.

[15] MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 776.

[16] Pressupostos processuais e condições da ação.

Defende-se com afinco a relevância dos pressupostos e requisitos de admissibilidade do procedimento, contudo não nos afastamos da idéia de que o processo é um instrumento à idônea prestação jurisdicional. Tendo isso em vista, sempre que estivermos diante de um vício procedimental, devemos analisar se o objetivo colimado com o ato irregular foi alcançado. Caso negativo, devemos proceder à analise da possibilidade de se corrigir o defeito, sempre no intuito de viabilizar o conhecimento do mérito da demanda. Só em último caso, quando é inviável a regularização da nulidade e os objetivos dos atos viciados não forem alcançados, é que deverá ser decretada a invalidade do procedimento.

Diante da importância de tais ditames processuais, podendo seu desrespeito ocasionar conseqüências nefastas não só para as partes, mas, sobretudo, para o Estado no seu dever de decidir de forma correta, não podemos suprimir sua análise de qualquer órgão jurisdicional, atuando o magistrado, em todas as instâncias de julgamento, como permanente fiscal da higidez do processo. Vícios processuais podem conduzir, reitere-se, a prejuízos significativos para o interesse dos litigantes, bem como proporcionar a própria inocuidade do julgamento.

Destarte, limitar às instâncias jurisdicionais o conhecimento de máculas na validade do processo é defender algo que vai de encontro com a própria teleologia da atuação jurisdicional. Como podemos aquiescer, por exemplo, com a idéia de um órgão proferir julgamento definitivo sobre uma relação jurídica substancial, estando nítido que se trata de julgamento *extra petita* ou que seja evidente a existência de uma coisa julgada já formada sobre a questão ou, ainda, que a parte seja manifestamente ilegítima? Ora, se o respeito ao procedimento é que legitima a atuação jurisdicional, como fazer a entrega da prestação com evidente violação de seus ditames? É evidente a contradição.

Devemos simplesmente ignorar a existência desses óbices intransponíveis de cunho processual e julgar o mérito da demanda, abrindo margem a uma inevitável ação rescisória que certamente será ajuizada para cassar o *decisum* viciado?

Efetivamente não se pode concordar com essa ordem de coisas, devendo as questões de ordem pública ser analisadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, sob pena de se chancelar julgamentos absolutamente ilegítimos. Conforme já pontuado, os requisitos de admissibilidade da demanda não são caprichos do legislador, mas imperativos de uma idônea prestação jurisdicional, correspondendo sua observância ao necessário respeito aos supremos princípios do devido processo legal e acesso à justiça.

Inicialmente, o princípio do devido processo legal era visto sob o prisma exclusivamente processual, significando o *iter* necessário que deve ser cumprido para uma justa prestação jurisdicional, garantindo-se aos contendores todos os direitos previstos na defesa dos seus interesses (*his day in Court*). Consistia na

garantia a "um processo ordenado (*orderly proceeding*)"[17]. Na lição de Câmara, é a "garantia do pleno acesso à justiça", consubstanciando esta no "acesso à ordem jurídica justa"[18].

Tal perspectiva do devido processo legal, ainda presente no ordenamento vigente, inclusive com guarida constitucional (art. 5º, LIV), constitui uma das garantias fundamentais do cidadão, a fim de que tenha acesso a um provimento jurisdicional adequado à demanda levada a juízo, oportunizando aos litigantes o amplo contraditório, possibilidade de defesa, isonomia etc. Entretanto, cumpre-se frisar que representa o aspecto processual do princípio.

Com arrimo no texto constitucional, nenhum cidadão pode ter seu patrimônio devassado ou liberdade cerceada sem ter o direito de se defender amplamente, através de um processo previamente estabelecido, assegurada a ampla defesa e contraditório e, sobretudo, um julgador natural (predeterminado e imparcial). Todo o *iter* de formação da norma particular deve ser realizado em observância do devido processo legal previsto.

Como esse processo de formação da norma particular não se dá só no âmbito judicial, mas também na seara administrativa e privada, trata-se o princípio do *due process* de uma cláusula geral, constante regedora do processo de concretização do direito. É através deste princípio que garantimos a necessária segurança aos cidadãos em relação ao Estado e terceiros.

Consigne-se, outrossim, que a garantia do devido processo legal constitui muito mais do que um simples princípio, mas congrega em seu bojo todos os demais princípios processuais, conforme expõe o Prof. Nelson Nery:

> "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências 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."[19]

---

[17] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil*. 3ª ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.

[18] CÂMARA, Alexandre Freitas; "Lições de Direito Processual Civil"; Vol. I; 8ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pg. 33.

[19] NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002, p. 33.

Hodiernamente, tem-se avultado a discussão em torno do devido processo legal substancial, conduzindo tal garantia para fora do processo, empregando-a, pois, no âmbito do direito material. O reconhecimento jurisprudencial tem sido o mais amplo, sendo de primordial relevância na interpretação do Ordenamento Jurídico, evitando-se injustiças e aberrações desconectadas dos fins colimados pela legislação que a mera literalidade muitas vezes proporciona.

> "Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza o julgador a questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade no nosso sistema, é realizado pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados."[20]

Com efeito, o devido processo legal substancial deve ser aplicado na análise da legislação vigente, verificando-se se o comando legal e sua respectiva interpretação é útil, no sentido de que tal dispositivo confere à situação concreta a solução que corresponda aos anseios da sociedade; se os meios empregados são adequados para alcançar os fins pretendidos e, enfim, se é razoável sua aplicação no caso concreto.

Necessária é a exposição da lúcida lição proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Veloso, a respeito do tema:

> "... *due process of law*, com conteúdo substantivo ... constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasobableness) e de racionalidade (racionality) devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexo com o objetivo que se quer atingir."[21]

Ao jurista atual é vedado – radicalmente – prender-se na literalidade dos dispositivos legais, olvidando-se da análise da razoabilidade da subsunção do seu conteúdo à situação analisada. Implica dizer que, longe de se priorizar a interpretação literal, maior relevância deve ser conferida à teleologia e à análise sistemática, buscando sempre os princípios constitucionais como norteadores da aplicação do direito e, SEMPRE, se perguntar se é razoável aquela aplicação que se busca realizar de acordo com as regras de experiência.

A verificação desta razoabilidade, utilidade e adequação da aplicação de determinada lei a um caso concreto como decorrência do devido processo legal

[20] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil*. 3ª ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.

[21] Adin n. 1511-7 DF – Medida Liminar, julgado em 14.08.1996.

substancial é o que faz com que se vincule tal princípio ao Postulado[22] da Proporcionalidade, como vêm identificando de forma reiterada a doutrina e jurisprudência pátrias, senão vejamos:

"Assim se pronuncia Raquel Denise Stumm a respeito: 'A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados'".[23]

Como visto, trata-se de uma limitação ao poder estatal de legislar, administrar e julgar, posto que os atos oriundos de tais atividades, não obstante a legalidade com que foram praticados, deverão constantemente ser submetidos ao filtro do *substantive due process of law*.

> "Como normas, os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que impõe ao legislador a necessidade de criação de novas regras que venham a complementar o sistema ou o microssistema em que estão insertos."[24]

Indispensável é a citação de feliz nota registrada pelo Prof. Alexandre Câmara:

> "Assim é que o devido processo legal substancial (ou material) deve ser entendido como uma garantia ao trinômio "vida-liberdade-propriedade", através da qual assegura que a sociedade só seja submetida a leis razoáveis, as quais devem atender aos anseios da sociedade, demonstrando assim sua finalidade social. Tal garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis."[25]

Para encerrar esta imprescindível exposição sobre o princípio máximo do processo civil moderno, declinamos o fruto de profunda investigação a respeito da Corte Suprema Norte Americana, obra em que se delimita com precisão o que vem a ser este *substantive due process of law*:

> "Vimos como a cláusula de *due process fo law* se tornou, nos últimos anos do período anterior, limitação substantiva do Poder dos Estados de regular a liberdade privada em prol do bem-estar público. Ela passaria, agora, a ser

[22] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. aum. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 113.

[23] GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 74.

[24] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil*. 3ª ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.

[25] CÂMARA, Alexandre Freitas; "Lições de Direito Processual Civil"; Vol. I; 8ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pg. 33.

instrumento ilimitado de avaliação da constitucionalidade não só das leis estaduais como das leis do Congresso, através do exame de seu acordo com a razão (*reazonableness*). Determinar o que constituía o *due process* transformou-se, dizem Kelly e Harbison, na consideração mais importante do direito constitucional americano. E uma vez que, pela aplicação da regra da razão (*rule of reason*), a decisão judicial envolvia, na realidade, o julgamento baseado em considerações de ordem social e econômica, a cláusula do processo legal regular, entendida como proteção substantiva, atribuiu aos tribunais poder quase legislativo. Em centenas de casos, após 1890, continuam os mesmos autores, os Judiciários federal e estadual desenvolveram um complexo direito novo, baseado no *due process* substantivo, controlador do poder de polícia estadual e da capacidade legislativa federal."[26]

Não conseguindo, pois, em absoluto, desvincular a atuação dos tribunais superiores da fiel observância aos valores máximos colimados pelo processo, indispensável que profiram seus julgamentos utilizando-se de todo arcabouço legislativo à sua disposição, inclusive às regras atinentes à necessária validade do procedimento. Ao nosso sentir, essa é a interpretação útil, razoável e mais adequada que deve ser seguida para a manutenção da integralidade do sistema processual.

5. Os Julgamentos de Ofício

Um traço característico que acompanha as questões de ordem pública é a possibilidade do magistrado delas conhecer independente da argüição dos demais sujeitos processuais, ou seja, *ex officio*. E diferente não poderia ser, tendo em vista a importância *ultra partes* de tais questões, consistindo interesse público o seu conhecimento e julgamento.

Assim, estando o órgão jurisdicional diante de um processo em que se vislumbre a inexistência de um pressuposto processual ou condição da ação, não lhe é facultado escolher se decreta ou não a nulidade do feito. Imprescindível que o faça, logicamente em atenção aos ditames da teoria das nulidades, conforme antes exposto. E é o próprio CPC que assim determina de forma expressa, na dicção do art. 267, §3° e art. 301, §4°.

No âmbito recursal, tais matérias são devolvidas aos tribunais por decorrência do efeito translativo, impondo a remessa das questões de ordem pública, independente de análise anterior pelos órgãos que atuaram no feito ou de argüição pelas partes. "O efeito translativo está consubstanciado na apreciação oficial

[26] KELLY, Alfred H. "Where constitucional liberty came from. New York, 1954. *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2ª ed. Editora Civilização Brasileira S.A.: Rio de Janeiro, 1992, p. 139 e 140.

pelo órgão julgador do recurso de questões cujo exame é obrigatório ex vi legis, sendo irrelevante a ausência de impugnação específica pelo recorrente."[27]. Trata-se da inquisitoriedade inerente à cognição sobre as questões de ordem pública, conforme explica Luiz Orione:

> "Deveras, enquanto o efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, o efeito translativo é manifestação do princípio inquisitório, que representa a antítese do princípio dispositivo, de que é manifestação o efeito devolutivo dos recursos."[28]

Todavia, na ciência processual hodierna, não há margem para tratar os julgamentos *ex officio* sem abordar o princípio do contraditório. Deve-se reconhecer que se trata de tema tormentoso e com grande resistência prática, principalmente sob o argumento da celeridade processual. Contudo, conforme restará demonstrado, um juízo de proporcionalidade determina que seja sempre observado o contraditório, consistindo em efetivo proceder legitimador da atuação jurisdicional.

O princípio do contraditório, como um dos mais importantes corolários do devido processo legal, constitui garantia que deve ser rigorosamente observada em todos os processos, sob pena de ser prolatado um provimento jurisdicional marcado pela nulidade. Nulo é o processo em que tenha ocorrido algum fato relevante para qualquer das partes durante seu trâmite, sem que tenham estas ciência do mesmo e possibilidade de se manifestar a respeito.

Moderna doutrina vai ainda mais longe no que tange às conseqüências da supressão do contraditório, conforme expõe o Prof. Alexandre Câmara:

> "O princípio que ora passamos a analisar pode ser considerado o mais relevante entre os corolários do devido processo legal. Não há processo justo que não se realize em contraditório. Aliás, a mais moderna doutrina sobre o processo afirma que este não existe sem contraditório."[29]

Na interpretação de tal magno princípio, impõe-se sua visualização sob duplo aspecto: o jurídico e o político. Enquanto no primeiro, atua o contraditório como a necessidade de informação e possibilidade de manifestação a respeito de fatos relevantes ocorridos durante o trâmite processual; sob o aspecto político, o contraditório representa o instrumento legitimador do Estado no exercício do seu ofício jurisdicional. Sem o contraditório, desprovido de legitimidade está o Poder Judiciário para proferir um julgamento.

[27] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17

[28] ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 135.

[29] CÂMARA, Alexandre Freitas; "Lições de Direito Processual Civil"; Vol. I; 8ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, pg. 49.

"Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos."

Nessa linha de raciocínio, é possível perceber que a necessidade do contraditório se impõe, a fim de conferir às partes um provimento jurisdicional sem surpresas, porquanto só assim será prestada a tutela de forma legítima, em respeito ao devido processo legal.

E não se imagine que o contraditório só será exercido no início do processo, com a possibilidade de defesa do réu, como antes se pensava diante da política liberal do final do século XIX. Em verdade, a todo momento no processo deve ser assegurado às partes o conhecimento e possibilidade de manifestação a respeito dos acontecimentos relevantes para o deslinde do feito, sob pena de violação do princípio tratado.

"Tal modo de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial de contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo."[30]

Portanto, à demanda inicial deve ser oportunizada a possibilidade da outra parte apresentar seus argumentos e tentar influenciar no juízo do magistrado quando prolatar seu *decisum*. A esse respeito, oportunas são as considerações de Carnellutti:

"No olvidemos que, en último análisis, esto que debe hacer el juez es una elección. Basta la afirmación de una parte para ponerlo frente a una alternativa: razón o sin razón. Para una buena elección, es necesario que sean exploradas, hasta donde es posible, ambas vías. Pero cada parte tiene interés en que se explore una sola de ellas: la que conduce a su éxito. He aquí por qué sólo la actividad en ambas constituye aquella colaboración, de la cual el juez tiene necesidad. Es necesario una piedra choque con la otra a fin de que salte la chispa de la verdad."[31]

Não podemos deixar de consignar, todavia, a possibilidade, diante de um juízo de proporcionalidade na ponderação entre princípios, de se postergar o contraditório no intuito de garantir o acesso substancial à justiça e efetividade da

[30] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do contraditório". *In "Garantias Constitucionais do Processo Civil"*. São Paulo: RT, 1999, p. 136.

[31] CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil e penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 113.

prestação processual. Trata-se das medidas de urgência, concedidas *inaudita altera parte*, que vêm recebendo exaustivo tratamento doutrinário. Repare-se que não se trata de supressão da garantia constitucional, mas tão só em sua postergação para atender às peculiaridades do caso concreto.

Demonstrada, pois, a importância do princípio do contraditório, afigura-se interessante a necessária relação que devemos estabelecer com a possibilidade do magistrado conhecer de determinadas questões de ofício.

Situações há em que o Diploma Processual Civil defere ao magistrado decidir sobre certos assuntos *ex officio*, ou seja, sem a provocação de qualquer das partes, mitigando, pois, o princípio da demanda, em virtude da relevância dessas situações. Pergunta-se então: poderá o juiz, nas hipóteses em que pode decidir de ofício, simplesmente julgar, sem conferir oportunidade de manifestação das partes? Não estaria surpreendendo indevidamente os litigantes?

A pergunta é de fácil solução à luz dos esclarecimentos acima tecidos e diante de uma simples distinção. Não pode o intérprete confundir a desnecessidade de requerimento para que o juiz possa conhecer de determinado fato ou direito (hipótese de julgamento *ex officio)* com a necessidade de possibilitar às partes o conhecimento daquilo sobre o que o magistrado irá prolatar decisão e a respectiva possibilidade de manifestação. Conforme aduzido, a surpresa é absolutamente vedada em um Estado de Direito.

"Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contradita-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram ao órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado."[32]

Com efeito, visualizando o magistrado situação não mencionada por qualquer das partes sobre a qual o Ordenamento possibilite sua decretação de ofício, deverá, necessariamente, abrir vista para as partes, evitando-se a surpresa e possibilitando que os interessados possam influenciar no ente de razão do julgador. Só assim, respeitado será o devido processo legal (aspecto jurídico) e legítimo será o provimento jurisdicional (aspecto político).

E é exatamente nesse sentido que a legislação alemã sufraga a relação entre os sujeitos processuais, nos seguintes termos:

[32] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do contraditório". *In "Garantias Constitucionais do Processo Civil"* São Paulo: RT, 1999, p. 144.

"§ 139 — (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício."

Nessa linha de raciocínio, devem tais sujeitos manter intensa colaboração e participação durante todo o *iter* procedimental, no sentido das partes exporem suas razões na tentativa de influenciar no juízo final do magistrado e este, quando vislumbrar alguma possibilidade de decisão que ainda não foi debatida em juízo, alertar as partes e determinar suas manifestações a respeito. Só assim, imaculado restará o princípio do contraditório, um dois mais importantes corolários do devido processo legal. Nestes termos, impõe a legislação portuguesa tal relevante cooperação:

"Art. 266 do CPC de Portugal: "1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio".

À luz desses esclarecimentos, fica evidente o porquê da possibilidade dos órgãos jurisdicionais conhecerem de ofício das questões de ordem pública, sem se olvidarem, porém, dos demais princípios que norteiam o processo.

6. Atuação *ex officio* do Superior Tribunal de Justiça

Toda a abordagem anterior a respeito de temas da teoria geral do processo foi necessária para entendermos a possibilidade do STJ conhecer de ofício das questões de ordem pública, prescindindo para tal do rigoroso requisito do prequestionamento[33]. Será que devemos limitar a jurisdição constitucionalmente estabelecida do Superior Tribunal de Justiça, cerceando-lhe a possibilidade de proceder ao saneamento do feito, expurgando as máculas processuais que viciam a idônea apreciação do mérito?

Entendendo pela impossibilidade de análise *ex officio* por essa Corte das questões de ordem pública, manifesta-se Nelson Nery Júnior, cujas lições merecem ser transcritas:

[33] Conforme estamos defendendo, a inexigibilidade do prequestionamento em relação às questões de ordem pública não dispensa que outras questões sejam devidamente prequestionadas para que o recurso especial possa ser conhecido.

"Por essa razão não se pode levar ao conhecimento do STF e do STJ matérias de ordem pública pela primeira vez, isto é, se não constarem expressamente do acórdão ou decisão, vale dizer, se estiverem 'dentro' do ato judicial que se quer impugnar. Caso o juízo ou tribunal de origem não se tenha pronunciado sobre matéria de ordem pública, não terá 'decidido' essa matéria, sendo inadmissíveis RE e Resp sobre questão não decidida."[34]-[35]

Conforme delineado linhas atrás, os pressupostos processuais de existência e requisitos de validade, bem como as condições da ação, constituem questões importantissimas, tendo o papel de verdadeiros fatores de legitimação do atuar do Estado na solução das controvérsias submetidas ao Poder Judiciário. O seu respeito se impoe, transbordando o mero interesse das partes. Ao magistrado não é lícito simplesmente ignorar a falta de qualquer dos requisitos de admissibilidade do procedimento, sob pena de se chancelar uma prestação jurisdicional em desacordo com seus fins.

Nessa linha de entendimento, razão não há para que tais questões sejam furtadas da apreciação de qualquer órgão que aplique o direito à espécie, ou seja, que tenha aptidão de julgar o mérito da demanda com definitividade. A formação de uma coisa julgada material viciada é algo nefasto, porquanto renderá ensejo a posterior rescisão, o que definitivamente não pode ser bem quisto em um sistema que prima pela estabilização dos conflitos sociais.

Verificando um órgão jurisdicional – detentor de aptidão para julgar o mérito da demanda - que grave vício processual subsiste, necessariamente a nulidade deve ser decretada, salvo se não tiverem sido prejudicados os objetivos dos atos maculados ou puder ser regularizado o defeito.

Perante o STJ não poderia ser diferente. Limitar a atuação dos Ministros às questões que foram prequestionadas, obrigando-lhes a apreciar o mérito da demanda quando padece mácula processual que possa causar até mesmo a inutilidade do provimento, constitui agressão ao sistema jurisdicional vigente, o que não pode ser tolerado. Só a título de exemplo, imagine-se que é identificado, de ofício, que a questão prequestionada, efetivamente decidida pelo Tribunal *a quo*,

[34] NERY JÚNIOR. Nelson. "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores." *In Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2005, *p*. 87 e 88.

[35] No mesmo sentido: ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 136: "Caso o tribunal não se tenha manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão só poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os verbetes n. 282 e 356 da súmula do STF, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional."

constitui nítido julgamento *extra petita*. Deveria o STJ conhecer da questão e decretar a nulidade do julgamento ou ignorar este fato e julgar o mérito da demanda, ainda que o tema não tenha sido objeto do feito? A resposta nos parece eloqüente.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser declinados, a fim de demonstrar o equívoco que muitos cometem ao vincular o exame das questões de ordem pública ao prequestionamento, limitando a esfera de atuação do STJ.

É bem verdade que não podemos nos olvidar de que no nosso sistema não existe uma obrigatoriedade de análise das demandas pelas instâncias superiores. Ao contrário, o STJ e STF constituem cortes excepcionais, que devem ser acessadas nas estritas hipóteses elencadas no texto constitucional. Com efeito, para que as instâncias superiores sejam abertas para apreciação dos recursos interpostos, imprescindível que os mesmos sejam admitidos, ou seja, que tenham sido respeitados os requisitos de validade da interposição.

Sem que os recursos extraordinários sejam conhecidos, não poderão as cortes superiores ingressar em qualquer análise do conteúdo da demanda, ou mesmo dos seus pressupostos de validade e requisitos de existência. A admissibilidade de tais recursos constitui fator de abertura da instância, portanto legitimador do julgamento pelos órgãos de cúpula. Nos mesmos termos aqui defendidos, doutrina Egas Dirceu Moniz de Aragão de maneira bastante elucidativa:

> "Há, porém, limite a essa possibilidade, que resulta da natureza do recurso: somente os que são considerados ordinários, contendo devolução integral, poderão ensejá-la. O recurso extraordinário, que subordina a atuação do Supremo Tribunal Federal aos pressupostos constitucionais de sua admissibilidade, nem sempre ensejará essa apreciação, sendo necessário fazer distinção entre a fase do conhecimento e a do julgamento, propriamente dito, sem o que não se poderia chegar a bom resultado. (Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Agravo 89.518 – Rev. Trim. de Jurisp., 105/1.038).

Vencida, no julgamento do recurso extraordinário, a fase do conhecimento, durante a qual os poderes do tribunal ficam reduzidos à investigação da ocorrência de algum dos motivos que a constituição indica como capazes de justificar o recurso, passa o Supremo Tribunal a decidir o recurso, quando, então, julga a causa. (Reg. Int., art. 324, parte final). Nesse Segundo tempo do julgamento, ficará livre ao tribunal apreciar a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, sem o que lhe seria impossível "aplicar o direito à espécie", conforme dispôs a mesma regra regimental. Evidentemente, as considerações acima aplicam-se tão-só aos casos em que o tribunal se pronuncie de ofício; se alegada infração à lei e requerida, por isso, extinção do processo, muda de figura, passando o assunto a integrar a etapa do conhecimento do recurso e não apenas a de seu julgamento."[36,37]

Nesse mesmo sentido, apesar de ser pródiga e respeitada a doutrina que sufraga diversa opinião, podem ser encontrados inúmeros precedentes no STJ, destacando-se os seguintes julgados:

> "1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.
>
> 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).
>
> 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.
>
> 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa.
>
> 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental."[38]

---

[36] ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 585 e 586.

[37] Seguindo idêntica linha de entendimento: DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81. "Para fins de impugnação (efeito devolutivo, que determina o *objeto litigioso* do procedimento recursal), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente examinada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo, que determina a amplitude do *objeto do conhecimento* no procedimento recursal), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal apreciar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência e as questões de admissibilidade de que trata o § 3º do art. 267 do CPC, 'porque não é crível que verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito], profira decisão eivada de vício, susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial'."

[38] REsp 609144 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2003/0209959-4; Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124); T1 - PRIMEIRA TURMA; j. 06/04/2004; DJ 24.05.2004 p. 197 RDR vol. 30 p. 333.

"1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.

2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).

3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei 9.394/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.

4. Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do Município para terem assistência educacional.

5. Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.

6. Recurso especial provido."[39]-[40]

Interessante observar que essa tendência de assentar definitivamente o efeito translativo em relação ao recurso especial é algo crescente na jurisprudência do STJ. Ao que parece, diante de detida pesquisa nos julgamentos dessa Corte, os precedentes que exigiam o necessário prequestionamento de tais matérias vêm sendo cada vez mais escassos, alimentando-nos a expectativa de que em futuro próximo não seja mais do que um entendimento ultrapassado.

Em recente julgado, após profunda discussão sobre a possibilidade do magistrado conhecer de ofício da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, tendo em vista inovadora regra do art. 40, § 4°, da Lei 6.830/80, a Corte decidiu que tal regramento só é aplicável em relação aos processos ajuizados após sua vigência, em respeito ao princípio segundo o qual, no processo civil, *tempus regit actum*. De acordo com o Relator:

"Deveras, 'o atual parágrafo 4° do art. 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30/12/2004 (art. 6°), viabiliza a decretação da prescrição

[39] REsp 466861 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0105071-0; Ministra ELIANA CALMON (1114); T2 - SEGUNDA TURMA; 17/06/2004; DJ 29.11.2004 p. 277

[40] No mesmo sentido: STJ - RESP 36663-RS (RSTJ 54/330), RESP 32410-PE, AGRG NO AG 95597-GO, AGRG NO AG 65827-RJ, RESP 66567-MG (RJTAMG 64/473), RESP 109474-DF (RSTJ 103/65, RDJTJDFT 50/127), RESP 94458-PR, RESP 41226-PR, RESP 165017-SP, RESP 173421-AL, RESP 288031-PR (RNDJ 35/113), STF - RE 66103-MG)

intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso' (AG n° 663.671/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

12. Atento ao princípio de direito intertemporal, tempus regit actum, o reconhecimento ex officio da prescrição, pressupõe execução fiscal iniciada após o referido diploma (Lei 11.051 de 30/12/2004) mercê da oitiva prévia da Fazenda (art. 6° da citada Lei). (AgRg no REsp 677000 / RS ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2004/0128835-0; Ministro LUIZ FUX (1122); T1 - PRIMEIRA TURMA; j. 14/06/2005; DJ 27.06.2005 p. 254)

Interessante observar, no particular, que, após esse julgamento e em outros processos em que se discutiu a análise *ex officio* da prescrição intercorrente, alguns ministros do STJ, informalmente, se manifestaram de maneira favorável à possibilidade desse Tribunal conhecer da prescrição, independente de argüição pelas partes, desde que ouvida a Fazenda Pública.

Ora, admitido o recurso especial, como já sufragado alhures, aberta está a instância para aplicação do direito à espécie. Não conseguimos assentir com a possibilidade de limitar a jurisdição do STJ aos temas prequestionados, ignorando tudo mais que rege o ordenamento, principalmente no que pertine às questões que o magistrado pode conhecer de ofício. Que se vincule ao prequestionamento a devolução de matérias ao STJ não se questiona, porém restringir o juízo a ser feito sobre essas matérias exclusivamente ao que está sendo discutido é laborar contra o escopo de estabilização social colimado pela jurisdição. Certamente o *ius rescindens* será convocado, prolongando a discussão da controvérsia e nulificando um julgado que conscientemente foi prolatado com vícios.[41]-[42]

Tratando do tema com bastante propriedade, Leonardo José Carneiro da Cunha, faz interessante distinção entre *juízo de admissibilidade* e *juízo de*

[41] Entendemos que as idéias ora defendidas aplicam-se integralmente ao Supremo Tribunal Federal quando julga os recursos extraordinários, pois julgará efetivamente a causa se conhecer da postulação.

[42] Questão interessante se afigura quando o STJ profere decisão que extrapola os limites de competência constitucionalmente estabelecidos (julga, v.g., em recurso especial, se determinada situação de fato pode ser disciplinada por *lei ordinária* ou se é necessária a edição de *lei complementar*). A toda evidência, trata-se de matéria de índole constitucional, porquanto é a Carta Política que disciplina aquilo que deve ser veiculado mediante lei complementar. Se o STJ aprecia essa questão e conclui pela possibilidade da situação ser regulamentada por lei ordinária, transborda os limites de sua competência (art. 105, III, da CF/88), decisão que, em tese, poderá ser impugnada por meio de recurso extraordinário. Ora, conhecendo o STF do recurso extraordinário para julgar o mérito da demanda, aberta estará a instância para apreciar, *ex officio*, a incompetência absoluta do STJ para proferir a decisão recorrida, cassando-a por nulidade absoluta. Há quem defenda, inclusive, ser inexistente a decisão prolatada por juízo constitucionalmente incompetente, por ausência de jurisdição. Como impedir que a Corte Maior conheça de vício tão grave e julgue o mérito da causa? Realmente, não faz sentido.

rejulgamento dos recursos especiais, ratificando o entendimento perfilhado nesse estudo:

"Assim, poderá o STJ analisar matéria que não foi analisada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. O juízo de rejulgamento da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso especial: para que se admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas, uma vez admitido, no juízo de rejulgamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do seu efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no julgamento de um recurso excepcional; o 'excepcional' em um recurso especial está em seu *juízo de admissibilidade*, tendo em vista as suas estritas hipóteses de cabimento."[43][44]

7. Conclusão

Na tentativa de demonstrar que a jurisdição não pode ser limitada, subtraindo-lhe a possibilidade de analisar as questões de ordem pública, foram desenvolvidos relevantes temas da teoria geral do processo, examinando-os tanto de forma isolada, como numa visão sistemática. A ponderação dos valores colimados pelo ordenamento é algo de que não pode prescindir o intérprete do direito.

Ao passo que foi desenvolvida a delimitação constitucional das competências, pontuando a taxatividade do rol de atribuições estabelecido na Carta Federal para os diversos tribunais superiores, tratamos de maneira pormenorizada da razão de ser e das peculiaridades dos requisitos de validade dos recursos excepcionais, em especial do prequestionamento.

Posteriormente, foram abordadas as questões de ordem pública, demonstrando-se a importância deste tema na seara processual. Definitivamente, não se pode conferir aos cidadãos uma prestação jurisdicional idônea e legítima sem o devido respeito aos ditames processuais. A correta aplicação do direito material, quando atribuída tal tarefa ao Estado-juiz, depende de um processo cujos pressupostos de admissibilidade tenham sido respeitados, sob pena de se chancelar um provimento avesso aos objetivos de pacificação social e acesso substancial à justiça colimados pelo ordenamento jurídico.

[43] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – Resolução do Senado – Crédito-prêmio de IPI*. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 131, pp.104/126. São Paulo, Dialética, agosto – 2006, p. 119.

[44] Sobre o tema, vide ainda os julgados proferidos nos seguintes recursos especiais: Resp.81.258/SP; Resp. 814.885/SE; Resp. 685.126/SP; Resp. 610.438/SP.

Diante de tais premissas, demonstrou-se que não só a doutrina, como também a jurisprudência, têm se manifestado favoravelmente à abertura das instâncias extraordinárias, a fim de que, aplicando o direito à espécie, ou melhor, apreciando o mérito do feito, tenham ampla liberdade para verificar a sanidade formal do processo, decretando, até mesmo *ex officio*, as nulidades instransponíveis que se apresentarem.

Não se pode aquiescer com a idéia dos tribunais superiores identificarem vícios que certamente serão impugnados por ações rescisórias, mas, mesmo assim, profiram julgamento de mérito. Trata-se de visão por demais conservadora e em desacordo com os princípios máximos regentes da ciência processual moderna.

8. Referências

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas; "Lições de Direito Processual Civil"; Vol. I; 8ª ed.; Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. pg. 49.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto (trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil e penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo* 16ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Superior Tribunal de Justiça – Possibilidade de apreciação de direito superveniente em recurso especial – Resolução do Senado – Crédito-prêmio de IPI*. In Revista Dialética de Direito Tributário nº 131, pp.104/126. São Paulo, Dialética, agosto – 2006

DIDIER Jr, Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. vol. I. 5ª ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005.

DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni de Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: Cedam, 1996.

GÓES, Gisele. *O princípio da proporcionalidade no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Dieitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

KELLY, Alfred H. "Where constitucional liberty came from. New York, 1954. *apud* RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. 2ª ed. Editora Civilização Brasileira S.A.: Rio de Janeiro, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo – primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. "Devido Processo legal substancial". *Leituras complementares de processo civil*. 3ª ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004, p. 776.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; Manual do Processo de Conhecimento; 2ª ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=107>. Acesso em: 01 set. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003

NERY JÚNIOR. Nelson. "Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores." *In Leituras complementares de processo civil*. Org. Fredie Didier Jr. 3ª ed. Salvador: Jus Podvm, 2005, p. 87 e 88.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade; "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante"; 7ª ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. rev e atual. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do contraditório". *In "Garantias Constitucionais do Processo Civil"*. São Paulo: RT, 1999.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SARMENTO, Daniel; A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil; organizador: Luís Roberto Barroso – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.