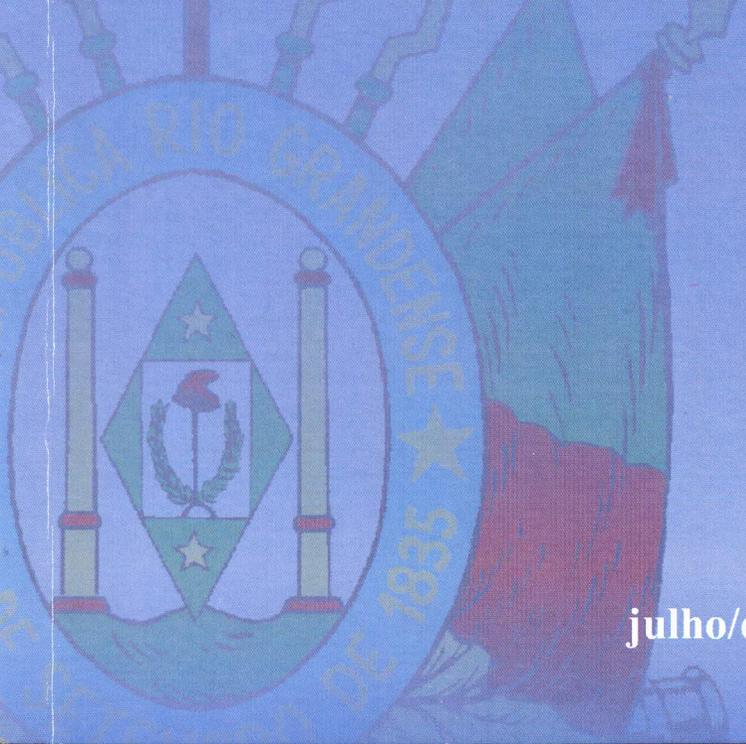




Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS



v.32 n.68

julho/dezembro de 2011

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 32	n. 68	p. 1-216	jul./dez. 2011
------	--------------	-------	-------	----------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado
do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - Porto Alegre: PGE,
1979 - v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.
Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado,
v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar

90119-900 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um autausch

Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO

Governador do Estado

BETO GRILL

Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER

Procurador-Geral do Estado

BRUNO DE CASTRO WINKLER

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Itiberê de Oliveira Rodrigues
José Luis de Bolzan Moraes
Juliano Heinen
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Max Möller

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb 10/1343



Imprensa Oficial do Estado
do Rio Grande do Sul

Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora_tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
DOCTRINA	
A prescrição do Crédito Fiscal e seus Fundamentos Constitucionais Ernesto José Toniolo	9
Embargos improcedentes: execução definitiva ou provisória? João Paulo Fontoura de Medeiros	57
O problema da Admissibilidade de Precatórios para Garantir Execuções Fiscais Claudio Penedo Madureira	81
Dívida Previdenciária Estadual: soluções para sua reestruturação, a partir da experiência do Estado do Espírito Santo Henrique Rocha Fraga	103
Da Cautelar Fiscal Contra Grupo Econômico Rodinei Candeia	115
Sujeito Passivo da Obrigação Tributária: responsável em sentido estrito Luiz Fernando Barboza dos Santos	135
TRABALHOS FORENSES	
Execução Fiscal Livia Deprá Camargo Sulzbach	155
Apelação Luiz Carlos Adams Coelho	191
PARECERES	
Parecer 15448 Maria Denise Vargas de Amorim	201
Parecer 15536 Max Möller	207



EDITORIAL

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul dá continuidade à proposta de manter sua linha editorial nos temas afetos à Advocacia Pública, como forma de conferir a este periódico convergência doutrinária. Não menos importante destacar que também permanece a ideia de que cada número da revista conte com um eixo temático específico, o que reforça a nossa intenção de dar ao leitor uma abordagem concentrada em um tema candente do Direito.

Assim, o exemplar atual desta revista procurou abordar os “Temas contemporâneos em matéria fiscal”. Aliás, salienta-se que uma das atribuições fundamentais da Advocacia Pública consiste na cobrança da dívida ativa, tarefa que é desempenhada como mister essencial ao desenvolvimento do Estado.

Nesse contexto, menciona-se que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul cumpre este papel com clara eficiência, dado que vem cumprindo com as metas de arrecadação propostas. Ademais, o percentual de efetiva cobrança dos créditos fiscais supera o parâmetro de cobrança federal e o percentual da maioria dos demais Estados federados, sendo esta uma informação que impressiona.

Assim, a Revista da Procuradoria-Geral do Estado, com justeza, procura, neste número, trazer a lume a discussão sobre esta atividade. E esta opção preconiza demonstrar não somente aspectos teóricos da temática, mas, principalmente, perfazer uma imersão prática na matéria. Este exemplar, portanto, diferencia-se em expor, por assim dizer, o “cotidiano” do tema, enfim, aquilo que é vivenciado no dia-a-dia forense.

Acredita-se, pois, que o desenvolvimento da Nação passa, invariavelmente, pela efetiva cobrança da dívida ativa, sendo todos os agentes do Estado e, claro, do processo, partes responsáveis nesta meta. Partes que devem contribuir, de acordo com o seu rol de competências, neste desenvolvimento. Desafio este que deve ser visto, contemporaneamente, de forma sustentável.

Juliano Heinen,
Coordenador da PIDAP.



A PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO FISCAL E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Ernesto José Toniolo ¹

1 INTRODUÇÃO

Abordar o tema prescrição constitui difícil empreitada, tendo em vista que o instituto apresenta profundas raízes no Direito Romano, inexistindo consenso acerca de muitos de seus aspectos, tanto na literatura estrangeira como nacional.²

O desafio agiganta-se pelas diversas reformas legislativas realizadas no Brasil, envolvendo a prescrição - uma delas tão recente que entrou em vigor³ apenas neste ano, redesenhando profundamente a estrutura normativa do instituto. Além disso, como adequar normas, como o art. 174 do Código Tributário Nacional, que colocam como objeto da prescrição a própria ação de execução fiscal,⁴ com aquelas, a exemplo do art. 189 do novo Código Civil, que apontam a extinção da pretensão como consequência de sua ocorrência?⁵

Este artigo é dedicado ao estudo da prescrição propriamente dita, analisando-se a estrutura normativa do instituto, interpretado sob a ótica dos fundamentos valorativos constitucionais envolvidos e, apenas de forma subsidiária, por sua origem histórica, ou por doutrinas que tentem, aqui e ali, criar uma teoria geral da prescrição, válida para todos os ordenamentos jurídicos, ou, mesmo, aplicável de forma homogênea ao Direito brasileiro.

2 CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

Para designar o instituto legal em estudo, os sistemas pertencentes à família do Direito Romano-Germânico costumam utilizar a expressão *prescrição extintiva*

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Mestre em Direito pela UFRGS, professor da Faculdade de Direito do UNIRITTER, do Curso de Especialização em Direito do Estado do UNIRITTER, da Escola Superior do Ministério Público – ESMP, da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAPERGS. Professor convidado dos cursos de Especialização em Processo e Constituição da UFRGS e de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

² Realizando estudo de Direito Comparado sobre a prescrição em diversos ordenamentos jurídicos, desponta o trabalho do jurista alemão Reinhard Zimmermann, no qual aponta a enorme diversidade das feições dadas ao instituto pelos países da Comunidade Européia. Tais diferenças seriam tão significativas que constituiriam verdadeiros entraves ao desenvolvimento do comércio entre os Países-Membros do bloco. Ver: ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a european Law of set-off and prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

³ Trata-se da Lei n. 11.280, publicada em 17.2.2006, que alterou o § 5º do art. 219 do CPC. Com a nova redação, inverteu-se a regra secular de que a prescrição de direito meramente patrimonial não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz, a não ser quando favorecesse incapaz. Agora deve o juiz pronunciar de ofício a prescrição, independentemente de alegação do interessado (“art. 219. § 5 O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”).

⁴ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

⁵ Nesse sentido, a redação do novo Código Civil brasileiro, que assim dispôs no art. 189: “violado o direito, nasce para o titular uma pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 do CPC”.

(negativa), de forma a diferenciá-la da prescrição aquisitiva (positiva). Essa última, embora também encontre sua origem na *longi temporis praescriptio* romana, importa à aquisição da propriedade como resultado do transcurso do tempo.⁶

A dificuldade no entendimento da prescrição surge já na definição de seu próprio conceito, pois, embora devamos buscar o seu significado no ordenamento jurídico brasileiro, o debate acerca de seu conteúdo desde longa data atormenta os juristas, não existindo consenso sobre o tema. A tarefa é árdua, e as dúvidas são seculares quanto às origens do instituto, que deita profundas raízes no Direito Romano.

Ainda que os conceitos e estudos sobre a prescrição cheguem a conclusões heterogêneas, pode-se, de um modo geral, extrair um denominador comum a todos os posicionamentos: a idéia de limitação no exercício de direitos, em decorrência do transcurso do tempo, somado à inércia de seu suposto titular. Seu objeto, contudo, até hoje não encontra uniformidade nos ordenamentos jurídicos, ora se apresentando como extinção da ação decorrente do direito violado,⁷ ora se apresentando como extinção da pretensão ou do próprio crédito tributário (art. 156, V, CTN), ou, ainda, de forma intermediária, como surgimento de exceção de Direito Material, de que disporia o demandado para recusar-se a atender a pretensão do demandante. No último caso, ainda, para alguns, não teríamos a extinção da pretensão, mas sim o encobrimento de sua eficácia pela exceção exercida pelo sujeito passivo.⁸

Entretanto, institutos, como a prescrição ou como a decadência, embora incorporados de forma definitiva à vida das civilizações ocidentais, não podem ser vistos como fatos brutos ou fenômenos decorrentes da natureza das coisas. Sua existência decorre da criação humana desde as origens no Direito Romano.

Conforme assinala Pontes de Miranda, no Direito Romano, a perpetuidade era a regra. A princípio, nenhuma ação ou pretensão prescrevia.⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, coexistem vários diplomas legais, que parecem atribuir à prescrição diferentes feições, com divergentes resultados. Eis a razão da dificuldade de construir-se uma teoria geral da prescrição, que explique de forma satisfatória todas as normas que versem sobre o instituto dentro do Direito brasileiro.

No caso dos créditos sujeitos à execução fiscal, que podem ter natureza tributária ou não, aplicam-se tanto as normas previstas no novo Código Civil, segundo as quais a prescrição atingiria a pretensão, quanto as normas previstas pelo CTN, que contém a vetusta idéia de que a prescrição atingiria a ação decorrente

⁶ Nesse sentido, ver ZIMMERMANN, op. cit., p. 69.

⁷ Esse era o entendimento adotado pelo legislador brasileiro no Código Civil de 1916 e que ainda vigora no art. 174 do CTN. Na França, bem como na maioria dos países da família do *Common Law*, a prescrição continua associada à "extinção da ação". Nesse sentido, a previsão expressa do art. 2.262 do Code Civil francês: "*Toutes les actions...sont prescrites*".

⁸ Como expoentes desse entendimento, devemos ressaltar as obras de Pontes de Miranda e Agnelo Amorim Filho. Ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955; AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações prescriteivas. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 95-132, 1962.

⁹ Segundo o jurista "foi no direito pretório que se instituiu a temporalidade, e pode-se dizer que só no século V após Cristo se formulou regra jurídica de prescrição das pretensões". Ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. t. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 275.

de um crédito inadimplido. As contradições não terminam aí, pois, para o art. 156, V, do CTN, o acolhimento da prescrição ocasionaria a extinção do próprio crédito tributário.

Ademais, a Lei de Execuções Fiscais possui regras próprias sobre a prescrição, destacando-se dentre elas a que permite ao juiz conhecer de ofício a prescrição intercorrente.¹⁰

O próprio Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à execução fiscal (art. 1º, LEF), apresenta normas, versando sobre a prescrição, dentre as quais se destaca o art. 219, § 5º, recentemente alterado pela Lei n. 11.280, publicada em 17.2.2006, que modificou regra secular, determinando que o juiz conheça de ofício qualquer espécie de prescrição.¹¹

Nos dois últimos casos, o legislador alterou uma das principais regras da prescrição de direitos patrimoniais, que era a necessidade de alegação pelas partes, comprometendo seriamente a sustentação da doutrina de Pontes de Miranda¹² e Agnelo Amorim Filho,¹³ para os quais a prescrição consistiria em exceção de Direito Material, colocada à disposição do suposto devedor para recusar-se a cumprir a exigência do credor.

Contudo, antes de analisarmos os fundamentos da prescrição e as recentes reformas empreendidas pelo legislador brasileiro, impõe-se tratar das diversas concepções do instituto, muitas das quais ainda positivadas em diversos diplomas legais vigentes.

2.1 A Prescrição como Extinção da Ação

O conceito de prescrição, que até pouco tempo representava o pensamento da maior parte da doutrina pátria, pode ser extraído da lição de Clóvis Beviláqua: *“a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo.”*¹⁴ O conceito encontrou guarida no Direito brasileiro, amparando-se na errônea concepção de que *a todo o direito corresponde uma ação*, sendo que a prescrição atingiria o direito de ação, enquanto a decadência atingiria o Direito Material propriamente dito.¹⁵ Nesse sentido, dispunha o art. 75 Código Civil de 1916: *“A todo direito corresponde uma ação, que o assegura”*.

Também o já ultrapassado Código Tributário Nacional, com redação ainda vigente, contaminado pelo pensamento civilista, aponta como objeto da prescrição a extinção da ação de cobrança do crédito tributário (art. 174, CTN). Aumentando

¹⁰ Art. 40 (...) § 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

¹¹ “Art. 219... § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 24.

¹³ AMORIM FILHO, 1962, op. cit., p. 95-132.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, p. 162.

¹⁵ Nesse sentido, ver MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225: “Na Teoria Geral do Direito, a prescrição é a morte da ação que tutela o direito, pelo decurso do tempo previsto em lei para este fim. O direito sobrevive, mas sem proteção. Distingue-se, nesse ponto, da decadência, que atinge o próprio direito”.

ainda mais a confusão, o Código Tributário Nacional acrescenta que a prescrição atinge o próprio crédito tributário (art. 156, V, CTN).

Até o século XIX, era corrente na tradição civilista relacionar a prescrição com o direito de demandar em juízo, sendo o seu resultado a impossibilidade de exercer o direito de ação.

Entretanto, a publicação da célebre monografia de Windscheid, acerca do conceito da *actio* no Direito Romano (*Die Actio des römischen Civilrechts vom Sandpunkt des heutigen Rechts*), cujo teor abordaremos adiante, causou reviravolta no Direito alemão. A noção de prescrição da ação (*Klageverjährung*) cedeu lugar à idéia de prescrição afetando à exigibilidade do Direito Material (*Anspruchsverjährung*). Passou-se a impedir o exercício do direito e não mais o remédio.¹⁶ Desfez-se o entendimento corrente à época, baseado na doutrina de Savigny, de que a ação seria o direito à tutela jurisdicional nascido da violação de um direito.¹⁷

O novo conceito de prescrição, surgido no Direito germânico, viria a influenciar a maior parte dos sistemas romano-germânicos,¹⁸ com a notória exceção da França, que até hoje vê a extinção da ação como resultado da incidência da prescrição.¹⁹

Embora tenhamos restrições quanto ao conceito de pretensão de Windscheid, o seu grande mérito, como se verá, foi delinear a separação dos planos processual e material, ao acenar com o conceito de ação que significaria o simples agir em juízo, desvinculado da necessidade de existência de um direito violado, como fazia Savigny.²⁰

Coube a Oskar Bülow, no entanto, na esteira da célebre polêmica gerada entre Windscheid e Muther, desenvolver de forma definitiva a concepção da relação jurídica processual, nascida entre as partes e o juiz e distinta da relação material litigiosa, com o que se cristalizou em definitivo a idéia da autonomia da ação em face do Direito Subjetivo Material.

O legislador brasileiro, contudo, além de inspirado fortemente pela teoria imanentista, segundo a qual a ação seria uma emanção do Direito Subjetivo (*Ausfluss*), ao buscar inspiração na doutrina alemã, foi vítima dos percalços da tradução, atribuindo à palavra *Anspruch* o significado de ação ao invés de pretensão, daí advindo a redação art. 75 do revogado Código Civil,²¹ bem como do art. 174 do CTN.

Com a criação da teoria abstrata da ação, tornou-se claro que essa não poderia ser objeto da prescrição.²²

¹⁶ Nesse sentido, ver ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 70-71.

¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Note in tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 10.

¹⁸ Nos sistemas do *Common Law*, a abordagem é processual, recebendo o instituto conhecido por nós como prescrição a denominação "imitation of claims". O termo *prescription* é utilizado no sentido de prescrição aquisitiva. Ver ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 68.

¹⁹ Code Civil, Art. 2223: "toutes les actions...sont prescrites".

²⁰ FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 12.

²¹ MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição e o inciso I do Art. 202 do Novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14-25.

²² Isso porque, como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, assumindo o Estado o monopólio da jurisdição, com a conseqüente proibição da autotutela, tornou-se devedor da outorga de jurisdição a fim de possibilitar a realização do Direito Substantivo Material. A esse direito e dever não corresponde uma ação, mas sim "uma pretensão de jurisdição (*Anspruch auf Rechtspflege*), também chamada de outorga de Justiça (*Justizgewährung*) ou, abreviadamente, de pretensão de Justiça (*Justizanspruch*) em face do Estado como titular da soberania, que compreende tanto o meio (o processo) quanto o resultado (favorável ou desfavorável), o reconhecimento do direito e sua realização, tanto no plano normativo quanto no plano fático (ambos juridicamente relevantes), de forma efetiva e eficaz. Ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, Processo e tutela jurisdicional. *Revista da Ajuris*, n. 101, p. 64-65, 2006.

Conforme salienta Liebman, “quem adota o conceito abstrato e processual da ação, não pode deixar de reconhecer que a ação, assim entendida, nada tem que ver com a prescrição”.²³

Decretada a prescrição no curso do processo, não teria sido exercida ação ao menos até aquele momento? Claro que sim, e poderia continuar sendo exercida através da interposição de recurso, daí ser ilógico o entendimento da prescrição como extinção da ação. A ação poderá ser exercida quando prescrito o crédito, da mesma forma que dispensa a própria existência²⁴ do Direito Material.

Enquanto na Alemanha o processo galgava a sua autonomia definitiva, com a teoria de uma ação abstrata e desvinculada do Direito Material, no Brasil arraigava-se a antiga idéia da *actio romana* (até bem pouco tempo com maior intensidade), com forte influência das transformações empreendidas pelo pensamento de Savigny, cujos contornos mais modernos devemos a Pontes de Miranda.²⁵

A *ação material* consistiria no direito de acesso ao Judiciário decorrente da lesão ou da ameaça de lesão a um direito,²⁶ poder nascido de um direito violado, aspecto do Direito Material, e não Processual;²⁷ por exemplo, o direito subjetivo decorrente de um crédito exigível e inadimplido (violação), representado por um título com eficácia executiva, faz nascer para o titular o direito de pleitear judicialmente sua satisfação, através da execução forçada.

A importação da *ação de direito material*, amplamente difundida por Pontes de Miranda e atualmente por Ovídio Batista da Silva,²⁸ vem criando sérios problemas, não apenas no entendimento da prescrição mas também no próprio conceito de ação,²⁹ um dos principais pilares sobre o qual se assenta o Processo Civil.

Esse posicionamento recebeu irrefutáveis críticas, pois somente funciona em esquema lógico que pressuponha a existência de sentença procedente,³⁰ não explicando as inúmeras espécies de tutelas jurisdicionais existentes, nem, tampouco, o que ocorreria no caso de improcedência da demanda ou de inexistência do direito trazido ao juízo.³¹

De forma alguma a ação - mesmo no seu “sentido material” - poderia decorrer diretamente do direito violado, pois o próprio direito ou a sua violação são incertos até o reconhecimento pela sentença proferida em processo, após ampla possibilidade de realização da garantia constitucional do contraditório. Mesmo na execução fiscal, baseada em título extrajudicial ao qual a lei atribui a presunção de liquidez e certeza (art. 3º, Lei n. 6830/80), tal fato não passa de mera ficção jurídica, podendo ser afastado através do aforamento da ação incidental de embargos do devedor ou da chamada exceção de pré-executividade.

²³ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2003. p. 106.

²⁴ A ação pressupõe, sim, o Direito Material, mas apenas em um esquema lógico normativo. Pressupõe que se traga a juízo, através da causa de pedir, um direito previsto no plano normativo apenas afirmado, não necessitando de sua existência real. A real existência do direito é pressuposto para a procedência da demanda, e não pressuposto da ação.

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. *Revista Forense*, v. 369, p. 39-49.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 3. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 181.

²⁷ FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 10.

²⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 61-97.

²⁹ Nesse sentido, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. *Revista Forense*, v. 369, p. 39-49.

³⁰ Nesse sentido, ver ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 39-49.

³¹ FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 10.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,³² quando afirma:

Ora, se não é possível afirmar a existência do direito antes do contraditório, muito menos poderá se admitir a “ação material” já no início da demanda. Sua existência somente poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença.

É de afastar-se, pois, a possibilidade de a prescrição extinguir a ação nascida de um direito violado (ação de Direito Material), pois a ação é abstrata e pode ser exercida ainda quando prescrito, extinto ou inexistente o próprio Direito Material.

A moderna concepção de ação (ação = agir em juízo),³³ desvinculada da violação a direito efetivamente³⁴ existente, coloca em xeque a idéia de que a prescrição seria a extinção da ação. Esta seria o simples agir em juízo, iniciado pelo poder abstrato de colocar o procedimento em andamento - perpetuando-se pelos poderes -, pelas faculdades e pelo ônus das partes, ao longo de todo procedimento até o último ato do processo.³⁵

Entender por efeito da prescrição a extinção do direito de ação é confundir os planos material e processual, duas esferas autônomas, embora não totalmente separadas. Incoerente, parece-nos, conceber a prescrição como algo abstrato, que pode existir ainda quando ausente ou fulminado o próprio Direito Material.³⁶

Ademais, conforme acentua Agnelo Amorim Filho, se a prescrição atingisse a ação (“processual”), a pretensão ficaria incólume, persistindo o poder do credor de exigir a prestação (embora apenas extrajudicialmente). Como resultado, teríamos a frustração da principal finalidade da prescrição: a segurança jurídica.³⁷

Já há muito o Direito Positivo brasileiro desferiu o golpe mortal à idéia de prescrição como extinção da ação. Segundo o art. 269, IV, do CPC, o processo extingue-se com julgamento de mérito “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.” Segundo José Carlos Barbosa Moreira, trata-se de “sinal claríssimo de que a ação foi exercida, e o foi regularmente, tanto assim que se atingiu o resultado normal do processo de conhecimento, a saber, o julgamento do *meritum causae*.”³⁸

Não obstante, embora o art. 174 do CTN ainda contenha o conceito de prescrição como extinção da ação,³⁹ a interpretação literal do dispositivo leva à

³² ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 39-49.

³³ “Propor a ação é algo que cada qual pode fazer quando bem entenda”. Na doutrina brasileira, por todos, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o Direito Processual. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 364, p. 186.

³⁴ Significa dizer que a ação, como instrumento de realização de direitos, pressupõe sempre o Direito Material, mas não necessariamente como realidade, e sim como mera afirmação em juízo, enquadrável dentro do esquema normativo. Acerca do assunto, assim preleciona Elio Fazzalari: “In altri termini la intera situazione sostanziale preesistente, mentre costituisce in limine, allo stato di mera affermazione, presupposto per lo svolgimento del processo, rappresenta, alla fine, ma allo stato di realtà effettiva (rectius: accertata), presupposto della sentenza di accoglimento: cioè legittima il giudice a emanare il provvedimento e el parti a riceverne gli effetti”. Ver: FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 136.

³⁵ *Ibid.*, p. 151, nota 129.

³⁶ Elogiando o novo Código Civil, que definiu prescrição substituindo a palavra ação por pretensão, Humberto Theodoro Júnior afirma: “não mais se pode ver a ação como a reação judicial à violação do direito subjetivo, porquanto até mesmo o autor que afinal não se reconheceu titular de um direito invocado contra o réu, teve ação” (grifo nosso).

³⁷ AMORIM FILHO, 1962, op. cit., p. 95-132.

³⁸ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 185.

³⁹ “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

impropriedade de ordem lógica que se impõe evitar. Conquanto a prescrição seja instituto eminentemente de Direito Positivo, a sua maleabilidade possui limites dentro do próprio sistema, que devem ser respeitados.

Se o sistema jurídico brasileiro, como um todo, afastou-se da teoria imanentista, o objeto da prescrição jamais poderia ser concebido como extinção da ação, seja processual ou material (para aqueles que acreditam em sua existência).

2.2 Da Extinção da Pretensão como Resultado da Prescrição, Segundo o Novo Código Civil Brasileiro

O Código Civil de 2002, abandonando a teoria imanentista,⁴⁰ estabelece no art. 189 o conceito de prescrição como extinção da pretensão: “*violado o direito,⁴¹ nasce para o titular uma pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 do CPC*”.

Em relação a esse conceito de prescrição contido no novo Código Civil, Humberto Theodoro Júnior observa: “*A prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido em lei*”.⁴²

Todavia, o termo pretensão vem sendo empregado de forma imprecisa pela doutrina há algum tempo. O traço comum a todas as concepções concentra-se na idéia de exigência, sendo exatamente aí onde surgem as divergências. Tal idéia poderia corresponder à posição jurídica de determinada pessoa, resultando no “poder de exigir”, bem como ao simples “ato de exigir”,⁴³ ou, ainda, a ambos.

No Direito brasileiro parece preponderar a idéia de pretensão como direito de exigir voltado ao sujeito passivo de uma obrigação, posição subjetiva, diversa do ato de exigir (posição objetiva). Para Pontes de Miranda, a pretensão consistiria na “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa.”⁴⁴

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), cuja redação influenciou profundamente nosso novo Código Civil, definiu expressamente, na seção que trata da prescrição, o conceito de pretensão (*Anspruch*) como “o direito de exigir de outrem um fazer

⁴⁰ O próprio Código Civil, embora tenha adotado o conceito de prescrição ligado à extinção da pretensão, em alguns dispositivos permanece confundindo-a com a extinção da ação, a exemplo do disposto no art. 1.601: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”. Nesse sentido, Antônio Carlos Marcato, comentando o art. 189 do CC, menciona que “desprezando o próprio conceito estampado no artigo em pauta, ao estabelecer o direito de o marido impugnar o filho havido por sua mulher, o Código reincide na antiga afirmação de que a prescrição atinge o direito de ação”. Ver MARCATO, 2005, op. cit., p. 16-17.

⁴¹ Certamente, a exigência da violação ao direito deve ser entendida como pressuposto lógico formal para o nascimento da pretensão, e não como violação efetiva (necessariamente existente). Nesse sentido, na doutrina pátria, ver: BARBOSA MOREIRA, p. 185.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, v. 836, p. 57, jun. 2005.

⁴³ “Vem a doutrina, no entanto, de algum tempo para cá, empregando o termo “pretensão”, posto que em geral sem grande preocupação de fazê-lo corresponder à conceito preciso. Sempre há, é certo, um traço comum às várias concepções adotadas: a idéia de exigência. Mas ora ressalta à posição jurídica de determinada pessoa, ao seu poder de exigir (aspecto subjetivo), ora ao ato que ela pratique (aspecto objetivo), ora, ainda, a ambos os aspectos”. Ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, p. 119, 2003.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, 1955, op. cit., p. 451.

ou não-fazer (prestação) (§ 194)".⁴⁵ Como marco inicial do prazo de prescrição (*Verjährung*), tem-se o nascimento da pretensão (§ 199, BGB).

Já a redação do art. 189 do Código Civil brasileiro parece não deixar dúvida a respeito da opção do legislador pela concepção da pretensão como poder de exigir, e não como pura exigência.⁴⁶

Segundo Alfredo Augusto Becker, ocorrido o fato gerador previsto em uma norma, origina-se uma relação jurídica estabelecida entre dois pólos (positivo e negativo). Essa relação possui conteúdo jurídico mínimo (direito e dever), em que o sujeito ativo (pólo positivo) e o sujeito passivo (pólo negativo) vinculam-se através de um liame jurídico, tendo aquele o direito à prestação (direito subjetivo) e este o dever de prestá-la. Contudo, o direito (subjetivo) à prestação ainda não se confunde com o poder de exigí-la (pretensão).⁴⁷

O poder de exigir a prestação somente surge quando o sujeito passivo da relação jurídica deixa de adotar o comportamento descrito na norma. Recusando-se a realizar a prestação, surge a lesão⁴⁸ ao direito subjetivo, agregando-lhe o predicado pretensão (poder de exigir).

O credor de nota promissória não-vencida é titular de um direito subjetivo, embora ainda não possua a faculdade de exigir que o devedor cumpra o dever correlato, pois esse possui prazo até a data do vencimento para fazê-lo. Vencido o título, torna-se exigível o cumprimento do dever junto ao sujeito passivo da relação jurídica. Estaria agregada ao direito subjetivo a "pretensão", isto é, a faculdade de poder reclamar a satisfação de um Direito Material.⁴⁹

Que a pretensão só pode se agregar aos direitos que Chiovenda denominou "direitos a uma prestação", isso não se discute.⁵⁰ A dúvida, porém, encontra-se no conteúdo do preceito *pretensão*. Essa seria o direito de exigir⁵¹ uma prestação. Para alguns, no entanto, essa exigência seria dirigida ao juiz (direito de exigir judicialmente), enquanto, para outros, estaria situada no plano do direito material, voltando-se diretamente contra o sujeito passivo da obrigação.

⁴⁵ No original: "Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung".

⁴⁶ Ver: BARBOSA MOREIRA, 2003, op. cit., p. 121.

⁴⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 345.

⁴⁸ Segundo José Carlos Barbosa Moreira, a lesão a um direito subjetivo "ocorre todas as vezes que o sujeito passivo da relação jurídica adota comportamento diferente do esperado, isto é, recusa a prestação, deixando de fazer o que deveria ou fazendo o que não deveria". Ver: BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 105.

⁴⁹ Exemplo fornecido por PANDOLFO, Rafael. *Fundamentos do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

⁵⁰ Chiovenda classifica os direitos subjetivos em dois grandes grupos: direitos a uma prestação; direitos tendentes à modificação do estado jurídico existente (direitos potestativos). Ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva. Dissertando acerca das características dos direitos potestativos, assim discorre Almiro do Couto e Silva: "Certos direitos, por outro lado, são despidos de pretensão. Tal é o que sucede com os direitos de crédito resultantes do jogo e da aposta (CC, art. 814), também chamados de direitos mutilados, e com os direitos potestativos, ou formativos, como são conhecidos e designados no direito alemão desde a clássica conferência de Emil Seckel, pronunciada em 1903, em Berlim". Ver: COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança), no Direito Público brasileiro e o Direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99), Revista da Procuradoria-Geral do Estado, n.º 57, Porto Alegre, 2003, p. 21. No Direito brasileiro, até a entrada em vigor do novo Código Civil, tal classificação era o principal critério científico para distinguir entre os direitos sujeitos à prescrição daqueles sujeitos à decadência. O novo Código Civil procurou acolher este critério, listando entre os prazos prescricionais (art. 205) exclusivamente aqueles direitos que possuam por objeto prestações. Nessa parte, elaborada por uma comissão específica para tratar do tema, verifica-se exatidão quanto ao critério utilizado. Todavia, em dispositivos não - específicos, elaborados por outras comissões, apresenta equívocos semelhantes aos do diploma revogado, como é o caso, por exemplo, do art. 501, que trata como sendo de decadência o prazo para a propositura de qualquer das ações, no caso de venda *ad mensuram* em que a área não corresponde à estipulada, independentemente da natureza do direito.

⁵¹ Segundo Alfredo Augusto Becker, a existência da pretensão (exigibilidade da prestação) não deve ser confundida com seu exercício (momento dinâmico de exercício da pretensão). Ver: BECKER, 1998, op. cit., p. 345.

Como vimos, a idéia de pretensão foi criada por Windscheid, na tentativa de se afastar do conceito da *actio* romana até então existente.⁵² Segundo o pandectista, a pretensão (*Anspruch*) enquadrar-se-ia como posição material (e não processual), consistindo na faculdade de impor a vontade própria pela via judicial.⁵³

Desde logo, notamos que o conceito de Windscheid de pretensão (*Anspruch*) em muito se assemelha à denominada ação de Direito Material; neste sentido, é oportuna a crítica de Fazzalari:

Contro il concetto windscheidiano de “pretesa” si appuntano, perciò, le stesse critiche sopra rivolte al malinteso concetto di “actio” sostanziale. In particolare, può aggiungersi (ed è rilievo che coinvolge l’origine e tutti gli ulteriori svolgimenti della teoria de la “pretesa”), che questa facoltà di pretendere: è un *flatus vocis*, quando la si voglia costruire sul piano sostanziale e fuori del processo, dal momento che, fuori del processo, non si reperisce la condotta attiva in cui tale facoltà possa farsi consistere (e, difatti, come vedremo, gli ulteriori e piu recenti svolgimenti della teoria della pretesa finiranno col presentarla come una mera posizione inattiva, dirimpetaia dell’obbligo altrui); è un inutile e inammissibile doppione dell’azione quando, nel tentativo de fornirla di un qualsiasi pratico contenuto, la si presenti, come Windscheid fece, come facoltà d’imporsi in via giudiziaria.⁵⁴

Deste modo, a pretensão não pode ser definida como a faculdade do credor de se impor pela via judiciária, isto que se confundiria com a já rechaçada idéia da ação de Direito Material (teoria imanentista). Contudo, também não pode ser concebida fora do plano processual, pois corresponderia a um *flatus vocis*.

Embora a sua existência se situe no plano do Direito Material, atribuindo ao titular do crédito a faculdade de exigi-lo, nessa esfera a pretensão atua apenas sobre a mente do devedor, realizando mera pressão psicológica para que satisfaça o direito. É através da dedução da pretensão em juízo (*in status assertionis*) que se emprestará ao direito de crédito, representado por um título executivo, através do processo, a produção dos efeitos jurídicos semelhantes ao adimplemento da prestação.

Nessa perspectiva, a pretensão apresenta-se como a norma jurídica que agrega ao Direito Subjetivo, não apenas a possibilidade de ser exigido (em juízo ou não) mas também de receber, através da prestação jurisdicional, os efeitos que lhe correspondem.

Contra a inação do devedor em cumprir a sua obrigação de prestar algo, os ordenamentos jurídicos asseguram ao credor a possibilidade de exigir o adimplemento.

Como destaca a doutrina, nos casos de direitos ou pretensões aos quais corresponde um dever de prestação de outra pessoa, o sistema jurídico conta

⁵² Assim preleciona Reinhard Zimmerman: “Anspruch” was the term coined by Windscheid in order to remould the German *actio* into a term of substantive rather than procedural law. It has become one of the central conceptual pillars of modern private law doctrine in Germany”. Ver: ZIMMERMAN, 2002, op. cit., p. 70-71.

⁵³ FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 12.

⁵⁴ FAZZALARI, 1953, op. cit., p. 13.

com a própria prestação voluntária em primeiro lugar. É importante destacar que o desencadeamento da atividade jurisdicional, para atribuir ao direito ou à pretensão os efeitos semelhantes ao adimplemento decorrente da prestação, possui caráter secundário.⁵⁵

Entretanto, ao assegurarem ao sujeito ativo de uma obrigação o direito de exigir a prestação do devedor - inclusive com o emprego dos meios coercitivos estatais, os ordenamentos jurídicos contemporâneos estabelecem certas limitações temporais ao exercício da faculdade.⁵⁶ Isto significa que, o credor não pode esperar indefinidamente para fazer valer o seu direito.

No Brasil, tais limitações recebem o nome de *prescrição*, enquanto se reservou o nome de *decadência* para a extinção de direitos nos quais não existisse obrigação de prestar daquele que se encontrasse no pólo passivo do enlace legal.

Seguindo a interpretação literal do art. 189 do Código Civil, o objeto da prescrição poderia ser traduzido como a perda da exigibilidade correspondente ao direito subjetivo (extinção da pretensão).

A interpretação, porém, foi objeto de diversas críticas, que, aliás, também foram levantadas no Direito alemão, segundo a qual a prescrição não poderia ocasionar nem mesmo a extinção da pretensão, gerando de imediato apenas exceção de direito substancial a ser oposta pelo demandado.

Nesse sentido, por todos, tem-se, a seguir, o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira:

Se na verdade a pretensão prescrita se achasse extinta, jamais se conceberia que o juiz pudesse proferir decisão favorável ao autor: estaria a acolher algo que ele já não pode legitimamente pretender. Ora, a lei nega ao órgão judicial, em princípio, a possibilidade de pronunciar “ex officio” a prescrição (Código de 1916, art. 166; Código de 2002, art. 194). A regra proibitiva de forma alguma se justificaria caso ocorresse mesmo a extinção: como forçar o juiz - na ausência de outro fundamento bastante para decidir contra o autor - julgar procedente o pedido apesar de extinta a pretensão? Tal sentença seria manifestamente injusta!⁵⁷

Ao menos fora do prisma da execução fiscal, em que existe regra específica, possibilitando o conhecimento de ofício da prescrição intercorrente, a argumentação apresentava-se robusta até a alteração da regra contida no art. 219, § 5º, pela Lei n. 11.280/2006, que tornou a prescrição conhecível de ofício pelo juiz, mesmo em se tratando de direitos patrimoniais.

⁵⁵ Nesse sentido, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 397.

⁵⁶ Segundo Reinhard Zimmermann, embora tais limitações tenham surgido no Direito Romano pós-clássico, os ordenamentos jurídicos das sociedades pré-modernas foram relutantes ao impor tais períodos de limitações. Na Inglaterra, por exemplo, a primeira lei sobre o assunto data do início do século XVIII. Isso ocorreu em virtude de serem considerados de caráter expropriatório, já que o direito de crédito perderia grande parte de seu valor se não pudesse ser perseguido em juízo. ZIMMERMANN, 2002. op. cit., 62-63.

⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, 2003, op. cit., p. 124.

2.3 Teoria da Prescrição como Exceção de Direito Material - Encobrimento da Eficácia da Pretensão

A concepção da prescrição como exceção substancial, de que dispõe o devedor para recusar o pagamento do crédito executado, não é novidade no Direito brasileiro.

Na tentativa de estabelecer um critério científico para diferenciar, sob a vigência do Código anterior, os direitos sujeitos à decadência daqueles sujeitos a prazo prescricional, desponta o estudo de Agnelo Morim Filho, para o qual “o efeito imediato da consumação do prazo prescricional é um efeito criador: faz nascer, em favor do prescribente, uma exceção substancial cuja atuação depende exclusivamente de sua vontade.”⁵⁸

Pontes de Miranda já apontava que os efeitos do acolhimento da prescrição não estariam situados no plano da existência da pretensão, mas sim no da eficácia:

É preciso que se não confundam o encobrimento de eficácia e a extinção de direito, pretensão, ação ou exceção (= extinção de eficácia). O encobrimento de eficácia deriva de exercício de exceção por parte do sujeito passivo do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. A espécie mais notável, conforme vimos, é a da exceção da prescrição, que se opõe ao titular da pretensão, ou da ação, ou da exceção.⁵⁹

Também os doutrinadores alemães há muito apontam no sentido de se constituir a prescrição uma exceção de que dispõe o réu para encobrir a eficácia da pretensão afirmada pelo autor em juízo.⁶⁰

Neste sentido, quando o órgão judicial acolhe a prescrição alegada pelo devedor, não declara extinto o direito ou a pretensão. O acolhimento, no entanto, impossibilita que o processo cumpra a sua função ordinária, ou seja, a produção de determinados efeitos jurídicos em favor daquele que se afirma titular de um direito, pois a pretensão, embora existente, já não possuiria eficácia.

Transcorrido o lapso temporal do prazo da prescrição, o direito subjetivo pode ser afirmado em juízo - pois a ação é abstrata e somente o pressupõe como prius lógico. Contudo, uma vez acolhida a exceção da prescrição, o autor já não poderia receber, através da prestação jurisdicional, os efeitos correspondentes ao adimplemento do crédito.⁶¹ Desta maneira, o detentor de um crédito, ainda que possua o direito subjetivo de receber o valor pleiteado, reconhecida a prescrição, poderá ver afastada a coação estatal na qual, através da atuação do processo, receberia os efeitos correspondentes ao adimplemento. Acolhida a exceção da prescrição, a satisfação do crédito já não pode ser realizada através de execução forçada.

⁵⁸ AMORIM FILHO, 1962, op. cit., p. 95-132.

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 444.

⁶⁰ Nesse sentido, situando a prescrição entre as exceções de Direito Material que necessitam ser opostas pelo réu, ver JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Almedina, 2002. p. 239.

⁶¹ Nesse sentido, Pontes de Miranda observa: "...para que outra pessoa que não é obrigado, ou sujeito passivo da ação, possa excepcionar, é preciso que haja lei que o diga. Se lei há, tal regra jurídica criou a essa pessoa, que não é obrigado, ou sujeito passivo da ação, direito à exceção". Ver: PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 246.

2.4 Aplicação da Teoria da Prescrição como Exceção de Direito Material aos Créditos Sujeitos à Execução Fiscal

Embora mereça aplausos a doutrina da prescrição como exceção de Direito Material, na qual o acolhimento encobriria a eficácia da pretensão - ao menos quanto aos créditos sujeitos à execução fiscal-, já se vinha esbarrando em outros problemas além da nova redação do Código Civil ou da derradeira alteração realizada no art. 219, § 5º, do CPC.

É que, com as alterações realizadas na Lei n. 6830/80, com a introdução do § 4º no art. 40, em que se passou a se determinar o conhecimento de ofício pelo juiz da prescrição intercorrente,⁶² o seu caráter de exceção ficou seriamente comprometido, ao menos quando se tratasse de prescrição intercorrente (aquela cujo prazo se iniciou e completou-se no curso do processo de execução).

Indubitavelmente, no que se refere à prescrição intercorrente na execução fiscal, parece inadequado o posicionamento no qual consistiria em exceção de Direito Material, oponível pelo réu, uma vez que a regra passou a ser a possibilidade de seu conhecimento de ofício pelo juiz.

Além disso, quando o crédito executado possuísse natureza tributária, o acolhimento da prescrição geraria efeitos mais profundos, ocasionando a extinção do próprio crédito, e não apenas da pretensão. É que, segundo o art. 156, V, do CTN, a prescrição importa também em extinção do próprio crédito tributário, ou seja, tem-se por extinta a própria relação material tributária.⁶³

O Código Tributário Nacional vai ainda mais longe ao dispor no art. 113, § 1.º, que *“a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.”*

Deste modo, ocorrida a prescrição, pretensão, crédito e até mesmo a obrigação tributária são extintos.

Em razão disso, mesmo antes da inclusão do § 4º no art. 40 da LEF, ou da alteração do art. 219, § 5º, do CPC, já existiam entendimentos jurisprudenciais, muitos dos quais emanados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, permitindo o conhecimento de ofício da prescrição, quando os créditos executados fossem de natureza tributária, à semelhança do que ocorre com a decadência. Essa jurisprudência, baseada nos dispositivos do CTN mencionados, desprezava o disposto no art. 219, § 5º, do CPC, cuja antiga redação impedia o conhecimento de ofício da prescrição pelo juiz.⁶⁴

⁶² Art. 40 (...) § 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

⁶³ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: ...V - a prescrição e a decadência”.

⁶⁴ Nesse sentido, AC 70005205117, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Roque Joaquim Volkweiss j. 08.11.2002. Em sede doutrinária, o também Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Roberto Canibal (in *Direito Constitucional Tributário*. Institutos da Prescrição e da Decadência como Tratados em Lei Complementar da Solidariedade Originária e Subsequente ou Interventente, p. 277-292.), fundamenta a possibilidade do juiz conhecer de ofício a prescrição intercorrente na ausência de possibilidade jurídica do pedido e interesse processual, em razão da prescrição extinguir o próprio crédito tributário: “Em não havendo mais crédito porque atingido este pela prescrição, não há falar em impossibilidade de reconhecer a prescrição do crédito tributário porque do direito material prescrito é do que se está a tratar. Assim, à feição da decadência se afeiçoa o tema a permitir o conhecimento de ofício. De outro lado, atingindo a prescrição, no caso, o direito material, fica ao julgador, ainda, a possibilidade de seu conhecimento porque o tema passa ao enfoque das próprias condições da ação de execução forçada: possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual consequente ou decorrente daquele. E quando se trata de condições da ação, se está a tratar de questão processual, mas o que se tem é matéria de ordem pública e é do que se está a tratar. É que é impossível juridicamente cobrar crédito tributário extinto que, como dispõe a própria lei complementar (Código Tributário Nacional, art. 156, V) extingue-se ele, o próprio crédito tributário, pela prescrição e a decadência.”

Para o STJ, contudo, a regra sempre foi a impossibilidade de conhecer-se de ofício a prescrição, em razão da aplicação do disposto no art. 219, § 5º, do CPC (hoje alterado pela Lei n. 11.280/2006), regra posterior ao CTN, que deveria com ela harmonizar-se. Esse entendimento, certamente, pressupunha que a norma era de natureza processual, não necessitando obedecer à reserva de lei complementar estabelecida pelo art. 146, III, da CF.⁶⁵ A Corte admitia, contudo, a decretação da prescrição de ofício apenas no caso de inocorrência da citação pessoal do executado, sob o fundamento de que o mesmo não teria a oportunidade para suscitar a questão.⁶⁶ Essa hipótese, porém, restou superada pelo posicionamento acerca da necessidade de se nomear curador especial ao devedor citado por edital.⁶⁷

Quando a prescrição não fosse intercorrente, até a entrada em vigor da Lei n. 11.280/2006, parecia mais adequado o entendimento de que necessitava de alegação pela parte interessada - como exceção de Direito Material -, mesmo nos casos de créditos tributários, a não ser quando favorecesse o absolutamente incapaz, como, a propósito, previa o Código Civil, em seu art. 194, revogado pelo referido dispositivo.

Sob tais circunstâncias (até a entrada em vigor da Lei n. 11.280/2006), entendemos pela prevalência da antiga redação do art. 219, § 5º, do CPC, mesmo para os créditos tributários, visto que se trata de norma de natureza processual, que não necessita obedecer à reserva constitucional de lei complementar.

2.5 Da Prescrição como Instituto Delineado pelo Direito Positivo – Opção do Legislador

Poderia parecer contraditório o CTN estatuir que a prescrição extinga também o próprio crédito tributário – bem como a obrigação –, enquanto o diploma civil se contenta com a extinção da pretensão (direito do credor de perseguir a satisfação de seu crédito). Também não se harmoniza com o regime da prescrição (como exceção de Direito Material) a regra de seu conhecimento de ofício pelo juízo, independentemente de alegação do demandado, quando existir a intercorrente na execução fiscal (art. 40, § 4º, LEF), ou, após a entrada em vigor da Lei n. 11.280/2006, para qualquer espécie de prescrição.

⁶⁵ Nesse sentido REsp. n. 788.541-RS, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, julgado em 6.12.2005, assim ementado: TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. AÇÃO EXECUTIVA FISCAL. COBRANÇA DE IPTU. PRESCRIÇÃO. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Execução fiscal ajuizada pela Fazenda Municipal de Porto Alegre/RS em face de contribuinte, objetivando satisfazer débito tributário de IPTU. Sentença declarando a nulidade da CDA e reconhecendo, de ofício, a prescrição. Interposta apelação pelo Município, o TJRS negou-lhe provimento, confirmando a sentença. Recurso especial apontando violação dos arts. 194 do CC e 156, 173 e 174 do CTN, defendendo, em suma, que, por se tratar de direito patrimonial, o magistrado não pode decretar a prescrição de ofício, uma vez que não beneficia pessoa absolutamente incapaz. 2. Ausência de pronunciamento do acórdão recorrido quanto ao art. 173 do CTN. Incidência do enunciado n. 282 da Súmula do STF. 3. É pacífico o posicionamento desta Corte no sentido de que, em se tratando de direito patrimonial (disponível), a prescrição não pode ser declarada de ofício, sob pena de subjugação ao prescrito no art. 219, § 5º, do CPC. 4. Só recentemente, com o advento da Lei n. 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, passou a ser possível a decretação de ofício da prescrição pelo julgador, mas somente nos casos de prescrição intercorrente, após ouvido o representante da Fazenda Pública. 5. In casu, merece ser repelida a decretação de ofício pelo juízo singular, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para o prosseguimento da ação executiva. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nesta, provido.

⁶⁶ Resp. n. 622165/PE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, 10.08.2004. DJ 30.08.2004; REsp. n. 781090/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 05/12/2005.

⁶⁷ “Súmula n. 196: Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Entretanto, mesmo não fazendo parte da tradição doutrinária brasileira o estudo da prescrição como extinção do próprio Direito Subjetivo, e se apresente mais adequada a sua concepção com exceção substancial a ser argüida pelo demandado - e não como matéria a ser conhecida de ofício pelo juiz -, do ponto de vista doutrinário, ambas as opções do legislador podem ser harmonizadas com as principais idéias do instituto da prescrição.⁶⁸

A prescrição, como instituto eminentemente de Direito Positivo, não necessita de teoria geral minuciosa, aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, nem tampouco de homogeneidade dentro do mesmo ordenamento jurídico. Deve, antes, adequar-se, redefinir-se e harmonizar-se com as normas existentes dentro do sistema, mormente com os seus fundamentos constitucionais, desprendendo-se de teorias rígidas, que impeçam o entendimento das transformações de seus contornos, empreendidas pelo legislador, muitas vezes por razões de ordem prática.

Nesse sentido, o próprio Pontes de Miranda, já há muito, lamentava-se das doutrinas então existentes, que praticamente deixavam de fora do mundo jurídico o tratamento da prescrição, predominando a abordagem muito mais ligada às origens históricas do instituto do que ao regramento positivo:

... Em tudo isso, há muito de reminiscência das origens históricas, romanas, da prescrição, e ao mesmo tempo de resíduos filosóficos da concepção da eternidade dos efeitos dos fatos jurídicos (direitos, pretensões, ações). Ora, para os juristas dos nossos dias, toda tratção do problema da prescrição, como conceito, tem de começar pelo corte de tudo que perdeu toda razão de ser quando as regras jurídicas da prescrição passaram a ser como quaisquer outras, insertas no sistema jurídico, de jeito a fazerem parte do todo lógico.⁶⁹

Em se tratando de execução fiscal, desde a introdução do § 4º ao art. 40 da LEF, seja qual fosse a natureza do crédito, a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente retirava-lhe, indubitavelmente, o caráter de exceção. Com a alteração do art. 219, § 5º do CPC, qualquer espécie de prescrição (intercorrente ou não) tornou-se matéria a ser conhecida ex officio pelo juiz, colocando uma pá de cal sobre a idéia da exceção de Direito Material.

Em obra que se tornou célebre na Europa, ao realizar estudo inédito em Direito Comparado no que diz respeito à prescrição, Reinhard Zimmermann⁷⁰ assevera que, nos ordenamentos que concebem a prescrição como Direito Material, pode-se-lhe atribuir a ela o efeito forte (*strong effect*) ou fraco (*weak effect*).

No primeiro, o próprio direito de crédito deixa de existir, enquanto no segundo se garante ao devedor o mero direito de se recusar a cumprir a obrigação.

Adotando-se a posição da prescrição como extinção do próprio crédito

⁶⁸ Na difícil tarefa de fazer a diferenciação entre prescrição e decadência, muitas vezes se aponta, como uma das características da prescrição, a não-extinção do direito propriamente dito, ao contrário da decadência. Contudo, no Direito brasileiro, desde o célebre estudo de Agnelo Amorim Filho, a pedra de toque para a distinção entre os dois institutos é a natureza dos "direitos" sujeitos à prescrição ou à decadência, como já referimos. As consequências da incidência de cada instituto não são essenciais à sua diferenciação, apenas sendo invocadas como complemento a essa tarefa. Ver: AMORIM FILHO, 1962, p. 95-132.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 104-105.

⁷⁰ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., 71-73.

(*strong effect*) - como o fez o art. 156 do CTN -,⁷¹ se o devedor paga, pagou sem embasamento legal, pois o crédito já não mais existia - possui, portanto, direito à repetição de indébito.⁷² Nesse caso, os efeitos da prescrição aproximar-se-iam muito do instituto da decadência existente no Direito brasileiro.⁷³

Já com a adoção do efeito fraco (*weak effect*) - a exemplo do Código Civil brasileiro -, como se trata de defesa do devedor, se ele pagou, procedeu segundo a lei, satisfazendo o crédito ainda existente, razão pela qual não possui o direito de repetir.⁷⁴

Embora ambas as concepções sejam admissíveis, parece-nos mais adequada a abordagem do Código Civil que, aliás, adotou a posição mais difundida nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Trata-se do critério mais adequado aos fins perseguidos pelo instituto da prescrição, porque não existe razão para se impor a proteção legal a um devedor que deseja pagar.⁷⁵ Além disso, o interesse público (“*ut sit finis litium*”) não é afetado adversamente se o devedor é autorizado a pagar após o prazo prescricional. Ausentes os motivos dos quais decorre o impedimento ao credor em perseguir a satisfação de seu crédito, não existe razão para a ampliação desnecessária das conseqüências da prescrição.⁷⁶

Decretada a prescrição pelo juiz, o resultado dependerá da natureza do crédito executado: quando não-tributários, aplica-se o disposto no art. 189 do Código Civil, extinguindo-se a pretensão; quando tributários, o resultado seria a extinção do próprio crédito por força do disposto no art. 156, V, do CTN.

Ressalte-se que o objeto da prescrição não é o direito de ação (o seu exercício seria uma de suas diversas causas interruptivas),⁷⁷ mas sim a pretensão ou o próprio crédito, inviabilizando a possibilidade de o juiz levar a cabo os atos executórios.

No que se refere aos créditos sujeitos à execução fiscal, o perfil da prescrição

⁷¹ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: ... V - a prescrição e a decadência”.

⁷² É o que se extrai do disposto no art. 165, I, do CTN. Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho “no Direito Tributário pátrio, a teor do Código Tributário Nacional, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário. Quem paga dívida fiscal em relação a qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos”. Ver: NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Prescrição e decadência no Direito Tributário brasileiro. *Revista de Direito Tributário*, n. 71, p. 88. No mesmo sentido, “Pagamento de crédito prescrito. Direito à restituição. Como a prescrição está arrolada no art. 156 do CTN como causa de extinção do crédito tributário, tem-se que é possível buscar a repetição do montante pago a título de tributo cuja cobrança pelo fisco já estava prescrita. Isso porque, inexistindo o crédito, considera-se o pagamento indébito”. Ver: PAUSEN; ÁVILA, 2003, op. cit., p. 1201.

⁷³ Advirta-se, contudo, de o direito à repetição de indébito não pode ser exercido por tempo indeterminado, existindo, também quanto a ele, prazo prescricional. Segundo o art. 168, do CTN, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados, na hipótese dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário; na hipótese do inciso III, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

⁷⁴ Ver: ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 72-73.

⁷⁵ Muito pelo contrário. Sendo possível ao devedor que pagou pleitear a devolução, voltamos às razões que sustentam a existência de institutos como a prescrição, sendo preferível inviabilizar uma possível ação de repetição, que somente geraria mais desarmonia nas relações jurídicas. *Ibid.*, p. 74, nota 65. Ademais, é relevante ressaltar a posição de Pontes de Miranda, para quem a prescrição não existe diretamente para proteger aquele que deve, embora esse possa, muitas vezes, ser seu maior beneficiário. Ver: PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 100-101.

⁷⁶ “... For there is no reason for a legal system to foist its protection upon a debtor who is willing to pay and who can thus be taken to acknowledge that he is under an obligation to do so; and the public interest (“*ut sit finis litium*”) is not adversely affected if a debtor is allowed to pay even after the period of prescription has run out. While any prescription regime will inevitable result in creditors being unable to pursue even entirely valid claims, the law should not endorse this consequence were it is unnecessary in terms of underlying policy objectives”. Ver: ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 73-74.

⁷⁷ Além da interrupção da prescrição na execução fiscal pelo despacho do juiz que ordenar a citação, o CTN previu no parágrafo único do art. 174, outras hipóteses, tais como: pela citação pessoal feita ao devedor (excluindo-se os processos de execução fiscal em que basta o despacho do juiz para interromper a prescrição); pelo protesto judicial; por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

intercorrente como instrumento de defesa do réu - exceção de Direito Material – mesmo antes da alteração do art. 219, § 4º do CPC - parecia não se sustentar. Se a regra passou a ser o conhecimento de ofício da prescrição intercorrente pelo juiz (art. 40, § 4º, LEF), contraditório seria afirmar-lhe o caráter de exceção de Direito Material à disposição do executado.

Ademais, com a recente alteração do CPC, pela edição da Lei n. 11.280,⁷⁸ publicada em 17.2.2006, o legislador soterrou, quanto a qualquer forma de prescrição (intercorrente ou não, tributária ou não), a posição defendida por Pontes de Miranda, dentre outros, de que constituiria exceção substancial à disposição do interessado.

Com mais esse passo dado pelo legislador brasileiro, abandonou-se de vez o caráter de prescrição como defesa do devedor, que agora deve ser pronunciada de ofício pelo juiz. Trata-se de adequação do perfil do instituto ao sistema jurídico brasileiro, dando relevo às garantias constitucionais da segurança jurídica, à harmonização das situações litigiosas e à viabilização da prestação jurisdicional pela eliminação de demandas infundadas que sobrecarregam o sistema judiciário.

2.6 Da Prescrição do Crédito Tributário

Nos termos do art. 174 do CTN, “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Com a infeliz redação, utilizou-se o legislador do antigo conceito da ação de Direito Material, inadequado à compreensão da prescrição presente no sistema jurídico brasileiro. Embora tenhamos afirmado que a prescrição é instituto eminentemente de Direito Positivo, podendo o legislador dar-lhe os traços que entender adequado, aqui, no caso específico, em tela, nada impede que venhamos a interpretar o referido dispositivo legal de forma sistemática. Desta forma, a pretensão e o próprio crédito tributário seriam extintos após cinco anos da constituição definitiva (excluindo-se, é claro, os casos de interrupção e de suspensão).

No Direito Tributário brasileiro, a nota mais relevante para distinguir a prescrição da decadência é momento em que se verifica sua ocorrência. Da data do fato gerador do tributo até o lançamento, o que pode ocorrer é a decadência do crédito tributário (CTN, art. 173, I e II). A partir da constituição definitiva do crédito tributário, passa-se a falar em prescrição, não mais em decadência (CTN, art. 174).⁷⁹

Quanto ao termo inicial de contagem do prazo, a questão repousa no conceito de constituição definitiva do crédito, havendo enorme dissonância na doutrina e na jurisprudência acerca do momento em que isso ocorreria.

⁷⁸ Com a entrada em vigor da reforma legislativa, o dispositivo § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil passou a ter a seguinte redação: “Art. 219 ... § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

⁷⁹ Nesse sentido, há a Súmula n. 153 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: “Constituído, no quinquênio, através de auto de infração ou notificação de lançamento, o crédito tributário, não há falar em decadência, fluindo a partir daí, em princípio, o prazo prescricional, que, todavia, fica suspenso, até que sejam decididos os recursos administrativos”. Para maiores distinções entre decadência e prescrição, ver BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário brasileiro. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 910.

Para alguns, em face das hipóteses de alteração do crédito tributário previstas nos incisos do art. 145 do CTN (impugnação, recurso e alteração de ofício), o *dies a quo* não seria sempre a data em que o sujeito passivo tenha sido regularmente notificado do lançamento. A notificação regular equivaleria ao lançamento provisório, que só se completa com a fluência do prazo para pagamento ou com o julgamento de eventual impugnação administrativa.

Para outros, em consonância com a Súmula n. 153 do extinto TFR, o início ocorreria com a notificação do lançamento, constituindo a existência de impugnação ou recurso na via administrativa apenas caso de suspensão do prazo prescricional.

Contudo, conforme argumenta Paulo de Barros Carvalho, ocorrendo a impugnação administrativa do lançamento, o prazo prescricional nem se iniciou:

A suspensão do curso do prazo prescricional não é a mesma coisa que suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Frequentemente nos deparamos com a confusão das duas realidades jurídicas, nas obras de bons autores. Para que se suspenda o lapso de tempo que leva à prescrição é imperativo lógico que ele se tenha iniciado, e, nem sempre que ocorre a suspensão da exigibilidade, o tempo prescricional já terá começado a correr. Modelo significativo dessa disparidade encontramos no caso de impugnações e recursos interpostos nos termos das leis reguladoras do procedimento administrativo tributário. Lavrado o ato de lançamento, o sujeito passivo é notificado, por exemplo, a recolher o débito dentro de trinta dias ou a impugná-lo no mesmo espaço de tempo. É evidente que nesse intervalo a Fazenda ainda não está investida da titularidade da ação de cobrança,⁸⁰ não podendo, por via de consequência, ser considerada inerte. Se o suposto devedor impugnar a exigência, de acordo com as fórmulas do procedimento administrativo específico, a exigibilidade ficará suspensa, mas o prazo de prescrição não terá sequer iniciado.⁸¹

Como se evidencia desde logo, a discussão não é das mais relevantes, pois o resultado prático de quaisquer das posições é o mesmo no que diz respeito à contagem do prazo prescricional. Na primeira, o prazo só se inicia quando esgotadas as possibilidades de alteração do crédito previstas no art. 145 do CTN; já na segunda posição, embora o *dies a quo* corresponda à simples notificação do lançamento, o prazo fica suspenso até que esgotados ou julgados a impugnação, recurso ou reexame de ofício do crédito.^{82 83}

⁸⁰ Ressalve-se entendermos equivocada a posição de que ainda não “nasceu a ação”, decorrente do reconhecimento da existência da “ação de Direito Material”. Para nós, o que não ocorreu ainda foi o nascimento da pretensão, daí não se poder falar em inércia da Fazenda, que não pode exigir o seu crédito. De qualquer forma, ressalvada a divergência terminológica, o resultado será o mesmo: se ao crédito tributário ainda não se agregou o predicado pretensão, não havendo inércia da Fazenda, afastada está a causa eficiente da prescrição, bem como o fluxo de seu prazo.

⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 316.

⁸² “Na realidade, em matéria prescricional ou decadencial do tributo estabelecem-se três fases inconfundíveis: a que nasce com o fato gerador e vai até a notificação do lançamento ao sujeito passivo, em que flui o prazo de decadência (art. 173, I e II do CTN); a que inicia com a notificação do lançamento até a decisão definitiva do recurso administrativo, em que não correm nem prazo de decadência, nem de prescrição, por estar suspensa a exigibilidade do crédito (art. 150, III); e a que inicia na data do encerramento do processo administrativo, quando começa a fluência do prazo de prescrição (art. 174 do CTN)” (TJRS, AC 70006228845, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Roberto Canibal. j. 12.11.2003).

⁸³ Acerca do assunto, assim discorre Eurico Marcos Diniz de Santi: “Consideramos não haver prescrição intercorrente no processo administrativo porque, quando há impugnação ou recurso administrativo durante o prazo para pagamento do tributo, suspende-se a exigibilidade do crédito, o que simplesmente impede a fixação do início do prazo prescricional”. Ver: SANTI apud PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 71, 2004, p. 120.

Além disso, acerca do tempo, já se pacificou o STJ no sentido de que não flui o prazo prescricional no intervalo entre a notificação do lançamento e a decisão definitiva do recurso administrativo que tenha sido interposto pelo contribuinte^{84 85} - eis o motivo de haver a discussão se mantido apenas no âmbito acadêmico.

A mesma linha de raciocínio é utilizada quanto à questão do prazo de 30 dias para o pagamento ou para a interposição de recurso administrativo pelo contribuinte. Embora admita a existência de entendimentos diversos, no sentido de que o prazo prescricional iniciaria desde a notificação ao sujeito passivo, Hugo de Brito Machado, ainda que se utilize da teoria da *actio nata*, afirma:

Prevaleceu, tanto no Tribunal Federal de Recursos como no Supremo Tribunal Federal, o entendimento segundo o qual a prescrição só tem o seu início quando o crédito tributário esteja definitivamente constituído, vale dizer, quando a Fazenda Pública tenha ação para fazer a respectiva cobrança. E na verdade não se poderia cogitar de prescrição antes do nascimento da ação. Concluído o procedimento de lançamento e assim constituído o crédito tributário, o fisco intima o sujeito passivo a fazer o respectivo pagamento. Se este não é feito no prazo legal, o direito do fisco estará lesado, nascendo, então, para este, a ação destinada à proteção de seu direito creditório.^{86 87}

2.7 Dimensão Normativa da Prescrição do Crédito Tributário – Reserva Constitucional de Lei Complementar (art. 146, III, “b”, CF)

Tudo aquilo que diga respeito à prescrição dos créditos tributários deverá levar em conta a reserva de lei complementar a fim de se tratar do assunto. A Constituição Federal, em seu art. 146, inciso III, estabelece a necessidade de lei complementar para dispor sobre *normas gerais em matéria de legislação tributária*.⁸⁸ Quanto à inserção do instituto da prescrição neste conceito, para não deixar dúvidas, a alínea “b” do dispositivo citado menciona-o expressamente.

⁸⁴ Nesse sentido o STJ, no julgamento do Resp. n. 435896, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.10.2003, assim ementado: “TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. 1. A antiga forma de contagem do prazo prescricional, expressa na Súmula n. 153 do extinto TFR, tem sido hoje ampliada pelo STJ, que adotou a posição do STF. 2. Atualmente, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se fala em suspensão do crédito tributário, mas sim em um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-officio. 3. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional. 4. Prescrição intercorrente não ocorrida, porque efetuada a citação antes de cinco anos da data da propositura da execução fiscal. 5. Recurso especial improvido”.

⁸⁵ Apesar de ainda haver decisões no âmbito do TJRS, embora isoladas, entendendo pela prescrição intercorrente na esfera administrativa, como pode ser visualizado na seguinte ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. 1. Admite-se a prescrição intercorrente na esfera administrativa, desde que caracterizado o mesmo requisito da intercorrente na esfera judicial, ou seja, a inação do Fisco no sentido de resolver a impugnação apresentada pelo contribuinte, como acontece quando fica durante mais de cinco anos aguardando decisão. Exegese combinada do art. 151, III, com o art. 175, ambos do CTN. 2. Apelação provida.” (Apelação Cível n. 70009840505, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, julgado em 17/08/2005). Na decisão, todavia, cita-se precedente do STJ julgado no ano de 2000, portanto, bem anterior às mais recentes decisões (Resp. n. 263.197/RS, de relatoria do Min. José Delgado).

⁸⁶ MACHADO, 2005, op. cit., p. 227.

⁸⁷ “... o início do prazo prescricional há de ser o primeiro dia em que a Fazenda dispunha de meio próprio para cobrar a dívida não-paga, pois é a partir daí que a Fazenda adquire o direito de invocar a prestação jurisdicional do Estado. Destarte, o marco inicial do prazo prescricional na hipótese considerada começa a fluir após o termo estipulado na notificação do ato administrativo de lançamento”. Ver: CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. Repetição do indébito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 223-224.

⁸⁸ As matérias previstas nas alíneas do art. 146, III, são meramente exemplificativas, havendo posicionamento do STF nesse sentido, de que é exemplo o RE 407.190/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27.10.2004, assim ementado: “TRIBUTO - REGÊNCIA - ARTIGO 146, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NATUREZA. O princípio revelado no inciso III do artigo 146 da Constituição Federal há de ser considerado em face da natureza exemplificativa do texto, na referência a certas matérias. MULTA - TRIBUTO - DISCIPLINA. Cumpre à legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no artigo 106 do Código Tributário Nacional. MULTA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RESTRIÇÃO TEMPORAL - ARTIGO 35 DA LEI N. 8.212/91. Conflita com a Carta da República - artigo 146, inciso III - a expressão ‘para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1977’, constante do artigo 35 da Lei n. 8.212/91, com a redação decorrente da Lei n. 9.528/97, ante o envolvimento de matéria cuja disciplina é reservada à lei complementar”.

Formalmente, a lei complementar distingue-se da lei ordinária por necessitar de maioria absoluta à sua aprovação (art. 69, CF). Ao exigir maior consenso político para a aprovação de normas sobre prescrição em matéria tributária, o constituinte atribuiu à legislação que verse a respeito do tema maior estabilidade. Voltando-se a prescrição à estabilização do direito no caso concreto, nada mais coerente do que dotar o conjunto de normas abstratas destinadas a este fim de maior estabilidade, dificultando e evitando reformas realizadas no Direito Tributário ao alvitre do legislador do momento.

Saliente-se que o conceito “normas gerais em matéria de legislação tributária” deve ser aplicado também à prescrição. Concluímos, portanto, que a Constituição Federal estabeleceu a reserva de lei complementar apenas para os aspectos mais gerais e principais que estruturam a prescrição. Outro elemento que não componha a sua estrutura principal poderá ser disciplinado por lei ordinária, desde que não desnature o instituto ou os seus elementos centrais.

Por tal razão, parece-nos errônea a afirmação generalista de que “*prescrição em Direito Tributário é matéria que a Constituição Federal reservou exclusivamente para a lei complementar.*”⁸⁹

Ainda, em alguns casos, mesmo quando trate dos elementos estruturais da prescrição, a lei ordinária não poderá ser tachada de inconstitucional ou não recepcionada se não inova ou acrescenta coisa alguma, apenas aclarando ou explicitando aquilo que não se encontrava previsto de forma expressa no sistema.

Entendemos que o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal, reservou à Lei Complementar apenas o tratamento de normas gerais de prescrição em matéria tributária. Aqui, apenas os principais elementos da prescrição em matéria tributária necessitam ser objeto de lei complementar. Como veremos mais adiante, são eles: o prazo prescricional; (ii) o termo a partir do qual começa a correr o prazo da prescrição; a sua causa eficiente; as causas de interrupção e de suspensão do fluxo temporal; e a possibilidade de o prazo interrompido voltar a correr renovado, e em quais circunstâncias isso poderia ocorrer (intercorrência).

Quanto ao Código Tributário Nacional, mesmo que formalmente não possua caráter de lei complementar, o Supremo Tribunal Federal já há muito se pacificou no sentido de que, em face do caráter de norma geral de Direito Tributário, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar.⁹⁰ Logo,

⁸⁹ Trata-se de posicionamento equivocado daqueles que entendem que prescrição é um exemplo de “*norma geral de Direito Tributário*”, ao invés de entender que cabe à lei complementar disciplinar “*norma geral em matéria de prescrição tributária.*” Existem posicionamentos que chegam ao extremo de afirmar que, em se tratando de prescrição, a reserva de lei complementar é absoluta. Entre todos, ver: TRF1, 4ª Turma, AC 95.01.05044-0/BA, rel. Des. Fed. Souza Prudente, julgado em 22/05/1995: “*TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDEBITO. PRAZO DE DECADÊNCIA. CRITÉRIO SEGUNDO A ORIGEM DA AÇÃO. (CÂMARA LEAL). PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DA LEI COMPLEMENTAR. I - O direito à restituição do tributo se extingue com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados do pagamento indevido, ou, segundo definição legal, da extinção do crédito tributário (CTN, art. 168, I). Precedente do STJ. II - É de decadência o prazo estabelecido, pela lei ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. Será de prescrição quando fixado não para o exercício de direito, mas para o exercício da ação que o protege. Quando, porém, o direito deve ser exercido por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição (Câmara Leal). III - As hipóteses de prescrição e de decadência, em matéria tributária, são de reserva absoluta de Lei Complementar (CF, art.146, inciso III, alínea b, e CTN, art. 141), não se admitindo interferência, nessa área, pelo legislador ordinário. IV - Remessa oficial e Apelação providas, para reformar a sentença singular, decretando a decadência do direito do autor de repetir o indébito, em questão”.*

⁹⁰ AVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137. O posicionamento é pacífico no âmbito dos Tribunais Superiores. Nesse sentido, decidiu o STF: RE 149.922/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 23.02.1994; ADI-MC 1917/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 18/12/1998. STJ: REsp. 67.254/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 09/09/1996; REsp. 140.172/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 15/12/1997; REsp 123.392/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01.08.2000.

as normas contidas no Código Tributário Nacional, que versem sobre a prescrição em matéria tributária, consideram-se recepcionadas como lei complementar.

Existem, contudo, inúmeras situações nas quais leis formalmente ordinárias estabelecem regras que disciplinam questões relativas à prescrição (por exemplo, as causas de interrupção e de suspensão da prescrição, previstas nos art. 2º, § 3º,⁹¹ art. 8º, § 2º⁹² e art. 40⁹³ da Lei n. 6.830/80). No caso do art. 8º, § 2º da LEF, estabeleceu-se norma de interrupção da prescrição que contrariava o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I do CTN, até a reforma introduzida pela Lei Complementar n. 118/2005, criando enorme celeuma na jurisprudência.

Alguns doutrinadores e julgados precipitavam-se ao tentar resolver a questão, afirmando que o CTN, recepcionado como lei complementar, teria hierarquia superior à Lei n. 6030/80, lei ordinária, devendo prevalecer sobre esta.⁹⁴ Contudo, de acordo como o nosso posicionamento, nunca passou por aí a solução mais adequada ao conflito legislativo, pois não existe hierarquia entre lei ordinária e complementar.

A Constituição Federal simplesmente reservou determinadas matérias à lei complementar – reserva de lei qualificada -, deixando que outras fossem tratadas por lei ordinária. Assim, tratando a lei complementar de matéria em que a Constituição não estatui reserva de lei qualificada, ingressará no ordenamento jurídico como se lei ordinária fosse. Nesse sentido é a doutrina de Michel Temer, para quem não haveria hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, mas tão-somente âmbitos materiais constitucionalmente fixados.⁹⁵

Um entendimento diverso levaria ao absurdo de se alterar a divisão dos âmbitos legislativos estabelecidos pela Constituição.⁹⁶

⁹¹ “Art. 2º...§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

⁹² “Art. 8º ... § 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”

⁹³ “Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

⁹⁴ Por todos o REsp. 90.152-SP STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1997: “... as disposições do Código Tributário Nacional devem prevalecer sobre os ditames da Lei n. 6830/80 (Lei de Execução Fiscal) por ser aquela lei complementar de maior hierarquia”... (grifo nosso).

⁹⁵ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 150.

⁹⁶ A inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária fica comprovada na seguinte situação: afirmando-se a existência de hierarquia, se uma determinada lei complementar versasse sobre matéria em que a CF exigia apenas lei ordinária, posterior lei ordinária não poderia tratar de forma diversa a questão. Logo, o legislador infraconstitucional alterou o conteúdo da CF que não exigia quorum qualificado para tratar da matéria. Pela inexistência de hierarquia, vem decidindo o STF, havendo, em julgado recente (10.4.2002), em sua composição plenária e por unanimidade, continuado a negar natureza complementar às matérias que excedam às previsões autorizadas pela CF: “Ação rescisória. Decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento n. 101.740-6/RJ. Demanda sobre litígio decorrente de relação estatutária de serviço público civil. 2. O conteúdo da lei Complementar não é arbitrário, mas a matéria, disciplinada por lei cujas hipóteses em que a disciplina se dará por essa via legislativa. Não é a lei complementar instrumento legislativo formalmente adequado no que concerne à fixação de vencimentos dos servidores públicos. 3. Não é de ver, na decisão rescindenda, julgado a ferir o art. 485, V, do CPC. 4. Ação rescisória improcedente”. (AR n. 1.264-0/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira). A matéria, contudo, ainda não se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do posicionamento do Min. Teori Albino Zavascki, no AgRg no REsp n. 571715 / PR (DJ 07/04/2005), de sua relatoria, cujo voto vencido assim dispôs: “Como afirmado na decisão agravada, o acórdão recorrido assenta sobre fundamentação de índole eminentemente constitucional, como se percebe de seu voto-condutor, proferido nos seguintes termos: “A ação discute a constitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96 que, revogando o inciso II do art. 6º da LC 70/91, retirou a isenção deferida às sociedades civis, determinando a incidência das contribuições para a COFINS sobre o faturamento auferido pelas mesmas. O fato de a contribuição a título de COFINS ter sido instituída por lei complementar não quer dizer que posteriores alterações devam ocorrer somente através da mesma espécie normativa, eis que assim não foi exigido pelo legislador. O art. 146, III, CRFB/88 aplica-se somente a impostos, não restando violado o princípio da hierarquia das leis. É pacífico no Supremo Tribunal Federal que, se a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido a lei complementar, não seja daquelas para a qual a Constituição exige tal modalidade, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária. Desta forma, as alterações introduzidas pela Lei n. 9.430/96 não violaram a hierarquia constitucional das normas, restando ílesos os artigos constitucionais 145; 146, III, a; 149; 150 e seus incisos, bem como o art. 60, §4º.” (...) “A LC 70/91, que instituiu a COFINS, vindo substituir o FINSOCIAL, é reconhecidamente lei complementar apenas em sentido formal, mas materialmente lei ordinária, porquanto a contribuição sobre o faturamento já estava prevista constitucionalmente. Inclusive tal posicionamento já foi cristalizado no Supremo Tribunal Federal com o julgamento da ADC-1/DF (...)”.

Visualizar na exigência de *quorum* qualificado o fundamento para a suposta superioridade hierárquica da lei complementar consiste em evidente confusão quanto a seus planos de existência e de eficácia. O *quorum* qualificado, como requisito de perfectibilização existencial - requisito de ordem material, necessário à incidência da regra -, não lhe acrescenta nenhuma de eficácia, conceito que somente se põe após a incidência da regra jurídica e que pressupõe a adequação aos limites de competência constitucionalmente estabelecidos.⁹⁷

Dissertando acerca das implicações práticas desse tema, assim discorre Humberto Ávila:

As considerações anteriores possuem grande relevo prático para os casos em que uma lei ordinária altera o conteúdo de uma lei complementar anterior num caso em que a Constituição não exige aquela fonte para regular a situação de fato. Nessa hipótese cumprirá saber: pode a lei ordinária revogar a lei complementar? Se houver hierarquia necessária entre as fontes, não. Se não houver e for um caso em que inexistente a hierarquia, sim. Como já dito, nesse trabalho, segue-se o entendimento de que não há hierarquia necessária entre lei complementar e lei ordinária. A hierarquia é eventual, existente no caso de a lei complementar exercer uma função fundante da lei ordinária. Mas não sendo esse o caso, se o legislador escolheu a lei complementar como instrumento para regular determinada situação de fato, sem que a Constituição o exigisse, na verdade a lei complementar exerce uma função de lei ordinária e como tal preenche sua função eficaz.⁹⁸

A matéria, aliás, já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADC n.1, firmou entendimento no qual, se o legislador escolheu a forma de lei complementar, para tratar de matéria em que a Constituição não a exigia, a norma poderia ser revogada por posterior lei ordinária.

Para definirmos os limites do legislador ao tratar do tema, devemos observar se a lei ordinária alterou ou modificou os principais elementos da prescrição. Em o fazendo, será formalmente inconstitucional ou não-recepcionada. Contudo, nem sempre que a lei ordinária versar sobre os principais elementos da prescrição em matéria tributária estaremos diante de inconstitucionalidade ou não-recepção, pois, como vimos, a norma, na ausência de lei complementar disciplinando o assunto, pode ser meramente interpretativa.

3 OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

Apesar de o instituto da prescrição ser eminentemente de Direito Positivo, molda-se às necessidades de cada momento da civilização.⁹⁹ Seus fundamentos desbordam do regramento específico, assentando-se sobre valores e sobre necessidades muito importantes às sociedades que atingiram certo grau de civilização.

⁹⁷ BORGES, José Souto Maior. Eficácia e hierarquia da lei complementar. Revista Dialética de Processo, n. 25, p. 93-103, 1973.

⁹⁸ ÁVILA, 2004, op. cit., p. 133.

⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 100-101.

Disso decorre a imposição de limites ao legislador infraconstitucional e a necessidade de se utilizar tais fundamentos - existentes no sistema jurídico - como balizadores da interpretação e da aplicação dos dispositivos que versem sobre a prescrição.

Embora possamos definir a prescrição como regra cuja incidência – decorrente da aplicação de ofício pelo juiz ou da invocação pela parte como exceção de Direito Material - retira do conteúdo da relação jurídica a *pretensão* (ou encobre a sua eficácia) ou, ainda, extingue o próprio crédito tributário, a sua sistemática e a harmonização de seus componentes somente podem ser apreendidos por meio da análise dos fundamentos sobre os quais se assenta a sua existência no ordenamento jurídico.

Se o acolhimento da prescrição subtrai do legítimo credor a possibilidade de perseguir de forma derradeira a satisfação de seu crédito, somente valores muito caros ao ordenamento jurídico poderiam justificar tamanho “enfraquecimento” de um direito. Tais valores são profundamente ligados a razões de ordem prática, tendo levado muitos civilistas a afirmar que a prescrição apresenta-se como questão de utilidade e não de equidade.¹⁰⁰ Mesmo que a prescrição não possa ser considerada justa, ainda assim, satisfaz, inegavelmente, às exigências práticas.

Quais seriam, então, os valores ou razões de ordem prática, tão caros ao ordenamento jurídico, a ponto de empobrecer o patrimônio jurídico do legítimo credor? Quais são os valores e os motivos que levaram o legislador a retirar da prescrição o caráter de exceção de Direito Material a ser oposta pelo devedor para se recusar ao pagamento do tributo, atribuindo ao juiz o dever de conhecê-la de ofício, extinguindo a pretensão ou o próprio crédito (art. 40, § 4 da LEF e art. 3º da Lei n. 11.280/17.2.2006, que alterou o parágrafo 5º do art. 519 do CPC)?

Para Pontes de Miranda, o instituto, ao estabelecer o limite temporal ao exercício da pretensão, serviria à segurança e à paz jurídicas:

A perda ou a destruição das provas expropria os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da existência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia.¹⁰¹

No mesmo parágrafo, o autor critica o conceito de prescrição como castigo, punição decorrente da inércia do credor em exercer o seu direito, concepção existente nas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas.¹⁰² Como é notório, o conceito de castigo ao titular do direito pela sua negligência permeia profundamente o Direito pátrio, em decorrência da nossa herança histórica.¹⁰³

¹⁰⁰ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 66.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 100.

¹⁰² Assim dispunham as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 79: “por negligência que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar”.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 100.

Analisando os motivos de ordem política sobre os quais se assenta o instituto da prescrição no Direito Comparado europeu, desponta o trabalho elaborado pelo jurista alemão Reinhard Zimmermann, o qual inicia a sua explanação, abordando os valores que dão suporte às “lititations of claims” do Direito inglês. Neste sentido, discorre:

...The English limitations legislation is, essentially, based on the considerations (i) that, as the years pass by, it becomes more and more difficult for the debtor to defend himself against his creditors claim; (ii) that the lapse of time engenders the reasonable expectation that an incident that might have given rise to a claim may be treated as closed, and that potential debtor may adjust their behaviour accordingly; and (iii) that is in the public interest that legal disputes are resolved swiftly so as not to create a source of uncertainty, unfairness and increased cost of litigation.¹⁰⁴

Após dissertar acerca dos fundamentos da prescrição no Direito inglês, o doutrinador alemão assim discorre acerca do Direito continental:

The same reasons have been advanced in continental legal systems. Loss of right as a result of lapse of time is a means to an end, not an end in itself. Protection must be granted to a debtor who, in view of the “obfuscating power of time”, finds it increasingly difficult to defend a claim (i); lapse of times suggests a certain indifference on the part of the creditor towards his claim which, in turn, engenders a reasonable reliance in the debtor that no claim will be brought against him.(ii); and prescription prevents long-drawn-out litigation about claims that have become stale (iii).¹⁰⁵

Também Antônio Luís Câmara Leal, em obra que se tornou clássica no Direito brasileiro, também buscou sintetizar os diversos posicionamentos acerca dos fundamentos da prescrição: o da ação destruidora do tempo (Coviello); do castigo à negligência, da proteção do devedor, da necessidade de diminuição das demandas (Savigny); o da presunção de abandono ou da renúncia (M. I. Carvalho de Mendonça); o da presunção de extinção do direito (Colin & Capitant); o do interesse social pela estabilidade das relações jurídicas, adotada pela maioria dos doutrinadores (dentre eles, Baudry & Tossier, Laurent, Planiol & Ripert, Colin & Capitant, Beltjens, Guillouard, Chironi & Abello, Colmo, Pugliese, Barassi e Ruggiero).¹⁰⁶

Outra pista sobre os fundamentos da prescrição pode ser inferida de seus efeitos práticos. Por meio da extinção (ou do encobrimento de eficácia) da pretensão

¹⁰⁴ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 63. Tradução livre: “A legislação inglesa acerca da prescrição é, essencialmente, baseada nas seguintes considerações: (i) que, com o passar dos anos, torna-se cada vez mais difícil para o devedor defender-se de uma demanda ajuizada por seus credores; (ii) que a passagem do tempo gera razoável expectativa da qual um incidente que pudesse dar ensejo a uma demanda seja tido como extinto, e o potencial devedor possa ajustar o seu comportamento de acordo com isso; (iii) que é do interesse público que disputas legais sejam rapidamente resolvidas, de forma a não se tornarem fonte de incertezas, injustiças e aumentarem o custo da litigância”.

¹⁰⁵ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 63-64. Tradução livre: “as mesmas razões avançaram no sistema jurídico continental. A perda de direitos, como resultado do passar do tempo, é um meio para se atingir um fim, e não um fim em si mesmo. Deve-se garantir proteção a um devedor que, tendo em vista “o ofuscante poder do tempo”, encontra cada vez mais dificuldade de se defender de uma demanda (i); o passar do tempo sugere certo grau de indiferença do credor em relação à sua demanda, gerando, por sua vez, razoável expectativa no devedor de que não será demandado (ii); a prescrição previne que se traga a juízo tardiamente demanda que se tornou obsoleta (iii)”.

¹⁰⁶ CÂMARA LEAL, Antônio Luís. *Da prescrição e decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 100.

(ou do próprio crédito e da obrigação tributária), a prescrição consolida situações de fato duradouras no tempo, que, embora em contrariedade à lei,¹⁰⁷ devem ser tornadas definitivas, como forma de garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais, harmonizando as relações jurídicas, econômicas e sociais.¹⁰⁸

De acordo com Antônio Luís da Câmara Leal, o fundamento da prescrição estaria no desequilíbrio antijurídico causado pelo não-exercício de um direito:

o não-cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação, restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação¹⁰⁹ inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa consequência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, reestabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.¹¹⁰

Em última análise, o fundamento da prescrição estaria nos princípios constitucionais da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, pois não seria conveniente ao convívio e à paz sociais a perpetuação de situações indefinidas – são exatamente esses valores constitucionais que justificam a restrição ao direito (subjeto) à prestação. O avultamento da importância desses valores torna-se explícito quando o legislador, em recentes alterações de diplomas normativos (art. 40, § 4 da LEF e art. 3º da Lei n. 11.280/17.2.2006, que alterou o parágrafo 5º do art. 519 do CPC) transforma uma das principais características históricas do instituto, que se assentava em seu caráter de exceção (defesa do devedor), atribuindo ao juiz o dever de conhecer de ofício a prescrição, eliminando a pretensão ou extinguindo o próprio crédito tributário, bem como a obrigação que lhe deu origem.

Como se verifica, tanto no Direito inglês, com as suas tradicionais limitations of claims, quanto na doutrina dos países continentais de tradição romano-germânica, a prescrição pode ser vista sob dois ângulos: o desdobramento da garantia constitucional da segurança jurídica ao suposto devedor em determinadas circunstâncias; o instituto essencial à preservação do interesse público, em seu aspecto da necessidade de estabilização das relações jurídicas (garantia da segurança jurídica à sociedade).

Desta maneira, ambos os fundamentos podem ser considerados desdobramentos da garantia constitucional da segurança jurídica. Trata-se de um dos valores

¹⁰⁷ Utiliza-se a expressão “em contrariedade à lei” no sentido de situação contrária à satisfação do interesse do credor juridicamente protegido. Certamente, não se poderia dizer que a prescrição consumada é contrária à lei, pois é estatuída justamente por essa, como defesa do devedor juridicamente aceitável, embora muitas vezes não-justificável no plano moral.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 3, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 165.

¹⁰⁹ Adotou o autor o conceito de prescrição como extinção da chamada ação de Direito Material. Aqui remetemos para a crítica anteriormente formulada a essa concepção, ainda que feita a ressalva, o seu posicionamento nos pareça extremamente correto no que diz respeito aos valores envolvidos como instituto da prescrição.

¹¹⁰ CÂMARA LEAL, 1978, op. cit., p. 100.

mais importantes em nosso ordenamento jurídico – eis a razão de sua inclusão tanto no preâmbulo da Constituição Federal como no caput do art. 5º, que trata das garantias e dos direitos fundamentais.¹¹¹

A garantia da segurança jurídica desponta com enorme importância no ápice dos sistemas normativos de todos aqueles países que adotam o modelo de Estado Democrático de Direito. É pertinente trazermos, aqui, a lição do espanhol César Garcia Novoa, que relaciona o princípio da segurança jurídica às aspirações mais básicas do ser humano:

La seguridad, una de las principales aspiraciones humanas, sólo puede entenderse tomando en consideración la dimensión humana se puede definir como la pretensión de todo sujeto de saber a qué atenerse en sus relaciones con los demás. Cuando a la seguridad adjetivamos de “jurídica”, estamos pensando en la idoneidad del Derecho para lograr esse saber a qué atenerse.¹¹²

Trabalhando o conteúdo do princípio da segurança jurídica, em sua tese de Doutorado, sob a ótica comparativa do sistema tributário nacional com o seu equivalente alemão, Humberto Ávila afirma que tal princípio visa a estabelecer o “*dever de buscar um ideal de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade na atuação do Poder Público*”.¹¹³

Ainda, segundo Eurico Marcos Diniz de Santi, a prescrição, assim como a decadência, “*são mecanismos de estabilização do Direito, que garantem a segurança de sua estrutura. Filtram do Direito a instabilidade decorrente da inefabilidade do Direito Subjetivo...*”¹¹⁴

Certamente, normas como a prescrição ou como a decadência guardam íntima relação com a segurança jurídica, tão essencial ao indivíduo quanto à coletividade.

Modernamente, tende-se a abordar o tema sob o enfoque do interesse público. Em matéria de prescrição, aplica-se, também ao nosso ordenamento jurídico, a máxima latina *interest rei publicae ut sit finis litium*, muito mencionada no Direito inglês, e que expressa o interesse público na rápida resolução dos litígios, de modo que esses não se tornem fonte de incerteza e de injustiça, com enormes custos para a sociedade.¹¹⁵

Se fosse possível traçar uma linha cronológica, veríamos o longo caminho percorrido desde a concepção romana de prescrição como castigo,¹¹⁶ passando

¹¹¹ Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”; “Art. 5º. 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...”.

¹¹² NOVOA, César Garcia. El principio de seguridad jurídica em materia tributaria. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 20.

¹¹³ ÁVILA, 2004, op. cit., p. 295.

¹¹⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 143.

¹¹⁵ “... it is in the public interest that legal disputes are resolved swiftly so as not to create a source of uncertainty, unfairness and increased cost of litigation”. Ver: ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 64.

¹¹⁶ No Direito brasileiro, a presença marcante dessa concepção decorre de sua expressa adoção pelas Ordenações Filipinas, onde se dispunha: “por a negligência, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar” (Livro IV, Título 79).

pela concepção privatística - ainda não de todo abandonada - da prescrição como instituto voltado à defesa do devedor, até a idéia de interesse público na estabilização das relações jurídicas (acentuada pelas recentes alterações na legislação que tornam obrigatório o conhecimento de ofício da prescrição pelo juiz). Todas essas concepções desempenharão um importante papel na definição e na aplicação das normas sobre prescrição.

Nesse sentido, sob o prisma constitucional, a prescrição apresenta-se como a busca do adequado equilíbrio entre o direito do credor de exigir a satisfação de um crédito com o direito do devedor à liberação da obrigação de prestar em decorrência da situação perpetuada no tempo; a proteção àquele que não é devedor, e, pelo passar do tempo, tem a sua defesa comprometida; o interesse de toda a coletividade na estabilidade das relações jurídicas. Os três últimos encontram-se intimamente relacionados à garantia constitucional de segurança jurídica.

Poder-se-ia argumentar, com base em Pontes de Miranda,¹¹⁷ que a prescrição não se destina a proteger aqueles que devem, mas sim àqueles que não devem e não podem provar a quitação de seus débitos. Contudo, entendemos que as conquistas legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais ocorridas nas últimas décadas, mormente com a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana como centro de todos os valores contidos na esfera constitucional (art. 1º, III, CF, além de outras referências no texto constitucional), afastam o abalizado entendimento.

A respeito da posição da garantia da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional, impera trazermos a baila à doutrina de Daniel Sarmento, segundo o qual:

a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com a colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do Direito, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os princípios humanitários que o princípio promove.¹¹⁸

Além disso, conforme observa o referido constitucionalista, a dignidade da pessoa humana encontra-se estatuída em nossa Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), sendo repetida inúmeras vezes no texto constitucional. Essa é a razão pela qual este valor encontra-se em destaque dentre os demais, sobretudo os meramente patrimoniais. Nenhuma ponderação de valores poderá importar desprestígio à dignidade do homem que é, nas palavras de Tereza Negreiros, “razão de ser do sistema jurídico constitucional.”¹¹⁹

¹¹⁷ Pontes de Miranda afirma que “... o fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger aquele que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia”. PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 100. Contudo, embora critique o vício de se pensar na prescrição como algo que favoreça precipuamente o devedor, afirma que o instituto, como regra jurídica positivada, protege “os que não são devedores, os que não são mais, e os que o são”. *Ibid.*, p. 112. Não se trata de negar que a prescrição protege aquele que efetivamente é devedor, mas sim de afirmar que o seu fundamento se encontra na proteção daqueles que não devem.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. f. 74-75

¹¹⁹ NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público e privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Também aquele que efetivamente deve, sabe disso, mas não possui condições de pagar, merece ser amparado pelo instituto da prescrição. A situação de pobreza não pode deixar a pessoa na condição de eterna devedora, o que comprometeria enormemente a sua dignidade, ferindo o núcleo duro da garantia da dignidade da pessoa humana.¹²⁰ Fruto do pensamento de seu tempo, a idéia de que a prescrição não poderia favorecer o devedor deve ser descartada. A prescrição servirá, sim, preenchidos alguns requisitos, para defender o interesse do devedor, mesmo em detrimento do direito daquele que exerceu incessantemente a pretensão, na busca da satisfação de seu crédito.

Deste modo, como o credor possui o direito de exigir e de receber determinada prestação do devedor – podendo, para atingir essa finalidade, utilizar-se da intervenção estatal -, também possui esse último o direito de se defender do credor, que negligencia o exercício de seu direito por longo lapso temporal, criando razoável expectativa para o devedor de que não será importunado. Mesmo o devedor que pode pagar e deixa de fazê-lo, teria a sua segurança jurídica seriamente comprometida em razão de cobrança tardia.

Tanto para o devedor pobre quanto para aquele que pode pagar e deixa de fazê-lo deliberadamente, a inatividade do credor criou uma expectativa de que a obrigação não seria exigida. Passando o devedor a viver com base nessa premissa, surge a necessidade de se tutelar a situação através das normas estabilizadoras da prescrição.

Mais ainda se diga daquele que pagou, mas não pode comprovar o pagamento, pois descartou os recibos em razão da segurança gerada pelo longo transcurso do tempo.

No caso da prescrição dos créditos fiscais, cria-se para os contribuintes a expectativa, a confiança de que não serão mais demandados, induzindo-os ao prosseguimento despreocupado de suas atividades negociais e laborais.¹²¹

¹²⁰ Além disso, a prevalência da dignidade da pessoa humana como balizadora da ponderação de valores já vem há muito sendo utilizada tanto em nossa jurisprudência como na doutrina. O STF, no julgamento do HC 82424 / RS , Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004, assim se manifestou: "HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e na dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. (...) As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica." No mesmo sentido: "ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRÁTICA DE ATOS - REGÊNCIA. A Administração Pública submete-se, nos atos praticados, e pouco importando a natureza destes, ao princípio da legalidade. TAXISTA - AUTONOMIA - DIARISTA - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - TRANSFORMAÇÃO - LEI MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO N. 3.123/2000 - CONSTITUCIONALIDADE. Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem. O credenciamento de profissionais do volante para atuar na praça implica ato do administrador que atende às exigências próprias à permissão e que objetiva, em verdadeiro saneamento social, o endosso de lei viabilizadora da transformação, balizada no tempo, de taxistas auxiliares em permissionários." (RE 359444 / RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/05/2004). Acerca do tema, um passo além deu o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) no julgamento do BVerfGE 80 Band, 367, quando entendeu que "não é permitido ponderar-se a dignidade da pessoa humana com outros bens, deixando-se de aplicar ao caso o critério da proporcionalidade."

¹²¹ Almiro do Couto e Silva, ao discorrer acerca dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança no Direito Público brasileiro, considera-os "... elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações no Direito Positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas". Ver: SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9784/99). Revista de Direito Administrativo, v. 237, p. 275-276, jul./set. 2004.

A cobrança do crédito prescrito abala essa expectativa do contribuinte (devedor ou não), podendo acarretar-lhe sérios prejuízos, sobre tudo quanto ao planejamento de suas atividades e de seus empreendimentos. Compromete-se, desta maneira, a garantia da segurança jurídica, sob o enfoque individual do executado (devedor ou não). Tal efeito poderá ser ainda mais nefasto na vida dos pequenos empreendedores e das pessoas de formação intelectual limitada, das quais não se pode esperar a compreensão do emaranhado de regras jurídicas que norteiam a tributação e a arrecadação tributária no Brasil.

Entretanto, a percepção da prescrição como defesa do executado apequena-se quando comparada ao seu fundamento no interesse público, de toda a coletividade, à estabilidade das relações jurídicas. Trata-se de preservar a segurança jurídica, não apenas ao devedor, mas sim a toda a coletividade que com ele se relaciona ou pode relacionar-se. Mantém-se, desta forma, a estabilidade do emaranhado de teias das relações jurídicas, econômicas e sociais, daqueles que se relacionam com alguém que, em face das situações consolidadas pelo tempo, razoavelmente não se supõe devedor.

Neste ponto, impera questionarmos se o interesse público na estabilização das relações jurídicas não deve ceder quando confrontado com o interesse público decorrente da satisfação do crédito fiscal.

Embora devamos atentar à circunstância de que o crédito cobrado por meio da execução fiscal destina-se a um fim muito caro ao ordenamento constitucional pátrio - o interesse público como bem comum – esse não é absoluto,¹²² não podendo ser entendido como “um gigante que se diverte ao lançar dardos sobre as cabeças dos pobres mortais contribuintes”.

Ademais, nada impede que o conceito de “interesse público” albergue ambas as concepções, aparentemente conflitantes, além do próprio direito do devedor à segurança jurídica.

Conforme salienta o jurista alemão Hartmut Maurer, o conteúdo da expressão *interesse público* deve ser buscado na Constituição bem como na legislação infraconstitucional. Os interesses públicos ora compreendem os individuais, ora são com eles conflitantes. Para o autor, em lição perfeitamente aplicável ao Direito brasileiro, tendo a Constituição estatuído como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, e prevendo expressamente os direitos fundamentais, a Administração, ao perseguir o *interesse público*, deve também observar os direitos individuais.¹²³

¹²² A propósito, Humberto Bergmann Ávila nega a existência da supremacia do interesse público sobre o particular, ao menos como princípio, asseverando que sequer se identifica com o bem comum, o qual considera “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos, não o direcionamento dessa composição em favor do interesse público”. Nesse sentido, o doutrinador admite apenas excepcionalmente a existência de situações em que o interesse público prevaleça sobre o particular, mas tais situações decorreriam do resultado da aplicação de postulados, dentre os quais o da proporcionalidade, constando necessariamente de decisões devidamente fundamentadas pelos aplicadores do Direito, e não da visão do interesse público como um princípio de supremacia. Ademais, salienta que os interesses privados compõem a definição de interesse público, não se devendo falar em uma separação ou em uma contraposição com os mesmos, exigindo-se, para restringi-los, uma ponderação à medida de sua restrição. Ver: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998. Citando Peter Häberle (*Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher, Rechtstheorie* 14, 1983, p. 528), afirma: “Podem existir casos nos quais o interesse público ainda hoje receba a supremacia. Decisivo é apenas que os tribunais fundamentem normativamente essa superior hierarquia e não sucumbam a uma fórmula tradicional ou a postulados em vez de dar fundamentação”.

¹²³ Acerca do conteúdo do conceito de interesse público, assim discorre Hartmut Maurer: “Daraus folgt, dass die Verwaltung am öffentlichen Interesse orientiert sein muss. Die „öffentlichen Interessen“ liegen allerdings nicht ein für allemal fest, sondern sind dem Wandel der Zeit unterworfen und auch in ihrer Zeit oft Kontrovers. Vor allem im pluralistischen Staatswesen unserer Gegenwart ist immer wieder fraglich, was zu den öffentlichen Interessen gehört und welches Gewicht ihnen bei Interessenkonflikten zukommt. Massgeblich sind vor allem die Verfassung und in deren Rahmen die Gesetzgebung. Die öffentlichen Interessen können sich mit Individualinteressen ganz oder teilweise decken, ihnen aber auch entgegenstehen. Da das Grundgesetz die Menschenwürde zum obersten Konstitutionsprinzip erklärt und die Grundrechte nachdrücklich garantiert (Art. 1 ff. GG), sind bei der Verfolgung der öffentlichen Interessen auch die Interessen einzelner zu beachten, ja kann sogar die Wahrnehmung von Individualinteressen zur öffentlichen Aufgabe gehören (etwa Sozialfürsorge)”. Ver: MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2002. p. 5.

Desta maneira, com relação ao crédito fiscal, o interesse público não reside apenas em sua satisfação pelo emprego da execução fiscal a qualquer custo. No caso aqui tratado, o conceito de interesse público não engloba apenas o interesse na satisfação do crédito – embora esse seja mais evidente. Nele se insere, também, a necessidade de, em prol da realização do bem comum ao qual se destina o Estado, garantir aos administrados, como coletividade, a segurança jurídica em seus mais diversos aspectos, bem como de conferir, individualmente, proteção aos administrados contra intervenções estatais extemporâneas em seu patrimônio.

Nesse sentido, ao interpretarmos as normas que versem sobre a prescrição, devemos levar em consideração o seu tríplice fundamento: a proteção do credor; a proteção do executado (devedor ou não) e a proteção de toda a coletividade para a realização do “bem comum”.

Nessa esteira, quanto ao primeiro aspecto (proteção do credor), concluímos que, exercendo o credor o seu direito, a priori não se deve falar em prescrição, que somente correria no caso de inércia. Não que a prescrição seja um castigo pela inércia,¹²⁴ mas sim constitui a sua causa eficiente.

Prostrando-se inativo o credor no exercício ou na defesa de seu direito, desaparecem os motivos para o ordenamento jurídico protegê-lo em detrimento de outros valores ou direitos. Daí porque quase todas as causas tipificadas de interrupção da prescrição correspondem a atos de manifestação de interesse do credor em seu direito, aplicando-se o brocardo latino *agere non valenti non currit praescriptio*.

A inércia prolongada do credor em exigir o seu crédito e a possibilidade de cobrança extemporânea comprometem a harmonia e a segurança jurídica. Logo, a causa da insegurança jurídica – inércia prolongada – será também o elemento apto a disparar o mecanismo de defesa da sociedade contra a desarmonia dela decorrente, daí constituir a inércia por certo lapso temporal estabelecido em lei a causa suficiente para a ocorrência da prescrição ou da decadência. Não se trata de castigo, mas sim de sacrifício do direito do credor, para a preservação de outros direitos ameaçados, em decorrência de sua ação, em desacordo com o esperado pelas normas jurídicas e sociais.

Já a proteção ao direito do executado (devedor ou não), de liberar-se de possível imposição pelo credor de sua obrigação de prestar, como decorrência da situação perpetuada no tempo, explica a concepção da prescrição como defesa, que imperou no Direito brasileiro até muito recentemente. Isto significa que, a prescrição de direitos patrimoniais era, desde há muito tempo, defesa do devedor, devendo ser invocada por esse.

¹²⁴ Embora prevaleça o entendimento de que a prescrição possui como fundamento a necessidade social de estabilização das relações jurídicas, a concepção de Savigny - a nosso ver equivocada - de que a prescrição seria um castigo pela negligência, ainda se faz presente no pensamento jurídico, mesmo que de forma subliminar, contaminando sobremaneira as interpretações das normas que versam sobre o assunto. Apesar de vir do Direito Romano a ligação da prescrição com “castigo”, decorrente da inércia do titular de um direito lesado ou inadimplido em acionar a prestação jurisdicional, mais adequado se apresenta o estudo sob a ótica dos valores constitucionais. A prescrição não serve para castigar, mas sim para harmonizar o Direito com as situações perpetuadas no tempo, satisfazendo, dessa forma, inúmeras garantias constitucionais.

Deste modo, na execução fiscal, as normas que versem sobre a prescrição devem conformar-se com os seguintes fundamentos:

a) direito do ente público, assim como de qualquer credor, à satisfação de seu crédito através de uma execução efetiva;

b) destinação dos valores cobrados ao custeio das atividades estatais, voltadas à realização do bem comum;

c) direito daquele que não é devedor à segurança jurídica decorrente da expectativa criada pela consolidação da situação no tempo, dificultando a comprovação da inexistência do débito;

d) direito do devedor à segurança jurídica decorrente da expectativa criada pela consolidação da situação no tempo ou pela impossibilidade de pagamento decorrente da pobreza. Nesse último caso, preserva-se, também, a garantia da dignidade da pessoa humana;

e) garantia da segurança jurídica a toda a coletividade, decorrente da estabilização de situações consolidadas pelo tempo, em atenção à máxima *interest rei publicae ut sit finis litium*.

3.1 Transformações do Instituto da Prescrição pelas Reformas Legislativas no Brasil – Mudança de Paradigma Valorativo

Quando concebida como instrumento de defesa da segurança jurídica, voltada predominantemente ao individual, e não à coletividade (que se beneficia apenas em segundo plano) – concepção milenar e predominante no Direito brasileiro até pouquíssimo tempo -, a exceção da prescrição repousava nas mãos do devedor. Eis a razão da impossibilidade, que impera na maioria dos ordenamentos jurídicos, de o juiz conhecer de ofício a prescrição.¹²⁵

Contudo, entendemos que a prescrição pode tranqüilamente prescindir do caráter de exceção invocável pelo devedor. Modificando-se o perfil valorativo do instituto, cada vez mais voltado à segurança jurídica da coletividade, nada impede que deixe de ser considerada como exceção ou *defesa* do devedor, para ser aplicada pelo magistrado ex officio, assim como ocorre com a decadência.

No que diz respeito à execução fiscal, a regra da prescrição como defesa do devedor foi excepcionada de forma pioneira pela Lei n. 11.051/2004, que introduziu o § 4º ao art. 40 da LEF,¹²⁶ determinando (e não apenas facultando) a decretação da “prescrição intercorrente” de ofício pelo juiz, desde que ouvida previamente a Fazenda Pública.

É notório que a inclusão do § 4º no art. 40 da LEF veio a atender a necessidades de ordem prática, sobretudo voltadas a desafogar o Judiciário de um enorme número de execuções fiscais que, em geral, tornaram-se há muito inviáveis,

¹²⁵ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 77-78.

¹²⁶ “Art. 40 (...) § 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

com enormes custos financeiros e prejuízo ao andamento dos demais processos.

Evidencia-se, no entanto, a influência da concepção da prescrição como instituto voltado, sobretudo, a atender ao interesse público na estabilidade das relações jurídicas, que extrapola a esfera jurídica do devedor.¹²⁷ Trata-se da aplicação plena do brocardo latino *interest rei publicae ut sit finis litium*, que se avulta em importância como fundamento da prescrição, visto que evoluímos do Estado de Direito para um modelo de Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*).

Sob esse aspecto, se a prescrição deixa de servir precipuamente ao interesse individual do devedor, voltando-se à persecução do bem comum, já não há motivo pelo qual condicioná-la à invocação pelo executado. Servindo ao interesse público, ao bem comum, e apenas indiretamente ao devedor, apresenta-se perfeitamente razoável a criação de norma que possibilite a sua decretação *ex officio*, sem que haja prejuízo à imparcialidade judicial.¹²⁸

Em atenção a essa tendência de reconstrução do instituto da prescrição, de forma a adequá-la na maior medida ao ordenamento jurídico, em especial aos valores constitucionais envolvidos, libertando-a das peias de seu berço milenar, o legislador, seguindo os passos dados na alteração da LEF – em que se possibilitou ao juiz conhecer de ofício a prescrição intercorrente -, editou a da Lei n. 11.280/17.2.2006, que altera a redação do art. 219, § 5º, do CPC. A partir de sua entrada em vigor, qualquer espécie de prescrição deverá ser conhecida de ofício pelo juiz.¹²⁹

Ainda que tenhamos inúmeras críticas, entendemos acertada a reforma do Código de Processo Civil, face à crescente abordagem da prescrição sob o enfoque do interesse público na segurança das relações jurídicas, voltada à coletividade, e não apenas ao presumido devedor. Como mencionamos anteriormente, ao longo da História, transformaram-se os fundamentos da prescrição, passando-se da concepção privatística, como instituto voltado à defesa do devedor, à idéia de interesse público na estabilização das relações jurídicas.

Apresenta-se o renascimento da prescrição no Direito brasileiro, totalmente reinventada, adequando-se às necessidades e aos valores da sociedade de nosso tempo. O instituto, tradicionalmente muito mais associado à defesa do devedor, inverte os seus pólos, voltando-se precipuamente à defesa da sociedade como um

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, 2003, op. cit., p. 276.

¹²⁸ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 73.

¹²⁹ Humberto Theodoro Júnior critica a alteração do art. 219, § 5º do Código de Processo Civil: "se está assegurada a liberdade, pelo sistema de Direito Privado, de recorrer ou não à exceção substancial de prescrição, representa um verdadeiro constrangimento submeter o devedor à subtração autoritária da faculdade de optar pelo não-uso da faculdade que a lei lhe confere. Razões de ordem puramente processual não podem subverter a ordem material, é o Direito Processual que deve atuar como instrumento do Direito Substancial, e não vice-versa...Nessa esfera, não pode o legislador ordinário deixar de reconhecer que no âmbito ético dos direitos fundamentais se inserem as esferas da autodeterminação individual, que valorizam a autonomia privada, a liberdade, as garantias patrimoniais, etc... Pensar que o juiz possa prescindir da provocação da parte para decretar a prescrição de direitos patrimoniais equivale a dar-lhe um poder incompatível com a autonomia privada, num segmento do Direito Privado em que a liberdade de iniciativa é reconhecida em função de princípio ético evidente". THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição – liberdade e dignidade da pessoa humana. Revista Dialética de Direito Processual, n. 40, p. 64-78, 2006. Contudo, entende que "...justifica-se a decretação *ex officio* em Direito Tributário porque a prescrição, diferentemente do que se passa com a obrigação civil, apresenta-se como causa da extinção do próprio crédito tributário (CTN, art. 156, V), e não apenas como simples faculdade de resistência do devedor. A prescrição tributária, portanto, mais se aproxima da decadência do que propriamente da prescrição civil". Id. A exceção de prescrição no Processo Civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, p. 68-85, 2006.

todo. Trata-se de extraordinária mudança de paradigma valorativo, atribuindo-se à prescrição, através de seus efeitos harmonizadores, a tarefa de preservar a garantia constitucional da segurança jurídica na maior medida possível.

Devem-se afastar os temores de que, com a inovação, aflorem, novamente, os problemas a fim de se diferenciar a prescrição da decadência, tema que muito atormentou os juristas brasileiros. É que, além de o novo Código Civil haver agrupado os direitos sujeitos à prescrição, para diferenciá-los daqueles sujeitos à decadência, o principal critério, a fim de se diferenciar os dois institutos – como já anunciavam Agnelo Amorin Filho e Pontes de Miranda -, é a natureza do direito atingido, nada dizendo respeito à possibilidade de conhecimento de ofício. O último critério era empregado para diferenciar os institutos, apenas em razão do tratamento legislativo diverso que recebiam, e, mesmo assim, de forma secundária.

Além disso, conforme salienta Reinhard Zimmermann, mesmo dentre os ordenamentos que optaram pelo efeito de a prescrição extinguir o direito, muitos deles não possibilitam o seu conhecimento de ofício pelo juiz.¹³⁰

4 PRINCIPAIS COMPONENTES DA PRESCRIÇÃO E A FORTE CORRELAÇÃO EXISTENTE ENTRE ELES

Dentre os principais componentes das normas que formam o instituto da prescrição, temos: o prazo prescricional; o termo a partir do qual começa a correr o prazo da prescrição; sua causa eficiente; as causas de interrupção e da suspensão do fluxo temporal; a possibilidade de o prazo interrompido voltar a correr renovado, e em quais circunstâncias isso poderia ocorrer.

Uma das mais marcantes características da prescrição é a próxima inter-relação entre seus componentes.¹³¹ Para que a prescrição atinja às finalidades que justificam a sua existência, deve haver uma cuidadosa harmonização entre esses elementos, sob pena de se desvirtuar o instituto, criando sérias injustiças que comprometem, até mesmo, as garantias constitucionais envolvidas.

Deste modo, por exemplo, se o prazo prescricional é muito longo, as causas de interrupção ou de suspensão não se consideram muito relevantes, devendo o legislador mitigá-las de forma a não trazerem excessiva vantagem ao credor. Já nos casos de períodos mais curtos, as causas de interrupção e de suspensão avultam-se em importância, podendo ser utilizadas para equilibrar o curto prazo com o direito do credor à satisfação de seu crédito.¹³²

Também nos casos em que o prazo inicia em uma data objetivamente predefinida, sem que se considere se o credor sabia ou poderia saber da existência de seu direito, o equilíbrio somente pode ser alcançado com prazo razoável e com normas de suspensão e de interrupção mais generosas.

¹³⁰ ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 73.

¹³¹ Nesse sentido, ver ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 76.

¹³² ZIMMERMANN, 2002, op. cit., p. 76-77.

Como a prescrição não é um fim em si mesmo, mas uma forma de proteger as garantias e os direitos mencionados anteriormente, os diversos elementos de sua estrutura não devem ser observados isoladamente. Impõe-se a harmonização desses elementos, com especial atenção às finalidades a que se destina o instituto. Nunca devemos perder de vista a concepção do regime prescricional como um todo que reflete o delicado equilíbrio entre interesses conflitantes.¹³³

4.1 Da Inércia como Causa Eficiente da Prescrição

Do ponto de vista constitucional, a prescrição do crédito fiscal configura um modo de composição entre o direito de a Fazenda exigir-lhe a satisfação do valor devido e, portanto, de receber, através do processo, a produção de efeitos jurídicos semelhantes ao adimplemento, e a garantia da segurança jurídica nos seus diversos desdobramentos. Trata-se de harmonizar o Direito com situações de fato consolidadas no tempo (pelo lapso previsto em lei), restabelecendo-se, desta maneira, a harmonia no ordenamento jurídico e a paz social.

Ao pronunciar a prescrição, o juiz não apenas preserva as situações consolidadas no tempo, empobrecendo a relação jurídica pela extinção da pretensão ou do próprio crédito tributário, como também produz coisa julgada material, evitando nova discussão judicial acerca da controvérsia (art. 269, IV, CPC).

O equacionamento da questão é realizado pela legislação infraconstitucional, que coloca como causa eficiente da prescrição a inércia do titular de crédito exigível em exercer o seu direito, seja exigindo administrativamente, seja postulando através da execução forçada a produção de efeitos semelhantes ao adimplemento.

Caso o credor permaneça inerte no exercício de seu direito, revelando em sua postura desinteresse, já não existe razão para protegê-lo em detrimento da segurança jurídica do executado (devedor ou não) e da sociedade. Como a inércia do credor no exercício da pretensão resulta em instabilidade jurídica, decorre dela a possibilidade de defesa do devedor, através da alegação de prescrição, ou de sua decretação de ofício pelo juiz em decorrência das alterações legislativas ocorridas no Brasil (introdução do § 4º no art. 40 da LEF pela Lei n. 11.051/2004 e a recente publicação da Lei n. 11.280/17.2.2006, que altera a redação do art. 219, § 5º, do CPC). Eis o motivo de se dizer que a inércia do credor é a causa eficiente da prescrição.

Como mencionamos anteriormente, não se trata de castigo, mas sim de sacrifício dos direitos do credor, para a preservação de outros direitos ameaçados, em decorrência de sua ação, em desacordo com o esperado pelo ordenamento jurídico.

A priori, só se deve cogitar em inércia do credor quando a pretensão exista e possa ser exercida. Daí porque, enquanto não for constituído definitivamente o crédito tributário, sem pretensão a exercer-se, sequer se iniciou o prazo prescricional.¹³⁴

¹³³ ZIMMERMANN, loc. cit.

¹³⁴ Nesse sentido, como vimos anteriormente, é a doutrina CARVALHO, 1995, op. cit., p. 316. Embora não se trate especificamente do crédito tributário, esse é o entendimento esposado, também por Ovídio Baptista da Silva, segundo o qual "a partir do momento em que posso exigir o cumprimento do dever que incumbe ao sujeito passivo da relação jurídica, diz-se que o direito não é efetivamente exigido do obrigado, no sentido de compeli-lo ao pagamento, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento". Ver: SILVA, Ovídio Baptista da. Direito Subjetivo, pretensão de Direito Material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 37, p. 105-106, 1983.

4.2 Da Interrupção da Prescrição pela Execução Fiscal

Embora a prescrição atinja a pretensão ou o próprio crédito tributário – figuras existentes no plano do Direito Material –, encontra-se intimamente relacionada ao plano processual, uma vez que o exercício do direito de ação, deduzindo-se em juízo a pretensão, é a principal causa de interrupção do fluxo de seu prazo, ainda que não a única.¹³⁵

Como se nota, além das enormes confusões geradas em torno do objeto da prescrição – que muitas vezes chega a ser apontado como a própria ação (em seu sentido processual ou “material”),¹³⁶ a prescrição contém em sua estrutura elementos de Direito Processual,¹³⁷ como, por exemplo, a interrupção de seu fluxo através de atos praticados dentro do processo.

Trata-se de mais um ponto de contato entre as esferas autônomas (mas não totalmente desvinculadas) do Direito Material e do Processo. Resistindo o devedor em atender à pretensão do credor, resta a esse buscar a satisfação de seu direito através da execução forçada.

A atividade jurisdicional pressupõe a existência e a atuação em concreto das normas materiais, não apenas no âmbito do processo de cognição como também nas outras espécies de processos existentes em nosso ordenamento positivo, dentre os quais se enquadra a execução fiscal. Neste sentido, o plano do Direito Substantial representaria um *prius* lógico em relação ao Direito Processual.¹³⁸

De fato, a existência do Direito Material é apenas pressuposto lógico do Processo, pois a pretensão é deduzida em juízo *in statu assertionis*.¹³⁹

Ainda que o objeto da prescrição seja a extinção da pretensão, acompanhada ou não da extinção do próprio crédito - e a sua causa eficiente seja a inércia do titular da pretensão em exercê-la -, a pretensão pode ser exercida através do ajuizamento de uma demanda (que com ela não se confunde, nem pressupõe a sua real existência). Ao colocar em movimento o aparato judicial através da dedução do direito de crédito em juízo, o suposto credor - agora exequente - exerce a sua pretensão, exigindo a satisfação do direito através da execução forçada. Disso decorre a enorme confusão criada na sistemática da prescrição.

¹³⁵ Como vimos, além da interrupção da prescrição na execução fiscal pelo despacho do juiz que ordenar a citação, o CTN previu no parágrafo único do art. 174, outras hipóteses, tais como: pela citação pessoal feita ao devedor (excluindo-se os processos de execução fiscal onde basta o despacho do juiz para interromper a prescrição); pelo protesto judicial; por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Assim discorre Luiz Felipe Silveira Difini acerca da interrupção da prescrição do crédito tributário na via administrativa. (DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 282): “A prescrição ainda se interrompe (...) por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. Quanto a esta última hipótese, o mais comum é o pedido de parcelamento, para o qual é exigida a confissão sem ressalvas da dívida, objeto do parcelamento. Tal confissão extrajudicial (no pedido de parcelamento) interrompe a prescrição, na forma do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN. ‘O prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia em que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado’ (Súmula 248 do antigo TRF). Assim, a prescrição, interrompida pela confissão, recomeça a fluir (do zero) no dia em que inadimplida qualquer prestação do parcelamento”.

¹³⁶ Como, por exemplo, ainda se equivocou o Código Civil, que em seu art. 1.601 dispôs: “Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

¹³⁷ Como aponta Kurt Lipstein, em todos os sistemas europeus, a prescrição contém tanto elementos de Direito Material quanto de Direito Processual. Ver: LIPSTEIN, Kurt. *International Encyclopaedia of Comparative Law*, n. 29, v. 2, cap. 5, 2000.

¹³⁸ FAZZALARI, Elio. *I processi nell'ordinamento italiano*. Padova: Cedam, 1973. p. 138.

¹³⁹ Nesse sentido, analisando amplamente as relações entre os planos processual e material, ver: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131.

Ajuizar a execução fiscal, buscando a satisfação de um crédito, é uma das formas (talvez a principal) de se exercer a pretensão. É desta forma que a ação (ação = agir em juízo) afasta a causa eficiente da prescrição (a inércia do titular da pretensão).

Entretanto, permanece o questionamento acerca do momento em que se considera interrompida a prescrição pelo exercício da pretensão decorrente do ajuizamento da demanda.

O fluxo do prazo de prescrição constitui medida de proteção da sociedade e do devedor contra a prolongada inércia do credor em exercer a sua pretensão. Trata-se de conseqüência decorrente da desarmonia causada pelo não-exercício da pretensão em tempo hábil. Integra, porém, a própria natureza do instituto a concepção segundo a qual, ajuizada a execução, interrompe-se o fluxo do prazo prescricional.

É oportuna a lição de Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual:

... proposta em juízo uma demanda com o objetivo de obter reconhecimento ou a realização do direito cessa de fluir o prazo estabelecido para a prescrição ou para a decadência: o ônus está cumprido e o direito está salvo, continuando a viver. O titular só se considera “dormiens” quando no prazo estabelecido não vem a juízo defender o direito (*dormientibus non succurrit jus*), quer ele o faça mediante o processo de conhecimento, executivo ou monitorio.¹⁴⁰

Deste modo, mesmo que não existissem normas disciplinando o assunto, o efeito da interrupção do prazo de prescrição existiria em decorrência do exercício do direito de ação, no qual se postula, através do processo, a produção de efeitos jurídicos semelhantes ao adimplemento do crédito insatisfeito. A importância das normas infraconstitucionais, que disciplinam os casos de interrupção da prescrição, estaria em estabelecer, de forma equilibrada, o momento em que cessou a inércia do credor em exigir a satisfação de seu direito, afastando-se a prescrição.

Dentro desse contexto, é necessária a correta compreensão do dispositivo do art. 202, *caput*, do Código Civil, que admite uma única interrupção da prescrição.¹⁴¹ A regra está a se referir à interrupção da prescrição fora do âmbito do processo, essa sim podendo ser interrompida uma única vez. Na esfera processual, o dispositivo aplicável é o da segunda parte de seu parágrafo único,¹⁴² ou seja, a cada ato do processo, a prescrição interrompe-se novamente.¹⁴³

Nesse aspecto, a Lei de Execuções Fiscais inovou ao dispor que a prescrição seria interrompida pelo despacho do juiz que ordenasse a citação (art. 8º, § 2º, LEF).¹⁴⁴

Nos processos regidos pelo CPC, a prescrição é interrompida com a citação

¹⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 92.

¹⁴¹ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:...”.

¹⁴² “Art. 202 Parágrafo único: A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”.

¹⁴³ ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente: uma análise interdisciplinar. In: CIANCI, Mirna. (coord.). *Prescrição no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 26-45.

¹⁴⁴ “Art. 8º ...§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição”.

válida (CPC, art. 219); no de execução, com a propositura da ação, desde que recebida a inicial pelo juiz, e observado o disposto no art. 219 (CPC, art. 617). Contudo, em razão do art. 202, I, do novo Código Civil, a interrupção realizada pela citação válida (art. 219, CPC) retroagirá ao momento do despacho que a ordenou.^{145 146}

Também o CTN possuía norma específica – colidente com o disposto na LEF -, prevendo que a prescrição dos créditos tributários somente se interrompia com a citação do devedor (CTN, art. 174, I). O dispositivo, no entanto, foi alterado pela Lei Complementar n. 118, em que se repetiu o disposto na LEF.

Transparece a clara intenção de o legislador (embora a vontade do legislador não sirva como cânone de interpretação) atribuir privilégio à Fazenda, evitando-lhe prejuízo pela demora na citação do devedor.

Aflora a pergunta sobre o que ocorreria se a prescrição completasse o seu prazo entre a distribuição da inicial e o despacho do juiz que ordena a citação.

Enfrentando o mesmo problema, ao comentar o art. 617 do CPC, assim se posiciona Teori Albino Zavascki:

A resposta à questão supõe o exame da situação concreta. Se a demora no deferimento da inicial se deu por atraso debitável à burocracia judiciária, não há como dar-se por ocorrida a prescrição. Não teria sentido carregar ao credor, por exemplo, o ônus da falta de juiz na comarca, ou pelo atraso dele em proferir seus despachos. Porém, consuma-se a prescrição quando o não-deferimento da execução decorre de fato imputável ao exequente. Assim, se a petição inicial estiver incompleta ou desacompanhada de documento essencial, a determinar a necessidade de intimação do exequente para que supra a omissão, a prescrição não se interrompe.¹⁴⁷

Trata-se de solução harmoniosa, que equilibra os valores envolvidos com a prescrição, devendo ser aplicada também às execuções fiscais. A idéia, aliás, de que a demora decorrente da burocracia judicial não pode prejudicar as partes já vem há muito sendo aceita pela remansosa jurisprudência do STJ.¹⁴⁸ A posição dessa Corte sobre o tema apresenta-se tão sólida, que se chegou a editar a Súmula n. 106, com o seguinte teor: *“Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”*.

Outra questão, muito mais polêmica, girava em torno da colidência entre o art. 8º, § 2º, LEF, e outros dispositivos legais, principalmente com a antiga redação do art. 174, I do CTN (até a entrada em vigor da LC 118/2005).

¹⁴⁵ Contudo, o art. 202 do CC deixa claro que o benefício da retroação somente ocorrerá caso o interessado promova a citação no prazo e na forma prevista pelo CPC. Caso contrário, a data será simplesmente a da citação. Ver: THEODORO JÚNIOR, 2003, op. cit., p. 257-258.

¹⁴⁶ A novidade trazida pelo inciso I do art. 202 do novo Código Civil é duramente criticada por Antônio Carlos Marcato, pois a retroação à data do despacho do juiz, e não ao do ajuizamento da demanda, poderia trazer sérios prejuízos ao autor em decorrência da morosidade judicial. Afirma que “aceitar a idéia de que no despacho judicial se esgota a aptidão interruptiva do prazo prescricional, estar-se-á ignorando nossa realidade forense, com sérios riscos aos interesses do autor diligente”. Ver: MARCATO, Antônio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do novo Código Civil. In: CIANCI, Miria (org.). *Prescrição no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

¹⁴⁷ ZAVASCKI, 2003, op. cit., p. 389.

¹⁴⁸ Por todos, no STJ, o REsp.n. 2.278, 4ª Turma, rel Min. Barros Monteiro, DJ de 28.5.1990.

A solução, novamente, deverá levar em consideração a natureza do crédito executado.

Quanto às execuções fundadas em créditos não-tributários, a contrariedade ao disposto no art. 617 CPC não oferece maiores problemas. Além de o Código de Processo Civil ser anterior à LEF, as suas normas são aplicadas apenas de forma subsidiária, conforme o disposto no art. 1º da Lei n. 6830/80. Ademais, mesmo que não houvesse disposição expressa, atribuindo a aplicação subsidiária ao CPC, ainda assim prevaleceria a lei mais específica.^{149 150} O mesmo se diga em relação ao disposto no inciso I, art. 202, do novo Código Civil, que também não se aplica às execuções fiscais em razão da existência de lei específica, embora lhe seja posterior.

Com relação às execuções fundadas em créditos tributários, a questão já gerava enormes polêmicas até a entrada em vigor da LC n. 118/2005. A reforma legislativa, contudo, ao harmonizar o disposto no CTN com o disposto na LEF, acarreta questionamentos de Direito Intertemporal.

Trataremos, primeiramente, daqueles casos nos quais a prescrição se consumou antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005. Após, abordaremos os problemas gerados pela reforma legislativa em dois casos: nas execuções ajuizadas após a entrada em vigor da LC 118/2005; nas execuções ajuizadas antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005, cujos prazos prescricionais não se consumaram até aquela data.

4.3 Interrupção da Prescrição pelo Ajuizamento da Execução Fiscal antes da Entrada em Vigor da LC n. 118/2005

Pela regra contida no §1º do art. 2º da LICC, segundo a qual *a lei posterior revoga a anterior*, pareceria prevalecer a Lei n. 6830, de 1980, sobre o disposto no CTN, que é de 1966. Todavia, o nó górdio da questão repousava no disposto no art. 146, III, “b”, da Constituição Federal, o qual exige lei complementar para estabelecer as normas gerais de Direito Tributário, incluindo, entre elas, de forma expressa, as que versarem sobre a prescrição.

Como se sabe, ao contrário da LEF que é lei ordinária, o CTN foi recepcionado como lei complementar.¹⁵¹

¹⁴⁹ Dissertando sobre o tema, antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, Zuudi Sakakihara observa: “... o referido §2º do art. 8º da Lei n. 6830/80 não é nulo, nem inconstitucional. Por aplicação analógica do §4º do art. 24 da Constituição, conclui-se que esse § 2º do art. 8º da Lei de Execuções Fiscais apenas tem sua eficácia suspensa em relação aos créditos tributários, em razão da existência de norma geral do CTN. No entanto, esse dispositivo é plenamente eficaz no que diz respeito com a interrupção da prescrição dos créditos não-tributários, pois as normas do CTN aplicam-se exclusivamente aos tributos”. Ver: SAKAKIHARA, 1998, op. cit., p. 212.

¹⁵⁰ Contudo, existem entendimentos, embora praticamente isolados, no sentido de que, mesmo quanto aos créditos de natureza não-tributária, a interrupção da prescrição só ocorreria com a citação do devedor. Segundo James Marins “... em se criando uma forma de interrupção da prescrição que se funda em mero despacho do juiz, está a se romper com a imparcialidade do juiz, sendo medida de interesse da parte, decretada, inexplicavelmente, de ofício”. Ver: MARINS, James. *Direito Processual Tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 629. Afirma, ainda, que imparcialidade do juiz é suprimida em nome de “interesses fiscalistas”, o que acarretaria uma flagrante ofensa à Constituição. Entretanto, a afirmação do tributarista não merece prosperar. A quebra da imparcialidade judicial, através da prática de atos arbitrários do juiz que beneficiam uma das partes não se confunde com o cumprimento de determinações legais que estabelecem benefícios aos entes públicos. Nesse caso, se existe uma vantagem atribuída pela lei à Fazenda, representa opção do legislador que entendeu por bem tratar-lhe de forma diferenciada em virtude dos fins públicos que a Constituição lhe impõe realizar. Não nos encontramos diante de parcialidade judicial, muito pelo contrário, tal ato constitui atividade quase mecânica, no estrito cumprimento de previsão existente no Direito Positivo. Ademais o tratamento privilegiado decorre da destinação dos valores arrecadados à persecução do bem comum.

¹⁵¹ É lei materialmente complementar, mas não formalmente.

Alguns doutrinadores e julgados¹⁵² precipitavam-se em tentar resolver a questão, afirmando que o CTN, recepcionado como lei complementar, teria hierarquia superior à Lei n. 6030/80, lei ordinária, devendo prevalecer sobre a segunda. Contudo, ao nosso ver, nunca passou por aí a solução mais adequada ao conflito legislativo, pois não existe hierarquia entre lei ordinária e complementar, como já tratamos anteriormente.

Superada a questão acerca da hierarquia, resta a seguinte indagação: invadiu a LEF, ao prever os casos de suspensão e de interrupção e de suspensão do prazo prescricional (art. 2º, § 3º, art. 8º, §2º e art. 40), o âmbito reservado pela Constituição Federal à lei complementar? Ou melhor, os dispositivos que disciplinam os casos de suspensão e interrupção do prazo prescricional enquadravam-se no conceito de norma geral de Direito Tributário?

Para maior parte dos tributaristas,¹⁵³ o disposto na LEF (art. 2º, § 3º, art. 8º, §2º e art. 40) estaria enquadrado dentro do conceito de norma geral de Direito Tributário. Como argumento, quase todos que esposam essa tese mencionam o disposto no art. 146, III, da CF, que estabelece a abrangência do conceito norma geral de Direito Tributário, incluindo na alínea “b” a prescrição e a decadência.¹⁵⁴

Contra essa corrente, posiciona-se Humberto Theodoro Júnior, colocando a questão sob outra perspectiva, ao entender que os dispositivos, não se tratando de prescrição, mas sim de interrupção e de suspensão do prazo prescricional, não invadiriam o âmbito reservado à lei complementar:

Se é certo que a prescrição, em si mesma, é mais uma figura de Direito Material do que Processual, a forma de interrompê-la, na pendência do processo, é questão que se comporta perfeitamente entre as normas ou regras do Direito Processual Civil, cujo tratamento legislativo incumbe ao legislador federal ordinário; não se trata, portanto, de assunto privativo de lei complementar sobre normas gerais de Direito Tributário.¹⁵⁵

O entendimento de que a interrupção da prescrição é matéria de Processo Civil é reforçado pela disciplina minuciosa atribuída pelo CPC à interrupção da prescrição (especialmente nos arts. 219 e 616).¹⁵⁶

¹⁵² Por todos, ver o REsp. n. 90.152-SP STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1997: “... as disposições do Código Tributário Nacional devem prevalecer sobre os ditames da Lei n. 6830/80 (Lei de Execução Fiscal) por ser aquela lei complementar de maior hierarquia. (grifo nosso)”.

¹⁵³ Nessa esteira, discorre Misabel Abreu Machado Derzi, atualizadora da obra de Aliomar Baleeiro, anotando sobre a prescrição o seguinte: “... a matéria tornou-se indelegável às leis ordinárias das pessoas competentes, inclusive o prazo nela fixado (arts. 173 e 174) e o rol das causas suspensivas e interruptivas da prescrição. É que, como vimos, é da essência destes institutos a perda do direito, pela inércia de seu titular durante o decurso de certo prazo, legalmente fixado. Portanto, o prazo e suas causas suspensivas e interruptivas são matérias de lei complementar”. Ver: BALEEIRO, 2003, op. cit., p. 910. No mesmo sentido, ver: ASSIS, 2003, op. cit., p. 361; MARINS, 2003, op. cit., p. 628-629; ALVARES, Manoel. Lei de Execução Fiscal comentada e anotada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 102; SAKAKIHARA, 1998, op. cit.; BOTTALLO, Eduardo. Algumas reflexões sobre o processo de execução fiscal, à luz da Constituição de 1988. In: ALVIM, Teresa Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James (coords.). Processo Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 117; CAETANO, Adilson José. Análise crítica da Lei n. 6830/80. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coords.). *Processo Tributário, Administrativo e Judicial Curitiba*: Juruá, 2000, p. 79 e outros autores.

¹⁵⁴ Para alguns, todavia, embora se trate de norma geral de Direito Tributário, o dispositivo do art. 8º, § 2º, da LEF, teria revogado o art. 174 do CTN e sido recepcionado com status de lei complementar pela atual Constituição, por entenderem que, na CF de 1967/1969, vigente à época da promulgação da LEF, em seu art. 19, § 1º, não exigia lei complementar para regular questões concernentes à prescrição, mas apenas para normas gerais, versando sobre limitações constitucionais ao poder de tributar e à prevenção de conflitos de competência legislativa tributária entre pessoas políticas. Nesse sentido, ver: PEIXOTO, Daniel Monteiro. Prescrição intercorrente e execução fiscal: vertentes do STJ e as inovações da Lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 125, p. 18.

¹⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, 2000, op. cit., p. 59.

¹⁵⁶ O legislador chegou a empregar a expressão “prescrição” mais de 13 (treze) vezes no CPC.

Contudo, embora a conclusão de Humberto Theodoro Júnior pela dispensa da reserva de lei qualificada não nos pareça correta, concordamos com a premissa na qual a forma de interrupção da prescrição na execução fiscal possui caráter de norma eminentemente processual.

Como já nos posicionamos, a interrupção (e, portanto, as formas como essa ocorre) constitui um dos principais elementos da estrutura do regime prescricional. Assim, como a CF exige lei complementar para tratar de normas gerais de Direito Tributário, explicitando que nesse conceito se enquadra a prescrição, evidencia-se a necessidade de lei complementar para também disciplinar as formas de interrupção do prazo. Tal necessidade, porém, não deve ser entendida de forma a modificar a natureza eminentemente processual desse aspecto da prescrição. Isto quer dizer que, a forma de interrupção é norma processual, mas enquadra-se entre os principais elementos da estrutura do instituto da prescrição - daí a necessidade de lei complementar -, em razão de interpretação teleológica do disposto no art. 146, III, "b", da CF.

Inclui-se a prescrição do crédito tributário entre as matérias que devem ser tratadas por lei complementar, para garantir uma maior segurança jurídica no Direito Tributário. Assim, todos os elementos que façam parte de sua estrutura devem obedecer à reserva de lei qualificada - dentre eles, encontram-se os casos de interrupção e de suspensão. Ainda que muitas vezes tais normas possuam caráter processual, essas constituem importante elemento do regime da prescrição, devendo, quanto aos créditos tributários, receber tratamento através de lei complementar.¹⁵⁷

Ademais, já há entendimento pretoriano pacificado, segundo o qual a interrupção do prazo prescricional é norma geral de Direito Tributário, portanto, reservada pela Constituição Federal à lei complementar.

Embora a premissa nos pareça falsa, chegamos ao mesmo resultado, a saber da exigência de lei complementar, pelas razões já expostas.

Deste modo, nos casos de interrupção da prescrição de créditos tributários, em que não incida a alteração introduzida pela LC n. 118/2005, prevalece a redação anterior do Código Tributário Nacional. Considera-se interrompido o prazo da prescrição na data da citação pessoal do devedor, e não do despacho do juiz que ordená-la, como pretendia de forma solitária o art. 8º, § 2º, da Lei n. 6830/80.

Quanto à interpretação dada pelo STJ ao dispositivo, a matéria restou por longa data controversa, havendo, até recentemente, enorme divergência entre as turmas que tratam de Direito Público. A Primeira Turma negava a aplicação do § 2º do art. 8º da LEF sob o fundamento de que esse era contrário ao CTN, devendo o segundo prevalecer por tratar-se de lei complementar, portanto, de

¹⁵⁷ Impera ressaltar-se, também o conteúdo do voto divergente proferido pelo Min. Ari Pargendler no julgamento do REsp. 38.297-1/SP, que, ao confrontar a antiga redação do art. 174 do CTN com o art. 40 da LEF, posicionou-se no sentido de que, se houvesse antinomia entre os dispositivos, prevaleceria o disposto à LEF, porque "à época da publicação desta, a prescrição da ação de cobrança do crédito tributário não constituía matéria própria de normas gerais de Direito Tributário, natureza que só passou a ter com a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo art. 146, III, letra b, então, incluiu a prescrição entre as matérias reservadas à lei complementar".

“maior hierarquia”.¹⁵⁸ Já a Segunda Turma do mesmo tribunal chegou a entender que “na execução fiscal, a ordem de citação interrompe a prescrição por força do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830, de 1980, não estando o credor para esse efeito, sujeito ao prazo do art. 219, § 4º, do Código de Processo Civil.”¹⁵⁹ Esse entendimento possuía como fundamento o fato de a LEF ser lei especial em relação ao CPC, e nessa condição devendo ser interpretada, bem como da inexistência de normas jurídicas inúteis, ao referir a norma especial algo diverso do que dispõe a geral, não havendo porque interpretar aquela em consonância com esta.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, antes da edição da LC n. 118/05, havia superado a divergência existente entre as duas Turmas integrantes da 1ª Seção, pacificando-as no sentido de que o prazo prescricional dos créditos tributários interrompe-se apenas com a citação, e não com o mero despacho do juiz que a ordenar, devendo obedecer ao disposto anteriormente no art. 174 do CTN.¹⁶⁰

A mencionada construção jurisprudencial baseou-se, exclusivamente, na invasão do art. 8º, §2º da LEF, no terreno reservado pela Constituição Federal à lei complementar (art. 146, III, b, CF).

A questão restou superada em parte pela edição da Lei Complementar n. 118/2005, que alterou a redação do art. 174 do CTN, permitindo que o mero despacho do juiz que ordena a citação interrompa o prazo prescricional, repetindo os termos do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6830/80.

Deste modo, nas execuções fiscais ajuizadas antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005, tendo transcorrido mais de 5 anos da constituição definitiva do crédito tributário sem que tenha havido a citação do demandado, aplica-se a redação antiga do art. 174 (em face da exigência do art. 146, III, b, CF), pois, certamente, não se poderia esperar a retroação da lei. Advirta-se que a solução apontada exige não apenas o ajuizamento da execução fiscal em data anterior à entrada em vigor da LC n. 118/2005 mas também que o prazo de 5 anos tenha-se completado (pela ausência de citação - causa interruptiva) até a vigência da nova redação do disposto no art. 174 do CTN.

Em outra situação se encontram os prazos prescricionais nas execuções fiscais que, mesmo ajuizadas antes da entrada em vigor da LC n. 118/2005, não tenham completado o seu curso até a vigência da nova redação do art. 174 do CTN.

¹⁵⁸ Nesse sentido: AgRg n. 537.476, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 4.12.2003; REsp. 602.372, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 6.4.2004; REsp.n. 432.586, 2ª Turma, rel. Min. Eliana Calmon, j. 13.5.2003; REsp. n. 502.740, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Neto, j. 16.12.2003, assim ementado: “PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - INOCORRÊNCIA - PRECEDENTES. Esta Corte Superior cristalizou o entendimento de que, em execução fiscal, o despacho que ordenar a citação não interrompe a prescrição, visto que somente a citação pessoal tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º da Lei n. 6.830/80. Recurso especial não-provido”.

¹⁵⁹ STJ, 2ª T., REsp. 85.144-RJ, Rel. Min. Ari Pargendler

¹⁶⁰ Nesse sentido, dentre outros, os seguintes julgados: 1ª Turma: AI 493.165-PR, Rel. Min. José Delgado, j. 7.8.2003; REsp.n. 600.349-RJ, Rel. Min. Luiz Fux; Resp.n. 346.230/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 18.3.2002; REsp.n. 401.525/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 2002; REsp.n. 242.025/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 2002; 2ª Turma: REsp. n. 502.740-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 16.12.2003; REsp.n. 263.661-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11.11.2002.

4.4 Interrupção da Prescrição dos Créditos Tributários nas Execuções Fiscais Ajuizadas antes da Entrada em Vigor da LC n. 118/2005, mas Cujos Créditos não Prescreveram até a sua Entrada em Vigor

Um grande problema surge nas execuções fiscais, baseadas em créditos tributários, ajuizadas antes da entrada em vigor das LC n. 118/2005 (19.06.2005), em que não houve citação do devedor, nem tampouco, se consumou o prazo de prescrição na égide do antigo regime (ou seja, até a entrada em vigor da LC n. 118/2005), por se tratar a prescrição de norma de Direito Material.

Como a alteração legislativa é recente, existe a seu respeito escassa jurisprudência, bem como pouca ou nenhuma doutrina.

Entretanto, muitas decisões judiciais são no sentido de que a nova regra interruptiva somente se aplica às execuções fiscais ajuizadas após a sua entrada em vigor (19 de junho de 2005), por tratar-se a prescrição de “instituto de direito material”.

Nesse sentido vem decidindo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que é exemplo o AI n. 70012844726, 2ª Câmara Cível, cujo relator, Des. Roque Joaquim Volkweiss, assim discorreu, ao utilizar-se da forma de decisão monocrática prevista pelo art. 557 do CPC:

Ainda que a LC n. 118, de 09.02.2005, tenha alterado o inciso I, do parágrafo único do art. 174 do CTN, no sentido de que a ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, a partir da data da sua constituição definitiva, interrompendo-se, entretanto, “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”, há que se observar a data de entrada em vigor (19.06.05) da nova regra, conforme estabelece o art. 4º desta lei.

Assim, tratando-se a prescrição de Direito Material, para as ações ajuizadas em data anterior, prepondera a regra original, inscrita no dispositivo revogado, pelo qual a prescrição se interrompe “pela citação pessoal feita ao devedor” e, para as ações ajuizadas a partir de 19.06.05, incide a nova regra.

“Ad argumentandum tantum”, a nova regência foi concebida a partir do disposto no parágrafo segundo do art. 8º da Lei n. 6.830/80 (LEF) que, contudo, antes da nova regra (LC n. 118/05), se afigurava ineficaz diante do estabelecido no Código Tributário Nacional, hierarquicamente superior, pois, instituído por lei complementar (Ato Complementar n. 36/67).

Tais decisões fundam-se no argumento de que, como a prescrição se situa no plano do Direito Material, a norma que versa sobre as suas formas de interrupção também possui caráter material, não se aplicando a fatos pretéritos, no caso aqui específico, às execuções fiscais ajuizadas antes de 19 de junho de 2005.

De fato, não se poderia pretender que a norma retroagisse de forma a interromper a prescrição nos despachos anteriores à LC n.º 118/2005. No entanto, diversa é a situação em que, embora a execução tenha sido ajuizada anteriormente à entrada em vigor da LC n. 118/2005 sem que houvesse citação do réu, nem, tampouco, completando o prazo prescricional de 5 anos.

Embora os efeitos do acolhimento da prescrição situem-se no plano material, alguns elementos de sua estrutura, como a forma de interrupção do prazo, possuem natureza processual. A forma de interromper a prescrição dentro do processo, seja pela citação do devedor ou despacho que a ordenar, vincula-se sobremaneira à realidade da marcha processual. Como a interrupção (pela citação ou pelo despacho do juiz) se realiza por meio de ato processual,¹⁶¹ concebemos a prescrição como um instituto de natureza mista, embora os seus resultados se situem indubitavelmente no plano do Direito Material.

Entretanto, mesmo que não se aceite o caráter processual da forma de interrupção da prescrição, ainda assim, não se poderia falar em retroação da norma.

Nesse sentido, não sendo consumado o prazo prescricional até a entrada em vigor da LC n. 118/2005, a prescrição ainda não ingressou no mundo jurídico. Nenhum direito ou exceção possui o devedor, ao menos até a consumação do prazo de 5 anos (para os créditos tributários).¹⁶²

Ademais, Humberto Theodoro Júnior, dissertando acerca dos problemas de direito intertemporal surgidos com o novo Código Civil em relação à prescrição, com suporte na doutrina de Paul Roubier (*in Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*). 2ª ed., Paris: Dalloz et Sirey, 1960, p. 300), afirma que *as causas de interrupção ou suspensão regulam-se pelas leis do momento em que se verificam; se são criadas pela lei nova, não retroagem e só interferem no processo em curso a partir da vigência da nova regra*.¹⁶³

Se a prescrição ainda não existe, já que seu prazo não se consumou, nem tampouco ocorreu interrupção (quando essa possuía como causa a citação do devedor), entendemos que a LC n. 118/2005 deva aplicar-se de forma imediata a todos os processos em andamento.

Não se trata de retroagir a norma, considerando-se interrompida a prescrição quando o juiz despachou a inicial, determinando a citação (momento anterior à sua entrada em vigor), mas sim de atribuir àquele ato, praticado no passado, o efeito interruptivo a partir de 19 de julho de 2005.

O ato de despachar a inicial, determinando a citação, não deve ser confundido com os seus efeitos (interromper ou não a prescrição). Com a entrada em vigor da LC n. 118/2005, passou-se a atribuir ao despacho que ordena a citação um efeito interruptivo. Cabe ressaltar que o ato ganhou novo significado com a entrada em vigor da reforma legislativa. A partir deste momento (19 de julho de 2005), possui o efeito de interromper a prescrição.

Não estamos diante de retroação, visto que não se atribuiu efeito interruptivo em momento anterior à entrada em vigor da nova Lei. Como já mencionamos, nas execuções fiscais, onde transcorram 5 anos da constituição definitiva do crédito tributário sem que tenha havido a citação do devedor até 19 de junho de 2005, consumou-se o prazo da prescrição.

¹⁶¹ THEODORO JÚNIOR, 2003, op. cit., p. 257.

¹⁶² Além disso, mesmo em relação ao prazo, elemento central do instituto, tem-se admitido a aplicação da lei nova, caso ainda não consumado. Isso decorre da inclusão da prescrição entre aqueles direitos denominados de aquisição sucessiva. Nesse sentido, ver: DUARTE, Nestor. Direito Intertemporal e prescrição no novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 344-360.

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, 2003, op. cit., p. 303.

Cabe ressaltar, aqui o que já ensinava Milton Flaks, em sua obra que se tornou clássica, ao abordar as questões de Direito Intertemporal relacionadas à Lei de Execuções Fiscais:

Citação – conquanto requerida ou ordenada na vigência da lei anterior, pode efetivar-se mediante quaisquer das modalidades previstas no art. 8º da LEF.

Se a petição inicial foi despachada sob o regime do CPC, o efeito interruptivo da prescrição só se produz a partir da vigência da lei nova (LEF, art. 8º, § 2º). Seria pouco prático exigir do juiz um novo despacho ordenando a citação. Por outro lado, considerar a prescrição interrompida na data do despacho, se anterior à LEF, importaria atribuir à lei efeitos retroativos.¹⁶⁴

Pensamos encontrar-se exatamente aí a solução para o problema. O efeito interruptivo produzido pelo despacho do juiz que ordena a citação somente ocorrerá em relação aos créditos de natureza tributária, a partir da entrada em vigor da LC n. 118/05. Assim como não se pode retroagir a lei, para que gere efeitos no passado, também não haveria sentido algum em exigir-se que o exequente peticionasse, requerendo que o juiz ordenasse, novamente, a citação do devedor, para efeito de interromper a prescrição.

Saliente-se novamente que a forma de interrupção da prescrição pelo ato praticado no processo é material de Direito Processual Civil, e não de Direito Material, devendo aplicar-se imediatamente aos feitos pendentes.

Deste modo, nas execuções fiscais fundadas em créditos de natureza tributária, consideram-se interrompidos os prazos prescricionais a partir da entrada em vigor da LC n. 118/2005, caso não se tenha consumado a prescrição a referida data (19 de junho de 2005).

5 CONCLUSÃO

De todo exposto, salientamos a necessidade de atribuir à prescrição nova roupagem, com seu perfeito enquadramento dentro do ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Em matéria de prescrição, o legislador e o intérprete devem livrar-se das peias colocadas por doutrinas que ancoram o instituto às suas origens históricas, tornando pouco eficiente o instrumento para realização de importantes valores constitucionais, tais como a segurança jurídica, compreendida em seu amplo aspecto – voltada ao executado tanto quanto à sociedade – assim como, em muitos casos, à proteção da garantia da dignidade da pessoa humana.

Conforme salienta Pontes de Miranda, como instituto eminentemente de direito positivo, a prescrição não necessita submeter-se à pesada roupagem de uma teoria geral, baseada em seus profundos fundamentos romanísticos.¹⁶⁵ Deve o legislador de seu tempo adequar o instituto aos fins por ele tutelados, tornando-o apto a realizar, de forma eficiente, os valores constitucionais envolvidos.

¹⁶⁴ FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 358

¹⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, 1970, op. cit., p. 104-105.

Do mesmo modo, deve o intérprete da norma, aplicando-a ao caso concreto, sempre certificar-se de que a prescrição esteja em equilíbrio com as normas esculpidas na Constituição Federal, harmonizando-se com o sistema jurídico em seu todo.

As recentes transformações empreendidas pelo legislador, invertendo a regra milenar que atribuía ao devedor o ônus de suscitar a exceção da prescrição, tornando-a matéria a ser conhecida de ofício pelo juiz, resultam da necessidade de garantir maior proteção à segurança jurídica da coletividade como um todo. Ademais, possibilitam a extinção de milhares de execuções fiscais frustradas, que abarrotam o sistema judiciário, comprometendo o exercício da prestação jurisdicional nos casos onde realmente apresenta-se útil e necessária.

Como instituto voltado à realização de valores de ordem pública, era lamentável que se submetesse apenas à vontade do devedor em invocar sua aplicação, afastando-se do magistrado a possibilidade de conhecer de ofício da prescrição. Louvável a radical transformação empreendida pelo legislador brasileiro, potencializando a vocação da prescrição a realizar na máxima medida possível valores esculpidos no ordenamento constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, Manoel. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito Material, Processo e tutela jurisdicional. *Revista da Ajuris*, n. 101, p. 64-65, 2006.

_____. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O problema da eficácia da sentença. *Revista Forense*, v. 369, p. 39-49.

_____. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista da Ajuris*, 2000.

ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações prescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 3, p. 95-132, 1962.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 24, p. 159-180, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre a pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 366, 2003.

_____. O novo Código Civil e o Direito Processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 364.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.

BORGES, José Souto Maior. Eficácia e hierarquia da lei complementar. *Revista Dialética de Processo*, n. 25, p. 93-103, 1973.

BOTTALLO, Eduardo. Algumas reflexões sobre o processo de execução fiscal, à luz da Constituição de 1988. In: ALVIM, Teresa Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James (coords.). *Processo Tributário*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1995.

CAETANO, Adilson José. Análise crítica da Lei n. 6830/80. In: MARINS, James; MARINS, Gláucia Vieira (coords.). *Processo Tributário, Administrativo e Judicial*. Curitiba: Juruá, 2000.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Nestor. Direito Intertemporal e prescrição no novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 344-360.

FAZZALARI, Elio. *I processi nell'ordinamento italiano*. Padova: Cedam, 1973.

_____. *Note in tema di Diritto e Processo*. Milano: Giuffrè, 1953.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

- JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Almedina, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2003.
- LIPSTEIN, Kurt. *International Encyclopaedia of Comparative Law*, n. 29, v. 2, cap. 5, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARCATO, Antônio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do novo Código Civil. In: CIANCI, Mírna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARINS, James. *Direito Processual Tributário (administrativo e judicial)*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. ed. München: C.H. Beck, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva.
- NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. Prescrição e decadência no Direito Tributário brasileiro. *Revista de Direito Tributário*, n. 71.
- NEGREIROS, Teresa. Dicotomia público e privado frente ao problema da colisão de princípios. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- NOVOA, César Garcia. *El principio de seguridad jurídica em materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PANDOLFO, Rafael. *Fundamentos do Direito Processual Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PEIXOTO, Daniel Monteiro. *Prescrição intercorrente e execução fiscal: vertentes do STJ e as inovações da Lei n. 11.051/2004 e da Lei Complementar n. 118/2005*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 125.
- PIMENTA, Marcos Rogério Lyrio. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 71, 2004.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. t. 6. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- SAKAKIHARA, Zuudi. *Execução fiscal - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Direito Subjetivo, pretensão de Direito Material e ação. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 37, p. 105-106, 1983.

_____. Jurisdição e execução. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A exceção de prescrição no Processo Civil. Impugnação do devedor e decretação de ofício pelo juiz. *Revista de Direito Civil e Processual Civil*, n. 41, p. 68-85, 2006.

_____. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 3. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Distinção científica entre prescrição e decadência: um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. *Revista dos Tribunais*, v. 836, p. 57, jun. 2005.

_____. *Lei de Execução Fiscal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TONIOLO, Ernesto José. Breves considerações sobre os fundamentos da substituição ou Emenda da CDA na execução fiscal. *Revista da Escola Superior da Advocacia OAB-RS*, Porto Alegre, n. 2, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no Processo Civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001 (Estudos de Direito de Processo, 27).

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Comparative foundations of a European Law of set-off and prescription*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.



EMBARGOS IMPROCEDENTES: execução definitiva ou provisória?

João Paulo Fontoura de Medeiros¹

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Da execução que prossegue após a sentença de improcedência do pedido contido nos embargos; 3 Embargos improcedentes: Execução Definitiva ou Provisória? 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Na esteira do ressaltado noutra oportunidade,² verifica-se que tão-somente o Estado se encontra autorizado a, por meio de órgãos imparciais a tanto encarregados,³ fazer com que tanto as normas positivadas como os princípios jurídicos implícitos, destinados a pautar circunstâncias indeterminadas e abstratas ou a servir de norte para a regulação destas, sejam aplicados às relações jurídicas concretas que venham a ser encaminhadas à apreciação daqueles.⁴ Não se pode perder de vista que se está perante órgãos “...que detentam en exclusiva la actividad jurisdiccional”.⁵

Precisamente por se estar diante de “...serviço público⁶ que se destina a

¹ Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutorando em Direito, Área de Concentração Jurídico-Ambiental, em sede de Doutorado “per saltum”, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na qual cursou a parte escolar do Curso de Mestrado Científico em Direito, Área de Concentração Jurídico-Ambiental. Pós-graduado “lato sensu” em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Procurador do Banco Central do Brasil, nos anos de 2003 e 2004. Tutor do Curso de Especialização em Direito Processual Civil, promovido pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, nos anos de 2002 e 2003. Assessor Jurídico Efetivo da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2003.

² MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 26. Conceção que veio a ser aprofundada em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público. Curitiba, Juruá Editora, 2005.

³ Peculiaridade constatada por Giuseppe Chiovenda e resumida por Enrico Tullio Liebman nos seguintes termos: “(...) il giudice non à mai parte nella situazione che è chiamato a giudicare, egli è e deve essere un terzo non interessato.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 4). Dentre os que vêem na imparcialidade um pressuposto essencial para o exercício da função jurisdicional do poder estatal, podem-se mencionar: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, v. I. Rio de Janeiro, 2002, 7. ed., p. 39 e s.; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, 10. ed., p. 51 a 53; GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, v. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 15. ed., p. 232 e 233.

Alguns vão ainda mais longe e defendem entendimento com o qual concordamos, segundo o qual a imparcialidade se apresenta como característica crucial para a elaboração de um conceito de jurisdição. Orientam-se, com efeito, nesse sentido: CAPPELLETTI, Mauro apud VÉSCOVI, Enrique. Teoría General del Proceso. Colombia, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, segunda edición, p. 100; MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil, tomo I. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, quinta edición, p. 56; VERDE, Giovanni. Profili del Processo Civile, parte generale. Napoli: Jovene Editore, 1994, quarta edizione, p. 49.

⁴ Conforme afirmamos em outro estudo, “enquanto a função legislativa visa a elaborar leis gerais e abstratas; a jurisdição, que consiste no poder do Estado de dizer o direito, destina-se a aplicá-las na solução de relações jurídicas concretas.” (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual. In: CDROM da Revista Forense, v. 355, 2001). Essa concepção em nada se afasta do entendimento perfilhado por Francesco Carnelutti, ao pronunciar: “A legislação é uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção do preceito em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição, pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular.” (grifos nossos) (CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito; tradução de Teoria Generale del Diritto, efetuada por Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, § 59, p. 147). Assim também: FLEINER, Fritz. Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933, p. 11; MORTARA, Lodovico. Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, v. I. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, quarta edizione interamente riveduta, p. 76. Cf. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Princípios Gerais de Direito Público. Rio de Janeiro: Editor Borsari, 1958, p. 196.

De idêntico entendimento: MORTARA, Lodovico. Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, v. I. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, quarta edizione interamente riveduta, p. 76.

⁵ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil, tomo I. Barcelona: José María Bosch Editor, 1992, quinta edición, p. 58.

⁶ Sempre lembrando que, na esteira de Laubadère, valemo-nos da concepção material de serviço público (in RIBEIRO, Manoel. Direito Administrativo, 2º volume. Salvador, Editora Itapoá Ltda., 1964, págs. 72 e 73). Nesse ponto, é de se observar que Eduardo Barrachina Juan assim se manifesta acerca do serviço público: “El servicio público ‘es una actividad prestada por la Administración pública, que regulada por el Derecho público, tiende a satisfacer una necesidad de carácter general.’ (JUAN, Eduardo Barrachina. Lecciones de Derecho Administrativo, II. Barcelona, PPU, pág. 807).

entregar a tutela jurisdicional a quem a invoque por meio do exercício do direito⁷ constitucionalmente assegurado⁸ a que se deu a denominação de ação⁹,⁹ vislumbra-se um correlato dever, por parte do Estado, de prestar a tutela jurisdicional,¹⁰ quer se refira à composição de um conflito de interesses,¹¹ quer diga respeito à efetiva satisfação de um direito que se encontre consubstanciado em um documento dotado de exequibilidade.¹²

⁷ in WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46. Discorrendo acerca do tema: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., págs. 248 e 249; ESTELLITA, Guilherme. Direito de ação – Direito de demandar. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed., págs. 40 e 58; GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil, volume I. São Paulo, Editora Bookseller, Tradução de Lisa Pary Scarpa, 2003, 1ª ed., pág. 16; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, 3ª ed., revista e atualizada, pág. 109; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada, pág. 105. Analisando o direito abstrato de agir idealizado por Degenkolb, Guilherme Estellita assim o descreve: “...se dirige contra o Estado. É um direito subjetivo público, porque incide no exercício de um poder público.” (ESTELLITA, Guilherme. Direito de ação – Direito de demandar. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed., pág. 53).

⁸ Nessa linha: ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; TUCCI, Rogério Lauria. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46.

⁹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Jurua, 2005, pág. 233.

¹⁰ É sempre conveniente lembrar, como o fez Luiz Flávio Yarshell, que “(...) não há identidade entre jurisdição e tutela jurisdicional: enquanto a primeira designa a atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio do exercício dessa atividade; proteção que, como visto, reside não apenas no resultado final (“produto”) da atividade, mas bem ainda no meio (processo) empregado para seu exercício.” (YARSELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 127).

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. Sistema di Diritto Processuale Civile, v. I. Padua, 1936, n. 14, p. 40.

Nesse ponto de nosso estudo, compreendemos por bem destacar que acreditamos que a característica crucial para que se possa definir a jurisdição é a imparcialidade do juiz (Dentre os que comungam dessa opinião, pode-se citar: VERDE, Giovanni. Profili del Processo Civile, parte generale. Napoli: Jovene Editore, 1994, quarta edizione, p. 49; MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil, tomo I. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1992, quinta edición, p. 56; CAPPELLETTI, Mauro apud VESCOVI, Enrique. Op. cit., p. 100), peculiaridade constatada por Giuseppe Chiovenda e resumida por Enrico Tullio Liebman nos seguintes termos: “(...) il giudice non è mai parte nella situazione che è chiamato a giudicare, egli è e deve essere un terzo non interessato.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di Diritto Processuale Civile, v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, p. 4). Outra não é a razão que nos leva a definir a jurisdição como a função do poder estatal que visa a fazer com que tanto as normas positivadas como os princípios jurídicos implícitos, destinados a pautar circunstâncias indeterminadas e abstratas ou a servir de norte para a regulação dessas, sejam aplicados às relações jurídicas concretas que venham a ser encaminhadas à apreciação de terceiros imparciais encarregados de resolvê-las (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Jurua Editora, 2003, pág. 26. Concepção que veio a ser aprofundada em: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público. Curitiba, Jurua Editora, 2005).

Apesar disso, compreendemos que a presente explanação se torna mais fácil de ser entendida com o emprego dos termos utilizados por Francesco Carnelutti para definir a jurisdição, motivo pelo qual os inserimos no texto. Lembre-se que o conceito de jurisdição de Francesco Carnelutti conta com vários adeptos, tais como: ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 7. ed., p. 67 a 73; LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980, v. 8, t. 1, p. 20; MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, v. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 3. ed., p. 261; TUCCI, Rogério Lauria. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Ed. Forense, 1985, 2. ed., p. 4.

¹² Assim entendem, dentre outros: COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956, p. 208; FERREIRA, Pinto. Código de Processo Civil Comentado, v. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995, p. 9; GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, tomo primeiro. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés, p. 209; LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 496 a 795). São Paulo: Ed. Atlas S.A., 1996, 4. ed., p. 95; NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 7. ed., p. 178; _____, Jurisdição e execução. In: Estudos Jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: 1976, p. 312 e 313; GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, tomo primeiro. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés, p. 207 a 210; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado das ações, tomo I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas – SP: Ed. Bookseller, 1998, 1. ed., p. 249; ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milão, 1962, 1. ed., p. 90; SOUZA, Orlando. Doutrina e prática das execuções de sentenças. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973, 4. ed., p. 19; VIANNA, Aldyr Dias. Lições de Direito Processual Civil, II. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 499; WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 32 e 33; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 33; ZAVASKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 8. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 36 a 38. Cf. NEVES, Celso. Jurisdição e execução. In: Estudos Jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: 1976, p. 312 e 313; GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, tomo primeiro. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, 4. edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés, p. 32.

Diversa é a posição adotada por Francesco Carnelutti. Levando em conta que a jurisdição é o gênero do qual o processo é uma espécie, o aludido douto terminou por salientar que a execução forçada é um processo que não implica exercício de jurisdição (CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil, v. I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, 1. ed., p. 221 e 222). Contra a concepção de Francesco Carnelutti se posiciona Giuseppe Chiovenda, que vê a execução como atividade jurisdicional (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. Tradução de J. Guimaraes Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3. ed., p. 14).

No processo que serve de palco para o exercício dessa “*pretensión de ejecución*” a que se referiu Jaime Guasp,¹³ destinado à satisfação do direito consubstanciado no documento a que se aludiu,¹⁴ coloca-se à disposição de quem é indicado neste como titular daquele um “...*meio rápido e eficaz*”¹⁵ de buscar a efetiva satisfação da prestação que lhe é presumivelmente devida.¹⁶ Em estudo a propósito,¹⁷ tivemos a oportunidade de constatar que tão ágil e desentrevado instrumento processual foi idealizado e arquitetado de modo a restringir ao máximo a possibilidade de alegação de eventuais irresignações por parte de quem é apontado como devedor no referido documento.¹⁸

A despeito de nosso ordenamento jurídico, à semelhança de outros,¹⁹ tratar o título executivo como pressuposto de validade de processo de execução de título extrajudicial ou de atividade executiva contra a Fazenda Pública,²⁰ nos termos do inciso I do art. 618 do CPC,²¹ não há como garantir de antemão, até mesmo em virtude da relatividade da presunção a propósito da existência do direito material consubstanciado em tal documento,²² que jamais haverá processo cujo exequente se apresente como titular de direito que, em verdade, revela-se inexistente.

¹³ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, tomo primeiro. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, 4. edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses, p. 32.

¹⁴ Guiando-se pelo mesmo norte: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1998, 1. ed., p. 346. VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile*, parte generale. Napoli: Jovene Editore, 1994, quarta edizione, p. 52. Orientando-se por idêntica linha de raciocínio: ALEM, José Antonio. *Embargos do devedor*. São Paulo: Conan Editora, 1995, 3. ed., p. 19. Na doutrina alemã: ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. III. Trad. esp., Buenos Aires, 1955, § 169, n. 2. ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*, tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 181. De mesma opinião: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1998, 1. ed., p. 346.

¹⁵ MOURA, Mário Aguiar. *Embargos do devedor*. Teoria e prática. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979, 2. ed., p. 15.

¹⁶ Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1998, 1. ed., p. 346.

¹⁷ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003, págs. 28 a 37.

¹⁸ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003, págs. 31. A respeito: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 146.

Em outra de suas obras, Enrico Tullio Liebman chega ao ponto de dizer que não há contraditório na execução (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1968, 3. ed., p. 38). Assim também: VIANNA, Aldyr Dias. *Lições de Direito Processual Civil*, II. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 639.

Já Francesco Carnelutti, vendo no contraditório a garantia mais eficaz de imparcialidade do juiz, prefere afirmar: “Sería un error creer que el contradictorio sea proprio solamente del proceso de cognición.” (CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*, volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971, p. 341; _____. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, 1. ed., p. 92). Comungando dessa concepção: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁹ Idêntica exigência é feita pelo art. 474 do Código de Processo Civil italiano.

²⁰ Comungando desse entendimento: SATTA, Salvatore; e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2000, tredecima edizione, p. 557. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; e FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Florença: Cya, 1942, n. 6, p. 30. TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1998, seconda edizione, p. 882. REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed, 1982, n. 35.

²¹ Nesse sentido se orientam as decisões da 3ª Turma do STJ, conforme se pode observar: 3ª Turma do STJ, REsp. 160.107 - ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 03.05.1999, p. 145; 3ª Turma do STJ, REsp. 13.960 - SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 03.02.1992; 3ª Turma do STJ, REsp. 6.508 - MG, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 08.04.1991. Assim também restou entendido nos seguintes arestos: TJMS, AC 2001.009362-6/0000-00, 3ª T.Cív., Rel. Claudionor M. A. Duarte, J. em 12.11.2001; TJMS, AG 2001.004398-2, 1ª T.Cív., Rel. Jorge E. da S. Frias, J. em 21.08.2001; TJSC, AC 00.012820-1, 1ª C.Cív., Rel. Carlos Prudência, J. 19.09.2000. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 139 e 177.

²² Orientam-se nesse sentido, dentre tantos outros: ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 138 e 139; CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 316; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; e TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 882; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952, Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 189; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 18. ed., p. 214; MOURA, Mário Aguiar. *Op. cit.*, p. 13 e s.; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar*, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 272 e s. Pronunciando-se com fulcro nessa concepção: STJ, AGA 307639 - RS, 2ª T., Rel. Paulo Medina, DJU 18.02.2002, p. 00341; TAMG, AC 0282755-6, 3ª C.Cív., Rel. Jurema B. Marins, J. em 30.06.1999.

Justamente por isso e em virtude de o processo executivo não visar “a *eliminar discussões em torno da existência ou inexistência do direito*”,²³ porquanto nele “não mais se reagita a questão da certeza do direito”,²⁴ é que foram instituídos os embargos à execução,²⁵ que ficaram restritos, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.232/05, à execução de título executivo extrajudicial e ao processo executivo movido contra a Fazenda Pública.

Valendo-nos de entendimento perflhado noutra estudo,²⁶ permitimo-nos defini-los como ação cognitiva, incidental ao processo de execução,²⁷ em que o embargante invoca ao órgão jurisdicional a prolação de uma sentença que, em caso de procedência, impeça ou sobreste o exercício da pretensão à tutela jurisdicional executiva, afaste a execução já instaurada ou, ainda, reduza-a às suas devidas proporções.²⁸

Cientes do fato de se estar diante de uma autêntica “*a oposição de mérito*”²⁹

²³ MOURA, Mário Aguiar. Op. cit., p. 16.

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed., p. 402.

²⁵ Nesse sentido: ALEM, José Antonio. Embargos do devedor. São Paulo: Conan Editora, 1995, 3. ed., p. 19; LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Processo de Execução. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1977, 1. ed., p. 137 e 138; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed., p. 402; SATTI, Salvatore. L'esecuzione forzata. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950, p. 137.

²⁶ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 171.

²⁷ Assim compreendem, dentre tantos outros: ALEM, José Antonio. Embargos do devedor. São Paulo: Conan Editora, 1995, 3. ed., p. 19; BELTRAME, José Alonso. Op. cit., p. 6 e s.; CAMPOS, Ronaldo Cunha. Execução fiscal e embargos do devedor. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978, p. 185; CASTRO, Amílcar de. Do procedimento de execução (Código de Processo Civil – Livro II – arts. 566 a 747 – Comentários). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 290; _____. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 383; COSTA, Sergio. Manuale di Diritto Processuale Civile. 1963, 4. ed., p. 591; FADEL, Sérgio Sahlone. Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, p. 546; FURTADO, Paulo. Execução. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, 2. ed., atualizada e adaptada à Constituição Federal de 1988, p. 296; LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 496 a 795). São Paulo: Ed. Atlas S.A., 1996, 4. ed., p. 239; LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução). São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 185; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à Execução. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 183 a 185; MENDES, João de Castro. Ação executiva. Lisboa: AAFDL, 1980, p. 56 e 57; MILHOMENS, Jônatas; e ALVES, Geraldo Magela. Manual das Execuções (civil, penal e trabalhista). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 257; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1974, p. 4; MONTESANO, Luigi; e ARIETA, Giovanni. Diritto Processuale Civile, III. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, terza edizione, p. 156; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 18. ed., p. 336; MOURA, Mário Aguiar. Op. cit., p. 16; NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 7. ed., p. 167; OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Embargos do devedor. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 51; PACHECO, José da Silva. Tratado das Execuções, v. III, Incidentes da Execução. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959, p. 229 e 230; PARIZATTO, João Roberto. Op. cit., p. 401; ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. Execução fiscal: Lei 6.830/80 e títulos executivos extrajudiciais. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito LTDA., 1982, p. 54; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed., p. 404 e 405; SATTI, Salvatore. Diritto Processuale Civile, Pádua: Cedam, 1981, 9. ed., p. 714 e 715; SILVA, José Afonso da. Execução fiscal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 143; SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v. 2. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1987, p. 390; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 272; VILLAR, Willard de Castro. Processo de Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 306 e 307; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Remato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 306.

Na jurisprudência pátria: 3ª Câm. Civ. do TJMG, em 19.04.1979, na Ap. Civ. 50.723. In: Jurisprudência brasileira 74/172; RT 502/121, RJTJESP 110/310; TACRJ, AC 7779/94, (Reg. 248-3), 2ª C., Rel. Juiz Murilo Andrade de Carvalho, J. em 06.12.1994 (Ementa 38956); TACRJ, AI 1608/93, (Reg. 244-3, Cód. 93.002.01608, 8ª C., Rel. Juiz Jayro Ferreira, J. em 04.05.1994) (Ementa 37857).

²⁸ Valendo-se de palavras semelhantes, Moacyr Amaral Santos terminou por proferir: “Para impedir ou desfazer o processo de execução, para livrar-se do processo ou destruir os efeitos do título executivo, o executado se coloca na posição de oponente, de quem ataca, o que vale dizer que o executado age, exerce direito de ação.” (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 3ª v. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed., n. 897).

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução). São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 185.

à execução,³⁰ há de se analisar a natureza da atividade executiva que se segue à improcedência do pedido formulado nos embargos do devedor. Em síntese, há de se conferir às regras jurídicas pertinentes ao tema uma interpretação que, sem as colocar em rota de colisão com a imprescindibilidade de uma tutela jurisdicional³¹ efetiva,³² verdadeira consequência da detenção do monopólio³³ do poder de “dizer

³⁰ Assim compreendem, dentre tantos outros: ALEM, José Antonio. Embargos do devedor. São Paulo: Conan Editora, 1995, 3. ed., p. 19; BELTRAME, José Alonso. Op. cit., p. 6 e s.; CAMPOS, Ronaldo Cunha. Execução fiscal e embargos do devedor. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978, p. 185; CASTRO, Amílcar de. Do procedimento de execução (Código de Processo Civil – Livro II – arts. 566 a 747 – Comentários). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 290; _____. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 383; COSTA, Sérgio. Manuale di Diritto Processuale Civile. 1963, 4. ed., p. 591; FADEL, Sérgio Sahione. Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, p. 546; FURTADO, Paulo. Execução. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, 2. ed., atualizada e adaptada à Constituição Federal de 1988, p. 296; LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 496 a 795). São Paulo: Ed. Atlas S.A., 1996, 4. ed., p. 239; LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução). São Paulo: Ed. Saraiva, 1952, Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 185; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à Execução. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996, p. 183 a 185; MENDES, João de Castro. Ação executiva. Lisboa: AAFDL, 1980, p. 56 e 57; MILHOMENS, Jónatas; e ALVES, Geraldo Magela. Manual das Execuções (civil, penal e trabalhista). Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 257; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 11. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1974, p. 4; MONTESANO, Luigi; e ARIETA, Giovanni. Diritto Processuale Civile, III. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, terza edizione, p. 156; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 18. ed., p. 336; MOURA, Mário Aguiar. Op. cit., p. 16; NEVES, Celso. Comentários ao Código de Processo Civil, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 7. ed., p. 167; OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Embargos do devedor. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 51; PACHECO, José da Silva. Tratado das Execuções, v. III. Incidentes da Execução. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959, p. 229 e 230; PARIZATTO, João Roberto. Op. cit., p. 401; ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. Execução fiscal: Lei 6.830/80 e títulos executivos extrajudiciais. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito LTDA., 1982, p. 54; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed., p. 404 e 405; SATTI, Salvatore. Diritto Processuale Civile, Pádua: Cedam, 1981, 9. ed., p. 714 e 715; SILVA, José Afonso da. Execução fiscal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 143; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v. 2. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1987, p. 390; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 272; VILLAR, Willard de Castro. Processo de Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 306 e 307; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 306. Na jurisprudência pátria: 3ª Câm. Civ. do TJMG, em 19.04.1979, na Ap. Civ. 50.723. In: Jurisprudência brasileira 74/172; RT 502/121, RJTJESP 110/310; TACRJ, AC 7779/94, (Reg. 248-3), 2ª C., Rel. Juiz Murilo Andrade de Carvalho, J. em 06.12.1994 (Ementa 38956); TACRJ, AI 1608/93, (Reg. 244-3, Cód. 93.002.01608, 8ª C., Rel. Juiz Jayro Ferreira, J. em 04.05.1994) (Ementa 37857).

³¹ Seguindo-se a trilha deixada por Degenkolb e de Polz, a exemplo do que se fez em estudo anterior (MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Juruá, 2005), vê-se que a pretensão à tutela jurisdicional há de ser vista como um direito constitucionalmente assegurado (Orientando-se por esse norte: ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; TUCCI, Rogério Lauria. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46). Nunca é demais ressaltar que a detenção do monopólio do poder de “dizer o direito”, a teor do inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna, faz nascer para o Estado o correlato dever de prestar a tutela jurisdicional, sempre que a sua concessão é exigida por quem se mostra autorizado a tanto (Orientando-se por esse norte: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, 10ª ed., pág. 252; COUTURE, Eduardo J. Introdução ao Estudo do Processo Civil, tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 3ª ed., p. 15; ROCCO, Alfredo. La sentenza civile. Milão, 1962, 1ª ed., pág. 90; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed., pág. 184; SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, pág. 713; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada., pág. 103; TUCCI, Rogério Lauria. Da ação e do processo civil na teoria e na prática. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed., pág. 27; TROCKER, Nicolò. Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, pág. 161; WACH, Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, pág. 46). De idêntico norte se serviu Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao destacar que o “...monopólio da jurisdição criou ao Estado o dever de prestar jurisdição e a seus súditos o direito e a pretensão a serem ouvidos em um tribunal regular e que lhes preste justiça.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 17). Semelhante explanação nos é dada por Fábio Gomes, em comentários nos seguintes termos: “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob a proteção do direito. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos quantos proibiu autodefender-se.” (GOMES, Fábio. Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 252). Em idêntico sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., págs. 93 e 95; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada, pág. 105.).

³² Nesses termos: MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Teoria Geral do Processo: O Processo como Serviço Público. Curitiba, Editora Juruá, 2005, págs. 112 e 113

³³ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho Procesal Civil, tomo I. Barcelona, José Maria Bosch Editor, 1992, quinta edición, pág. 58.

o direito³⁴ consubstanciada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, trate com o devido respeito outros valores igualmente consagrados em nossa Lei Maior, a exemplo do que se dá com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

2 DA EXECUÇÃO QUE PROSSEGUE APÓS A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONTIDO NOS EMBARGOS

À semelhança do que foi feito noutro estudo,³⁵ parte-se da premissa de que o efeito suspensivo dos recursos tem o condão de obstar a eficácia da decisão recorrida, na parte impugnada pelo recorrente, fazendo que os efeitos que desta decorreriam, caso a impugnação contra ela interposta não possuísse aquele efeito, não se manifestem até o julgamento do recurso.³⁶

Em decorrência de o inciso V do art. 520 do CPC destituir de efeito suspensivo o recurso interposto contra a sentença que julga improcedente o pedido contido na peça inicial dos embargos à execução, permite-se que o exequente retome a atividade executiva que tenha sido suspensa em razão da sua oposição, a teor do § 1º do art. 739-A do CPC, ainda que a sentença de improcedência, proferida em seu bojo, venha a ser impugnada mediante apelação.³⁷

No tocante à natureza da atividade executiva que se segue à improcedência do pleito formulado em sede de embargos do devedor, tem-se de reconhecer que não são poucos os juriconsultos que compreendem que deve ser considerada definitiva a execução que, suspensa em razão da sua oposição, vem a ser retomada com a sentença que declara improcedente o pedido neles contido.³⁸ Fiel a essa linha de raciocínio, Araken de Assis assim se manifestou, antes da modificação introduzida no art. 587 do CPC pela Lei n.º 11.382/06, de modo a não alimentar

³⁴ A esse respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed., pág. 31; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, volume I. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 26; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada, pág. 205. Complementando esses singelos e resumidos dizeres acerca da jurisdição, Manuel Galdino Paixão Júnior a define como a "...atividade de declarar e fazer atuar o direito do caso concreto" (PAIXÃO JUNIOR, Manuel Galdino. Teoria Geral do Processo. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pág. 20).

³⁵ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 136.

³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, 21. ed., p. 122 e 123. Dentre os que comungam dessa concepção está Cândido Rangel Dinamarco, para quem: "O efeito suspensivo dos recursos consiste no impedimento à imposição dos efeitos da sentença enquanto eles não forem julgados." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 208).

Justamente por se tratar de um impedimento à manifestação da eficácia do provimento judicial impugnado, e não de uma suspensão propriamente dita dos efeitos da decisão decorrida, é que José Carlos Barbosa Moreira corretamente veio a atentar para a impropriedade da denominação "efeito suspensivo dos recursos" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 123.)

³⁷ O mesmo se diga da sentença de rejeição liminar dos embargos à execução. O recurso que é interposto contra o provimento judicial que os rejeita liminarmente, em virtude do disposto no inciso V do art. 520 do Código de Processo Civil, é recebido tão-só no efeito devolutivo, à semelhança do que ocorre com a impugnação da sentença que julga improcedente o pedido contido na peça preambular dos embargos à execução, circunstância que nem mesmo por medida cautelar pode ser alterada (TJDF, MCT 20.010.020.016.137, 2ª T.Civ., Rel. Juiz Adelith de Carvalho Lopes, DJU 07.11.2001, p. 75).

³⁸ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 7. ed., p. 1.182 e 1.183; MESQUITA, Eduardo Mello de. Efeito suspensivo e execução provisória, uma visão atual. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 257; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 297; MOURA, Mário Aguiar. Op. cit., n. 45, p. 200 a 205; SHIMURA, Sergio Seiji. Título executivo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 124; SILVA, Antônio Carlos Costa e. Tratado do processo de execução, 2ª v. Rio de Janeiro: Aide Editora, p. 1.331 e 1.332; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v. 2. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1990, p. 38.

dúvidas quanto a seu posicionamento: “Não existe a menor base de conhecimento, dentro do sistema, para se concluir pela provisoriedade da execução. Ela prosseguirá definitivamente”.³⁹

De fato, se nos restringíssemos a, antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06, analisar apenas os dispositivos contidos no Código de Processo Civil, realmente não encontraríamos norma cuja interpretação permitisse que se concluísse pela provisoriedade da execução que retoma seu curso em razão da prolação da sentença de improcedência nos embargos. No alterado art. 587 do CPC, que dispunha acerca da provisoriedade da execução fundada em sentença “...*impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo*”, indubitavelmente se referia o legislador ao provimento judicial de mérito que, em ação de cognição, condenava o vencido à satisfação de uma prestação.

De toda sorte, a sentença a que se referia o legislador na antiga redação do aludido dispositivo legal não era a que decidia pela improcedência do pedido contido nos embargos, ação incidental que o executado ajuíza com o intuito de se opor à execução forçada, e sim o provimento judicial que, proferido num processo de conhecimento, originava o título executivo que permitia que o exeqüente promovesse, em caráter provisório, a atividade executiva.⁴⁰ O mesmo podia ser dito em alusão ao art. 521 do mesmo diploma legal, ressalvas a que vínhamos fazendo menção desde a 1ª Tiragem da obra “Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência”, publicada no ano de 2003.⁴¹ A depender do teor dos dispositivos legais supracitados, considerar-se-iam provisórias apenas as execuções que viessem a se basear em títulos executivos judiciais impugnados mediante recursos recebidos tão-só no efeito devolutivo.⁴² Entendimento resumido por José Carlos Barbosa Moreira nos seguintes dizeres: “...*a execução prossegue em caráter provisório, caso a sentença exequenda – que é a proferida no anterior processo de conhecimento, não a que repeliu os embargos – esteja sujeita a recurso (art. 587, 2ª parte); em caráter definitivo, na hipótese contrária, bem como na de título extrajudicial (art. 587, 1ª parte).*”⁴³

³⁹ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 1.182.

⁴⁰ De acordo com Federico Carpi, por execução provisória se deve entender: “(...) l’anticipazione dell’efficacia esecutiva della sentenza o di altri provvedimenti giudiziari, rispetto al momento ed al grado di maturità che la legge considera come normale.” (CARPI, Federico. La Provvisoria Esecutorietà della sentenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 5). Manifestando-se a respeito do assunto, Giuseppe Chiovenda assim afirmou: “Entrementes, pode ocorrer a figura duma sentença não definitiva, mas executória, e, pois, a separação entre definitividade da cognição e a executoriedade.” (CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, v. I. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1998, 1. ed., p. 288).

⁴¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, págs. 139 e 140.

⁴² Entretanto, convém notar que o Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de execução fundada em título executivo extrajudicial, já havia decidido em sentido contrário, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06 (1ª Turma do STJ, REsp. 172.320 – RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.10.1998, p. 41). Além disso, há quem entenda, na doutrina pátria, que não pode ser definitiva a execução de título executivo extrajudicial que, suspensa em razão da oposição dos embargos, vem a ser retomada em virtude da prolação da sentença de improcedência do pedido formulado em sede desses. Dentre os que comungam dessa concepção, podemos citar Vicente Greco Filho e Humberto Theodoro Júnior (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil, v. 3, p. 35, n. 4; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 21).

⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, 21. ed., p. 297. Comungam desse entendimento, dentre outros: ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 1.182 e 1.183; MESQUITA, Eduard-do Mello de. Efeito suspensivo e execução provisória, uma visão atual. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 257; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 297; MOURA, Mário Aguiar. Op. cit., n. 45, p. 200 a 205; SHIMURA, Sergio Seiji. Título executivo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 124; SILVA, Antônio Carlos Costa e. Tratado do processo de execução, 2º v. Rio de Janeiro: Aide Editora, p. 1.331 e 1.332; SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v. 2. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1990, p. 38.

Em outros termos, estar-se-ia a reconhecer que a natureza do processo executivo se firma no instante em que esse é proposto,⁴⁴ sem prejuízo da provisoriedade do título que lhe serve de base, com o que se teria de inferir, na esteira de Federico Carpi: *L'esecuzione non è provvisoria nel senso che, una volta emanata la seconda sentenza, dovrà essere sostituita da una nuova esecuzione definitiva, ma è tale perchè basata su titolo provvisorio, e quindi destinata a cadere nel nulla qualora detto titolo non sai confermato attraverso l'emanazione di un secondo titolo e non divenga esso stesso definitivo in seguito. Di conseguenza l'esecuzione non è provvisoria, ma è basata su titolo provvisorio.*⁴⁵

Em lado oposto sempre se encontraram os que, à semelhança de Vicente Greco Filho,⁴⁶ Humberto Theodoro Júnior⁴⁷ e Eduardo Heitor Porto,⁴⁸ persistiram atentando para a "... inconveniência de se considerar como definitiva uma execução, ainda suscetível de alteração pelo resultado definitivo da ação incidental".⁴⁹ Para alguns, basta vermos os embargos como uma questão prejudicial ao processo de execução, e é imperioso reconhecer que realmente o são,⁵⁰ para que se tenha fundamento para impedir que a atividade executiva, a teor do inciso IV do art. 265 do Código de Processo Civil, retome o seu curso sem que eles tenham sido definitivamente julgados.⁵¹ Até mesmo porque, consoante bem lembrou Humberto Theodoro Júnior, amparando-se em Francesco Carnelutti: *"Se a impugnação vem a ser acolhida e o título fica sem efeito, a execução não se pode realizar"*.⁵² Tratar-se-ia de conseqüência da circunstância de *"a cognição preceder necessária e logicamente à execução"*,⁵³ ainda que esse brocardo

⁴⁴ Orientam-se nesse sentido, dentre outros: MESQUITA, Eduardo Mello de. Efeito suspensivo e execução provisória, uma visão atual. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 257; SHIMURA, Sergio Seiji. Título executivo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 125; SILVA, Antônio Carlos Costa e. Tratado do processo de execução, 2º v. Rio de Janeiro: Aide Editora, p. 1.331 e 1.332.

⁴⁵ CARPI, Federico. La Provvisoria Esecutorietà della sentenza. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 6.

De mesmo entendimento: MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 6. ed., revista e ampliada, p. 184; SATTI, Salvatore. Diritto Processuale Civile. Padova, 1973, p. 312 e 313.

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 3º v. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 14. ed., p. 35, n. 4.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 21; _____, Processo de Execução. São Paulo: LEUD, 1999, 19. ed., p. 141.

⁴⁸ PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

⁴⁹ PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

⁵⁰ FURNO, Carlo. La sospensione del processo executivo. Milão, 1956, n. 3, p. 7; CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Processo Civil, v. III. 1973, n. 835, p. 170 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 282.

⁵¹ Orientam-se nesse sentido, dentre outros: FURNO, Carlo. La sospensione del processo executivo. Milão, 1956, n. 3, p. 7; PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 282.

⁵² CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Processo Civil, v. III. 1973, n. 835, p. 170 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 282.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 282.

Impõe-se notar que o cristianismo presente no direito romano-canônico exerceu poderosa influência na formação do direito comum medieval (Cf. ZEUMER, Karl. Historia de la legislación visigoda. Barcelona, 1944, p. 64). A insinuação daquele sobre este foi tal que as instituições do processo germânico medieval foram rejeitadas em prol da preservação dos institutos oriundos do direito romano estabelecido pelos imperadores cristãos. Isso fez que as instituições deixadas pelo direito medieval ao moderno fossem praticamente as mesmas do direito romano pós-clássico (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. Op. cit., p. 21). Prova disso foi o abandono da primazia da execução sobre a cognição, característica do direito germânico (Nesse sentido: BIZZARRI, Dina. Il documento notarile guarentigliato, 1932, p. 23 et seq. apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. Op. cit., p. 22; LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução). São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 39), para dar lugar ao princípio oriundo do direito romano e ainda hoje reverenciado, segundo o qual "a cognição precede necessária e logicamente à execução" (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 282. Nesse mesmo sentido: FURNO, Carlo. La sospensione del processo executivo. Milão, 1956, n. 3, p. 7; LIEB-MAN, Enrico Tullio. Op. cit., p. 139 e 177). A tendência de preservação dos institutos romanos em detrimento dos germânicos também se mostra por inteiro na evolução da disciplina do ônus da prova. Esse, no direito germânico medieval, de regra incumbia ao réu (Nesse sentido: BRUNNES-SCHWERIN. Historia del derecho germânico. Barcelona, 1936, 8. ed., p. 25; VESCOVI, Enrique. Teoria General del Proceso. Colombia. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, segunda edición, p. 26); ao contrário do que ocorria no direito romano, em que vigoravam os princípios traduzidos nas máximas *actore non probante reus absolvitur* e *affirmanti non neganti incumbit probatio* (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; e GOMES, Fábio. Op. cit., p. 22).

venha sendo cada vez mais mitigado em decorrência do surgimento de dispositivos legais intimamente voltados à tutela de urgência, a exemplo do que ocorre com os artigos 461 e 461-A do CPC e com o art. 84 da Lei n.º 8.078/90.

Conquanto se reconheça que se trata de argumento que não se firma em bases muito sólidas, visto que o inciso IV do art. 265 do CPC se refere a sentenças de mérito e o processo de execução não se presta a resoluções de mérito propriamente ditas,⁵⁴ ainda assim se tem de atentar para a imprudência de se considerar definitiva a execução enquanto se apresenta ela suscetível de ser alterada,⁵⁵ circunstância bem ressaltada por Eduardo Heitor Porto em seu ensaio acerca do tema.⁵⁶

3 EMBARGOS IMPROCEDENTES: EXECUÇÃO DEFINITIVA OU PROVISÓRIA?

Considerações à parte, haja vista que cada um dos entendimentos antagônicos conta com diversos defensores,⁵⁷ cabia a quem se dispusesse a analisá-los a

⁵⁴ Seguem tal concepção, dentre outros: LIEBMAN, Enrico Tullio. Embargos do Executado. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952, n. 140, p. 249 e 250; MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987, p. 149; SILVA, Antônio Carlos da Costa e. Tratado do Processo de Execução. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 778; THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 351. É imperioso que ressaltemos que, ao afirmarmos que o processo executivo não se presta a produzir uma sentença de mérito propriamente dita, não estamos dizendo que não há mérito na execução. Ora, se afirmássemos isso, estaríamos incorrendo em crasso equívoco, pois, ainda que se venha a optar por desconsiderar eventuais resoluções de mérito que sobreveem no curso de uma objeção de pré-executividade, há mérito no processo executivo. E, para que justifiquemos essa afirmativa, afigura-se necessário fazer uma pequena comparação entre o processo de conhecimento e o de execução. Ao apreciar o mérito, no processo de conhecimento, nada mais faz o juiz que proferir uma decisão em resposta ao pedido formulado pelo autor na peça preambular. No processo executivo, como não poderia deixar de ser, o juiz também aprecia o pedido formulado pelo exequente na peça inicial. Ocorre que, no processo de execução, o pedido se refere aos atos executórios que se destinam a satisfazer o direito consubstanciado no título executivo que fundamenta a petição inicial. Tendo em vista que, ao apreciar o pedido, pronuncia-se o órgão jurisdicional acerca do mérito da demanda, é forçoso concluir que o mérito, no processo executivo, concerne aos atos executórios de ingresso no patrimônio do devedor, os quais têm por fim a satisfação do direito do credor. Há mérito, portanto, no processo executivo. A fim de corroborar esse entendimento, permitimo-nos transcrever o pensamento de Sérgio Shimura, segundo o qual: "Conquanto possamos admitir que não haja propriamente uma sentença de mérito na execução, como sucede no processo de cognição, somos forçados a reconhecer que existe um pedido no pleito executivo. Na ação de conhecimento, o pedido é atendido mediante uma sentença. Na execução, o pedido é satisfeito através de atos concretos, atos executivos de ingresso no patrimônio do devedor; o mérito, na execução, não é uma questão a ser decidida, mas sim atos a serem praticados." (SHIMURA, Sérgio. Título Executivo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, p. 63). No mesmo sentido se pronunciam, ainda, Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 101) e Marcelo Dantas (DANTAS, Marcelo. Admissibilidade e Mérito na Execução. In: Revista de Processo. São Paulo, jul./set. 1987, v. 12, n. 47, p. 24 a 42).

⁵⁵ Discordando dessa concepção, José Carlos Barbosa Moreira veio a proferir que "a eventual pendência de recurso contra sentença que julgou improcedentes os embargos não obsta à definitividade da execução; a esse recurso é que alude o art. 686, n. V, por onde se lê que apesar dele se promove, na execução pecuniária, a hasta pública – inconcebível se aquela fosse provisória (art. 588, n. II)" (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, 21. ed., p. 297).

⁵⁶ PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev./1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Leia-se o afirmado pelo supracitado doutor: "Enquanto pendente recurso, ainda existe dúvida. Não há como aceitar a ocorrência de atos alienatórios, pois o recurso pode ser procedente, sujeitando-se o executado a buscar o bem que foi alienado ou, diante da impossibilidade, a ajuizar uma nova ação, esta de perdas e danos. Vê-se, claramente, da inconveniência de se considerar como definitiva uma execução, ainda suscetível de alteração pelo resultado definitivo da ação incidental. A permissão para alienação de bens acarretará, irrefutavelmente, grande prejuízo ao executado, caso venha a ter sucesso no recurso interposto." (PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 1999, v. 760, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais). Em mesmo sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 21.

⁵⁷ Também na jurisprudência não há uma posição unânime, existindo decisões para ambos os lados. Reconhecendo que, em se tratando de execução fiscal por título executivo extrajudicial, considera-se definitiva, e não provisória, a atividade executiva que se segue à improcedência do pedido contido nos embargos, podem ser mencionadas as seguintes decisões: 1ª Câmara Cível do TJRS, AI n. 598.079.812 – RS, Rel. Des. Léa Lima, J. em 10.02.1999; AI 597.266.246, J. em 06.05.1998; AI 598.467.389, J. em 02.12.1998; AI 598.151.538, J. em 07.10.1998. Em decisão contida no informativo n. 0143, de 19 a 23/08/2002, o Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou: "Julgados improcedentes os embargos do devedor, a execução prosseguirá com a característica de definitividade, ainda que pendente de julgamento a apelação interposta pelo embargante" (Precedentes citados: REsp. 253.866-SP, DJ 19.11.2001 e REsp. 195.170-SP, DJ 09.08.1999. RMS 14.286-RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 20.08.2002). De outro lado, reconhecendo a provisoriedade da execução que se segue à improcedência do pedido contido nos embargos, pode-se citar os seguintes pronunciamentos judiciais, proferidos antes mesmo da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06: 1ª Turma do STJ, REsp. 172.320 – RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.10.1998, p. 41; STJ, Recurso Especial 13.931-0 – AL, Relator Min. Waldemar Zveiter, Revista do STJ 45/231; 6ª Câmara Cível do TARS, AI 195.101.357, Rel. Moacir Adiers, J. em 17.08.1995; 2ª Câmara Cível do TJRS, Apelação Cível 597256262, Rel. Arnaldo Rizzardo, J. em 05.08.1998. Nesse sentido: "EXECUÇÃO. Título extrajudicial. Embargos de devedor. Sentença de improcedência, com recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Hipótese de execução provisória. Prestação de caução determinada. Admissibilidade. Atos revestido de legalidade. Inteligência do art. 588, I, do Código de Processo Civil." (1ª TACSP, 4ª Câm., AI 553.672/7, j. em 17.03.1993, Rel. Juiz Octaviano Santos Lobo, v.u., RT 697/97-98. In: BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Dos embargos do devedor & da exceção de pré-executividade nos tribunais. São Paulo: Iglu editora, 2000, p. 236 e 237).

apresentação de um critério que, mesmo antes das alterações instituídas pela Lei n.º 11.382/06 na redação do art. 587 do CPC, pudesse contribuir de forma positiva para a solução de tal conflito doutrinário.

Como se sabe, antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.232/05, o Código de Processo Civil tratava de forma distinta os embargos, no tocante à sua cognição, conforme viessem a se opor a execuções fundadas em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais. Para constatar a veracidade dessa afirmação, bastava observar o preceituado nos recentemente alterados artigos 741 e 745 do CPC. O primeiro dos referidos dispositivos legais, ao enunciar taxativamente as questões acerca das quais podiam versar os embargos que viessem a se opor a execuções fundadas em títulos executivos judiciais, estabelecia a sumariedade de cognição desses. Já o segundo, ao permitir a alegação de toda e qualquer matéria, desde que lícita, nos embargos opostos contra execuções baseadas em títulos executivos extrajudiciais, instituía a cognição plena desses.

Ora, se o Código de Processo Civil distinguia os embargos, no que tocava à cognição dos mesmos, conforme viessem eles a se opor a execuções fundadas em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, por que tal critério não podia ser utilizado, mesmo antes da referida alteração na redação do art. 587 do CPC,⁵⁸ para definir a definitividade ou a provisoriedade da atividade executiva que se segue à prolação da sentença de improcedência dos embargos?

Em se tratando de execução fundada em título executivo judicial, não mais sujeito a recurso, já vínhamos afirmando, desde antes da alteração de redação do art. 587 do CPC pela Lei n.º 11.382/06,⁵⁹ que se revelava deveras injusto fazer o exequente esperar o trânsito em julgado da sentença de improcedência do pedido constante dos embargos, a fim de que pudesse ver o direito consubstanciado naquele título ser efetivamente satisfeito.⁶⁰

Em nosso ordenamento jurídico, à tutela jurisdicional fundada em um título executivo judicial, não mais sujeito a recurso, necessariamente precede um momento cognitivo. Essa é a regra que, mesmo com a entrada em vigor da Lei n.º 11.232/05, permanece sem exceção. Assim sendo, até obter o título executivo judicial que lhe permitia invocar a atividade jurisdicional executiva em caráter definitivo, o exequente precisava sair vitorioso de um processo de conhecimento que atribuía ao juiz um poder instrutório praticamente ilimitado e, ao mesmo tempo, conferia ao devedor uma possibilidade de defesa inegavelmente ampla. É notório que, ao longo de um processo regular e válido de conhecimento, que não raro se prolonga por anos, várias oportunidades de defesa são obrigatoriamente conferidas àquele que, ao final, vem a ser apontado como devedor no título executivo judicial que resulta do trânsito em julgado da decisão que resolve o mérito do feito. À vista disso é que, até mesmo antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.232/05, concordávamos com quem compreendia que, cuidando-se de execução fundada

⁵⁸ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, págs. 147 e 148.

⁵⁹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 145.

⁶⁰ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 145.

em título executivo judicial trânsito em julgado, devia ser considerada definitiva a atividade executiva que, suspensa em razão da oposição dos embargos, retomava o seu rumo com a improcedência do pedido formulado na peça inicial desses.⁶¹

Defender o contrário implicaria sacrificar demais a celeridade da justiça em nome da segurança jurídica, e entendíamos que não havia razão para tanto. Ressalve-se que a adoção dessa postura não se devia ao fato de considerarmos que as execuções de sentenças transitadas em julgado estão livres de se revelarem injustas. Apenas concordávamos com o risco que o legislador se propôs a assumir perante tal circunstância.⁶² Cuida-se de política legislativa que seguiu sendo adotada pela Lei n.º 11.382/06, que reservou o art. 587 do CPC para a execução de título executivo extrajudicial, sujeitando os procedimentos executivos de cumprimento de sentença à incidência do § 2º do art. 475-O e do § 1º do art. 475-I desse mesmo diploma legal. Lembre-se que especial destaque tem de se dar à Execução de Sentença contra a Fazenda Pública, que impreterivelmente se submete ao preceituado nos artigos 730 e seguintes do CPC, advindo daí a sua sujeição ao estabelecido no art. 587 do mesmo diploma legal.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06, já considerávamos que diversa deveria ser a conclusão quando se estivesse diante de uma execução fundada em título executivo extrajudicial.⁶³ Desde antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06, ainda na 1ª Tiragem da obra “*Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*”, publicada no ano de 2003,⁶⁴ vínhamos sustentando o entendimento de que deve ser considerada provisória a execução baseada em título executivo extrajudicial que, suspensa em virtude da oposição

⁶¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003, págs. 145 e 146.

⁶² MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 146. Merecem ser lembradas as palavras que, na esteira de Francesco Carnelutti, Danilo Knijnik proferiu a respeito do tema: “O risco de uma ‘execução injusta’ ou ‘aparente’ perfectibiliza o que se poderia chamar de ‘conflito executivo material’ – e que se constitui na contrapartida do outro – representado pela permanente possibilidade de que a execução ‘viene consumata a danno di un obbligato e a profitto di un titolare aparente del diritto e così di tradire anziché di servire il diritto. Questo rischio è la inevitabile conseguenza del conflitto tra il presteo e il bene, anche nel campo del processo esecutivo; l’inconveniente del suo verificarsi rappresenta la contrapartida dei benefici che, in ordine alla sollecitudine della soddisfazione degli interessi protetti, si ricavano dalla anticipazione del processo esecutivo sul processo di cognizione.” (CARNELUTTI, Francesco. *Lezione di Diritto Processuale Civile: Processo di Esecuzione*. Padova: Cedam, 1932, p. 50 apud KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 50). Ainda a respeito do conflito executivo material, Danilo Knijnik terminou por acentuar que ele “(...) sequer desaparece no caso dos títulos executivos judiciais: não há garantia alguma, mesmo frente a sentença passada em julgado, que o crédito persista como nela posto, até porque suscetível de ataque por um remédio impugnativo excepcional.” (KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*, p. 50).

⁶³ Convém notar que não são só alguns poucos doutos que compreendem que, com relação à natureza da atividade executiva que se segue à improcedência dos embargos, deve a execução baseada em título executivo extrajudicial ser tratada de forma diferente da que cuida do processo executivo que se funda em sentença (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 14. ed., p. 35, n. 4; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar*, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 21; _____. *Processo de Execução*. São Paulo: LEUD, 1999, 19. ed., p. 141). Também na jurisprudência se pode encontrar diversos pronunciamentos nesse sentido (Reconhecendo a provisoriiedade da execução que se segue à improcedência do pedido contido nos embargos, podem-se citar os seguintes pronunciamentos judiciais: 1ª Turma do STJ, REsp. 172.320 – RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.10.1998, p. 41; STJ, Recurso Especial n. 13.931-0 – AL, Relator Min. Waldemar Zveiter, Revista do STJ n. 45/231; 6ª Câmara Cível do TARS, Al 195.101.357, Rel. Moacir Adiers, J. em 17.08.1995; 2ª Câmara Cível do TJRS, Apelação Cível 597256262, Rel. Arnaldo Rizzardo, J. em 05.08.1998). Aliás, manifestando-se acerca do assunto, o Superior Tribunal de Justiça já veio a proferir que “a mensagem o art. 587, do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial deve ser interpretada com os limites postos pelo § 1º, do art. 739, do CPC, conforme Lei n. 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado. 2. Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução fundada em título extrajudicial será definitiva, tão-somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar. 3. Recurso especial conhecido, porém, improvido” (1ª Turma do STJ, REsp. 172.320 – RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.10.1998, p. 41).

⁶⁴ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003.

dos embargos, vem a ser retomada em decorrência da prolação da sentença de improcedência do pedido nesses contido.⁶⁵

A despeito disso, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em 18 de outubro de 2005, consagrou entendimento contrário na Súmula n.º 317, que contém enunciado deste teor: “*É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos.*”

Ocorre que, com a entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06, de 06 de dezembro de 2006, nosso Código de Processo Civil passou a perfilhar o entendimento que vínhamos adotando até então, desconsiderando o enunciado contido na Súmula n.º 317 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e inserindo regra jurídica deste teor, em seu art. 587: “*É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo.*” (grifou-se)

Parece-nos que, com a atual redação do art. 587 do CPC, não há mais lugar para discussão a respeito da natureza jurídica da execução que se segue à sentença de improcedência do pedido constante da peça inicial dos embargos do devedor. Até mesmo porque, por ter suprimido a expressão “quando fundada em sentença transitada em julgado” da redação do art. 587 do CPC, inegavelmente optou o legislador por fazer com que esse incida tão-somente sobre execuções de títulos executivos extrajudiciais, algo que igualmente se depreende da exclusão da regra antigamente contida na parte final do supracitado dispositivo legal. Trata-se de conclusão que igualmente se extrai do art. 475-L e do § 1º do art. 475-I do CPC. Ressalte-se que apenas há de se conferir novamente especial destaque à Execução de Sentença contra a Fazenda Pública, que impreterivelmente se submete ao preceituado nos artigos 730 e seguintes do CPC, advindo daí a sua sujeição ao estabelecido no art. 587 do mesmo diploma legal.

Em incidindo o art. 587 do CPC tão-somente sobre execuções de títulos executivos extrajudiciais, há de se ver como provisória a execução de título executivo extrajudicial que, suspensa em virtude da oposição dos embargos, vem a ser retomada em virtude da prolação de sentença de improcedência do pedido nesses contido. Entender o contrário implicaria ter de negar vigência ao preceituado no art. 587 do CPC, tendo-se de ressaltar que não se está a pretender que a lei, produto do legislador,⁶⁶ encontre-se isenta de incoerências e contradições,⁶⁷ até

⁶⁵ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 153.

⁶⁶ Na referência à lei como produto do legislador, não estamos a afirmar que aquela é expressão da vontade deste. Consoante bem veio a salientar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “...o legislador, enquanto tal, não tem vontade própria”. Indo-se além, é de se inferir que “...se a lei é expressão da vontade geral, ela não é expressão da vontade do legislador.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed., pág. 104).

⁶⁷ Nesse sentido: BOSCHI, José Antônio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3ª ed., pág. 105; GOMES, Fábio. Carência de Ação. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 63. Cf. EWALD, François. Foucault, A Norma e o Direito. Tradução de Antônio Fernando Cascais. Lisboa, Vega, 2000, 2ª ed., pág. 113; MAXIMILIANO, Carlos. Interpretação e Aplicação do Direito. Livraria do Globo, 1933, 2ª ed., pág. 183; WHITTINGTON, Keith E. Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review. University Press of Kansas, pág. 6. Sempre se lembre que “...la interpretación de la ley es el conocimiento consciente de la norma, del valor y del fin de ella” (BIELSA, Rafael. Derecho Constitucional. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1954, segunda edición, aumentada, pág. 22). Servindo-se de semelhante entendimento, Alexandre Pasqualini terminou por acentuar que “...a toda lei corresponde uma finalidade a partir da qual deverá ser interpretada e sem a qual jamais será compatibilizada com os fins últimos e gerais do ordenamento jurídico.” (PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pág. 78).

mesmo porque "... não há ordem ou sistemas jurídicos positivos sem uma instância de reflexão do direito sobre si próprio."⁶⁸

O certo é que, ao conferir a quem é apontado como devedor em um título executivo extrajudicial a possibilidade de alegar toda e qualquer matéria que "*Ihe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento*", quis o legislador, sem sombra de dúvida, prestigiar a segurança jurídica. Ao agir assim, procedeu o legislador de forma irretocável, pois seria temerário proibir que o executado-em-bargante se opusesse da forma mais ampla possível a uma execução baseada em um título executivo que sequer veio a passar pelo crivo judicial. Tanto é assim que o inciso V, que veio a ser incluído no recentemente alterado art. 745 do CPC, repete a fórmula que vinha sendo empregada no "*caput*" do referido dispositivo legal.

Pois então, se tal critério foi usado para determinar a plenitude de cognição de que são dotados os embargos que se opõem à execução fundada em título executivo extrajudicial, por que não utilizá-lo também para decidir pela provisoriedade da atividade executiva que se segue à sentença de improcedência do pedido constante da peça inicial daqueles, quando recebidos com efeito suspensivo?

Ora, basta refletir por um breve instante para reparar que a segurança jurídica não era a maior preocupação do legislador, no momento em que veio ele a elaborar a norma que autoriza a instauração de uma execução, por quem é apontado como titular de um direito consubstanciado em um documento que nem mesmo conta com o crivo judicial. É indubitável que a intenção do legislador, ao conferir aos titulares de títulos executivos extrajudiciais a pretensão à tutela jurisdicional executiva, com as nefastas conseqüências que essa medida geralmente acarreta para o executado, foi a de proteger o direito de crédito. Atento a isso se mostrou Danilo Knijnik, ao constatar: "*O processo de afirmação e consolidação, inicialmente dos títulos de crédito, depois, dos títulos executivos, restou como imposição mesma ao jurista da vida prática e do comércio*".⁶⁹ De mesma opinião é Giovanni Panzarini, citado por aquele douto, uma vez que este juriconsulto italiano veio a asseverar:

Il credito o il primato del credito è un argomento di tale vischiosità ed omni-pervadenza nell'economia e nel diritto moderni che volendo discorrere con un sufficiente approfondimento sugli infiniti rivoli nei quali la sua tutela si estrinseca dovremmo lungamente impegnare l'attenzione.⁷⁰

No concernente ao direito de crédito, conforme observou Italo Andolina, encontra-se o ordenamento jurídico diante de antagônicos interesses a serem tutelados, o que resulta em duas tutelas opostas, a saber:

⁶⁸ EWALD, François. Foucault, A Norma e o Direito. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa, Vega, 2000, 2ª ed., pág. 209. Consoante o afirmado em outro trecho do mencionado estudo: "Entre a norma e a sua interpretação há, portanto, um par solidário, reciprocidade: uma varia com a outra. Descrever um sistema jurídico não pode ser somente descrever certas práticas de direito positivo, mas sim o par que elas formam com a sua instância de interpretação." (EWALD, François. Foucault, A Norma e o Direito. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa, Vega, 2000, 2ª ed., pág. 211). Em comentários a respeito do tema, Alexandre Pasqualini salienta que "... a exegese vem a ser aquela atividade tópicos-sistemática em cujo desenrolar o universo jurídico se pensa, transmuda e desvela a si mesmo." (PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, pág. 100).

⁶⁹ KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 51.

⁷⁰ PANZARINI, Giovanni. "Primato e Tutela del Credito: gli Interessi Riflessi della Riforma del Codice di Procedura Civile. In: *La Legge di Riforma del Codice di Procedura Civile e la Tutela del Credito*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 209 apud KNIJNIK, Danilo. Op. cit., p. 51.

(...) quella di intervenire in favore dell'attore e quella di astenersi da tale intervento per risparmiare al convenuto la grave iattura d'un'esecuzione forzata che potrebbe sucessivamente rivelarsi ingiustificata. Percorrendo la seconda strada ci si espone al rischio di dovere poi eventualmente risarcire all'attore il danno marginale che non si è ritenuto opportuno prevenire; sciogliendo la prima ci si espone al rischio di dovere poi eventualmente destabilizzare l'esecuzione già compiuta ed operare in favore il convenuto la riduzione in pristino.⁷¹

É notório que nosso ordenamento jurídico preferiu consagrar a primeira das tutelas supramencionadas, optando por assumir o risco de, eventualmente, ver o devedor ter a sua esfera patrimonial invadida em decorrência de uma penhora promovida em um processo de execução que, ao final, revelou-se injusto.

Nesse ponto, tem-se de observar que não é de hoje que se vem inferindo, com os olhos voltados à efetividade do processo, que o mais importante para o direito processual é a obtenção de resultados.⁷² O problema é que a busca pela efetividade não raro implica desconsideração com a segurança jurídica. Cuidado-se de intrincado antagonismo que a todos preocupa, como se vê em estudo de Adolf Wach:

Hay un conflicto, inconfundible e inevitable, en el hecho de que, por un lado, quien tiene mejor derecho debería, si se atiende a la idea, gozar de tutela y realización inmediatas contra el agravio inferido, y que, por el otro, esto no puede hacerse sino sobre la base de un examen escrupuloso y de un fallo, circunstancia que provee el siempre eficaz estímulo para que entre ambas exigencias se busque la transacción.⁷³

Tendo em vista o título executivo trazer consigo uma presunção relativa, e não absoluta, a respeito da existência do direito nele consubstanciado,⁷⁴ é temerário permitir que a esfera patrimonial de uma pessoa seja atingida, de um modo muitas vezes irreparável, sem que a sentença que haja emitido um juízo acerca de tal documento tenha sido apreciada em 2ª instância. Conquanto o exequente conte com um título que o beneficia com uma presunção relativa a respeito da existência de seu direito,⁷⁵ configura um atentado contra a segurança jurídica permitir o ingresso na esfera patrimonial do executado com base em tal documento, nos casos em que apenas o juiz de 1º grau haja emitido juízo acerca do mesmo. E isso porque não raro as decisões desse órgão são reformadas em 2º grau e

⁷¹ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela della Giurisdizione*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 21

⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução. Rejeição dos embargos do devedor. Relevância do recurso de apelação. Perigo de dano de difícil reparação. Atribuição de efeito suspensivo ao recurso. In: *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 785, set. 1998, Ed. Revista dos Tribunais, p. 134.

Também se mostraram atentos a essa tendência: CARPI, Federico. *La Provvisoria Esecutorietà della sentenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 12; CHIAVARIO. *Processo e garanzia della persona*. Milano: 1976, p. 229.

⁷³ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 71.

⁷⁴ Orientam-se nesse sentido, dentre tantos outros: ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 138 e 139; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952. Tradução de J. Guimarães Menegale, p. 189; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 18. ed., p. 214; MOURA, Mário Aguiar. *Op. cit.*, p. 13 e s.; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar*, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996, 17. ed., p. 272 e s.

⁷⁵ Cf. os n. 2 e 3 do capítulo I, retro.

assim transitam em julgado. Ir contra esse entendimento implica sacrificar demais a segurança jurídica em prol da celeridade da justiça. E, a exemplo antagônica situação anterior, não vislumbramos motivo para tanto.

A fim de reforçar o que foi dito, permitimo-nos citar as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, a propósito do risco em Direito Processual Civil:

(...) ao estabelecer o equilíbrio entre as exigências de acelerar e de ponderar, o legislador e o juiz devem estar conscientes da inevitável fatabilidade do sistema (projeção da própria fatalidade humana), convivendo racionalmente com o risco e dando força aos meios de sua correção.⁷⁶

Concluindo o exame do assunto supramencionado nos seguintes termos:

O importante, para a segurança do sistema, é que se ofereçam mecanismos suficientes para neutralizar e corrigir os possíveis erros a que a calculada aceitação de seus riscos pode conduzir. Entre esses mecanismos ocupa lugar de destaque o sistema do duplo grau de jurisdição, destinado a corrigir desvios de perspectiva do juiz, seja na valoração da prova, seja na interpretação do direito, seja na compreensão da própria causa em julgamento.⁷⁷

Na verdade, permitir que se faça a alienação dos bens de uma pessoa, sem que o documento que a tanto autoriza seja analisado por outro indivíduo que não o juiz de 1ª instância, além de representar uma afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição,⁷⁸ configura uma tremenda irresponsabilidade do Poder Judiciário.⁷⁹ Estar-se-ia concedendo ao credor a tutela jurisdicional por ele pleiteada, traduzida no ingresso na esfera patrimonial do devedor, sem que se conferisse a esse a oportunidade de provocar a apreciação da causa por um órgão jurisdicional de 2ª instância.

É bem verdade que, diferentemente do que se dá com os demais direitos integrantes da tutela constitucional do processo, o princípio do duplo grau de jurisdição não possui como característica a exigência de ser inelutavelmente observado por nosso direito positivo.⁸⁰ A própria Carta Magna, por sinal, prevê hipóteses em que a aplicação de normas abstratas ao caso concreto levado a juízo se dá em uma única instância, sem a possibilidade de recurso. A despeito disso, é imperioso reconhecer que, em todas as circunstâncias em que a Carta Magna excepciona o princípio do duplo grau de jurisdição, não prevendo a possibilidade de recurso, o julgamento é sempre deixado a cargo de um colegiado, e nunca de um juiz monocrático. E nem poderia ser diferente, visto que, ao se excepcionar o princípio do duplo grau de jurisdição, abre-se mão da “*garantia da boa solução*”⁸¹

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 142.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 144.

⁷⁸ Nesse sentido: PORTO, Eduardo Heitor. Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva. In: Jornal Síntese, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: Revista dos Tribunais, ano 89, fev. 1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

⁷⁹ Como bem veio a observar Vicente Greco Filho: “O juiz único gera grave risco de decisão injusta.” (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, 1º v., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 14. ed., p. 51).

⁸⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 239.

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, v. V. Série Forense, 1. ed., n. 107.

da causa levada a juízo que tal preceito proporciona.⁸² Em vista disso, o mínimo que se espera, em tais circunstâncias excepcionais, é que a possibilidade, já um pouco comprometida, de que haja justiça na decisão, não seja ainda mais dilacerada com a atribuição da função jurisdicional do Poder Estatal a um só indivíduo.

Acresça-se que o inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal preceitua que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo imperioso lembrar também o disposto no inc. LV desse mesmo dispositivo constitucional: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. À luz desses dispositivos constitucionais, há como considerar admissível um processo executivo no qual sejam praticados atos que importem alienação, sem que quem a esses se sujeita haja tido a oportunidade de a isso se opor em uma ação incidental de embargos em que lhe tenha sido proporcionada a ampla defesa, com os recursos a essa inerentes? Estar-se-ia reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana em circunstâncias tais?⁸³

Enfim, em virtude de não termos conseguido encontrar respostas sensatas para as questões propostas, especialmente para a penúltima, concluímos que deve ser considerada provisória a execução baseada em título executivo extrajudicial que, suspensa em virtude da oposição dos embargos, vem a ser retomada em decorrência da prolação da sentença de improcedência do pedido nesses contido.

Nunca é demais ressaltar que não se está a afirmar que a adoção do entendimento que perfilhamos obsta a execução da parcela incontroversa da execução. Apenas se está a afirmar que, em se tratando de matéria controversa que se esteja a discutir em sede de embargos do devedor, tem de ser vista como provisória a execução de título executivo extrajudicial que, suspensa em virtude da oposição desses, é retomada em virtude da prolação da sentença de improcedência do pedido neles contido.

Previsível que surjam vozes afirmando que, à semelhança do que ocorre em casos de liminares que, em saudável afronta ao princípio consubstanciado no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, determinam bloqueio de valores do erário público com o escopo de fornecer medicamentos a quem deles necessite e os requeira judicialmente, deve a segurança jurídica ser preterida pela efetividade, de sorte a servir essa de fundamento para o ingresso no patrimônio jurídico de alguém, sem que haja trânsito em julgado.

Ocorre que, nas hipóteses de liminares que determinam bloqueio de valores do erário público com o escopo de fornecer medicamentos a quem deles necessite e os requeira judicialmente, a segurança jurídica é sacrificada muito mais em razão

⁸² Outro não é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para o qual “o princípio do duplo grau de jurisdição constitui elemento do desejável equilíbrio entre a segurança jurídica (que aconselha a outorga de tutela jurisdicional com a maior brevidade possível) e a ponderação nos julgamentos, responsável pela melhor qualidade e maior confiabilidade desses.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 237).

⁸³ Há lugar, aqui, para uma das máximas de Carlos Maximiliano, repetida à exaustão pelos juristas pátrios: “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, Carlos. Interpretação e Aplicação do Direito. Livraria do Globo, 1933, 2. ed., p. 183).

do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde do que propriamente em virtude da efetividade processual. Em tais circunstâncias, é o princípio da dignidade da pessoa humana, intimamente conectado com o direito à saúde, que prepondera sobre a segurança jurídica. Por sinal, há muitos casos em que é o próprio direito à vida que afasta a segurança jurídica, possibilitando que haja bloqueio de valores do erário público com o escopo de fornecer medicamentos a quem deles necessite e os requeira judicialmente. Do exposto se vê que se trata de situação antagônica, até mesmo porque é a própria dignidade da pessoa humana que, ao lado do direito à saúde e dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, serve de fundamento para afastar o anseio por segurança jurídica. Em sendo assim, verifica-se que permanece íntegra a posição que sempre veio a ser por nós perfilhada, concepção essa que terminou por ser consagrada na atual redação do art. 587 do Código de Processo Civil, a despeito do entendimento consubstanciado na Súmula n.º 317 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

4 À GUIA DE CONCLUSÃO

De forma alguma se tem por intuito desmerecer as vozes dispostas a defender o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 317 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento de que deve ser plenamente integrado ao ordenamento jurídico em prol da efetividade processual. Até mesmo porque há muito se vem observando a necessidade de trazer efetividade ao processo.⁸⁴

O perigo está em consagrar a efetividade processual em detrimento de valores igualmente consagrados em nosso texto constitucional, à semelhança do que se dá com o contraditório, a ampla defesa e a dignidade da pessoa humana. Justamente os valores que, por sua relevância, estimulam-nos a, valendo-nos deste espaço, defender a provisoriedade da execução baseada em título executivo extrajudicial que, suspensa em virtude da oposição dos embargos, vem a ser retomada em decorrência da prolação da sentença de improcedência do pedido nesses contido.

REFERÊNCIAS

ALEM, José Antonio. *Embargos do devedor*. São Paulo: Conan Editora, 1995, 3. Ed.

ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*, tomo II. Traducción de San-

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução. Rejeição dos embargos do devedor. Relevância do recurso de apelação. Perigo de dano de difícil reparação. Atribuição de efeito suspensivo ao recurso. In Revista dos Tribunais, Ano 87, v. 785, setembro de 1998, Ed. Revista dos Tribunais, p. 134 apud MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência. Curitiba, Juruá Editora, 2003, pág. 149. Atentos a tal tendência: CARPI, Federico. La Provvisoria Esecutorietà della sentenza. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, pág. 12; CHIAVARI. Processo e garanzia della persona. Milano, 1976, pág. 229.

- tiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, volume I. Rio de Janeiro, Edit. Forense, 1999, 12^a ed.
- ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed Esecuzione Forzata nel Sistema della Tutela della Giurisdizione*. Milano: Giuffrè, 1983.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, 7. ed.
- BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983, 2. ed.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1954, segunda edición, aumentada.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal*. Rio de Janeiro, AIDE Editora, 2002, 3^a ed.
- BRUNNES-SCHWERIN. *Historia del derecho germánico*. Barcelona, 1936, 8. ed.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. I. Rio de Janeiro, 2002, 7. ed.
- CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Execução fiscal e embargos do devedor*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1978.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Teoria Generale del Diritto, efetuada por Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, § 59.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*, volumen I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*, v. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. I. Padua, 1936, n. 14.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, 1. Ed.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.
- CARPI, Federico. *La Provvisoria Esecutorietà della sentenza*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.
- CASTRO, Amílcar de. *Do procedimento de execução* (CPC – Livro II – arts. 566 a 747 – Comentários). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, v. III. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.

- CHIAVARIO. *Processo e garanzia della persona*. Milano: 1976.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3. ed.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo/Campinas: Bookseller, 1998, 1. ed.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, 10. ed.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; e FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Florença: Cya, 1942, n. 6.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956.
- COSTA, Sergio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 1963, 4. ed.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil, tradução de Mozart Victor Russomano*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 3ª ed.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- ESTELLITA, Guilherme. *Direito de ação – Direito de demandar*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto Editora, 1942, 2ª ed.
- EWALD, François. Foucault, *A Norma e o Direito*. Tradução de Antônio Fernando Cascais. Lisboa, Vega, 2000, 2ª ed.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.
- FERREIRA, Pinto. *Código de Processo Civil Comentado*, v. I. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo, Editora Saraiva, 1999, 2ª ed.
- FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la octava edición alemana por Sabino A. Gendin*. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933.
- FURNO, Carlo. *La sospensione del processo esecutivo*. Milão, 1956, n. 3.
- FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, 2. ed, atualizada e adaptada à Constituição Federal de 1988.

- GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*, volume I. São Paulo, Editora Bookseller, Tradução de Lisa Pary Scarpa, 2003, 1ª ed.
- GOMES, Fábio. *Carência de Ação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Fábio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 1. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 15. ed.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 3, São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, 14. ed.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil, tomo primeiro*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, 4ª edición, revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses.
- JUAN, Eduardo Barrachina. *Lecciones de Derecho Administrativo*, II. Barcelona, PPU.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980, v. 8, t. 1.
- LEVENHAGEM, Antônio José de Souza. *Comentários ao CPC (arts. 496 a 795)*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 1996, 4. ed.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Processo de Execução*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1977, 1. ed.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (Oposições de mérito no processo de execução)*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1952, Tradução de J. Guimarães Menegale.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1968, 3. ed.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, 1. ed.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 6. ed., revista e ampliada.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. I. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 3. ed.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Interpretação e Aplicação do Direito*. Livraria do Globo, 1933, 2ª ed.
- MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. *Da pretensão à tutela jurídica e dos aspectos referentes à relação jurídica processual*. In: CDROM da Revista Forense, v. 355, 2001
- _____. *Embargos à Execução: Sentença de Procedência e Improcedência*. Curitiba, Juruá Editora, 2003.
- _____. *Teoria Geral do Processo: O processo como serviço público*. Curitiba, Juruá Editora, 2005.
- MENDES, João de Castro. *Acção executiva*. Lisboa: AAFDL, 1980.
- MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, quinta edición.
- MESQUITA, Eduardo Mello de. *Efeito suspensivo e execução provisória, uma visão atual*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- MILHOMENS, Jônatas; e ALVES, Geraldo Magela. *Manual das Execuções* (civil, penal e trabalhista). Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1974.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*, tomo I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas – SP: Ed. Bookseller, 1998, 1. ed.
- MONTESANO, Luigi; e ARIETA, Giovanni. *Diritto Processuale Civile*, III. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, terza edizione.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. Série Forense, 1. ed.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. I. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, quarta edizione interamente riveduta.
- MOURA, Mário Aguiar. *Embargos do devedor, Teoria e prática*. Porto Alegre: Ed. Síntese, 1979, 2. Ed. NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 7. ed.
- NEVES, Celso. *Jurisdição e execução*. In: Estudos Jurídicos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: 1976.
- OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. *Embargos do devedor*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

- PACHECO, José da Silva. *Tratado das Execuções*, v. III, Incidentes da Execução. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1959.
- PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria Geral do Processo*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002.
- PARIZATTO, João Roberto. *Da execução e dos embargos*, v. 1. São Paulo: Editora de Direito LED, 1998, 4. ed.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: Uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.
- PORTO, Eduardo Heitor. *Embargos à execução – Alienação de bem antes da decisão definitiva*. In: *Jornal Síntese*, n. 26, abr. 1999, p. 3. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, fev. 1999, v. 760. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.
- REIS, José Alberto dos. *Processo de Execução*, v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2. ed, 1982.
- RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*, 2º volume. Salvador, Editôra Itapoã Ltda., 1964.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milão, 1962, 1ª ed.
- ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. *Execução fiscal: Lei 6.830/80 e títulos executivos extrajudiciais*. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito LTDA., 1982.
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, v. III. Trad. esp., Buenos Aires, 1955, § 169, n. 2.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, 17ª ed.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, 14. ed.
- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*, Pádua: Cedam, 1981, 9. ed.
- SATTA, Salvatore. *L'esecuzione forzata*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1950.
- SATTA, Salvatore; e PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 2000, tredicesima edizione.
- SHIMURA, Sergio Seiji. *Título executivo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.
- SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Tratado do processo de execução*, 2º v.. Rio de Janeiro: Aide Editora.
- SILVA, José Afonso da. *Execução fiscal*. São Paulo: Ed. *Revista dos Tribunais*, 1975.

- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1987.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. e GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, 3ª ed., revista e atualizada.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.
- SOUZA, Orlando. *Doutrina e prática das execuções de sentenças*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1973, 4. ed.
- TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1998, seconda edizione.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Processo de Execução e Cautelar*, v. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1996. 17. ed.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. São Paulo: LEUD, 1999, 19. ed.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Da ação e do processo civil na teoria e na prática*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1985, 2ª ed.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 4ª ed., revista e atualizada.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974
- VERDE, Giovanni. *Profili del Processo Civile, parte generale*. Napoli: Jovene Editore, 1994, quarta edizione.
- VÉSCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Colombia, Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999, segunda edición.
- VIANNA, Aldyr Dias. *Lições de Direito Processual Civil*, II. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- VILLAR, Willard de Castro. *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I. Traducción del alemán por Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 3. ed.
- WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. University Press of Kansas.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 1999.

ZAVASKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ZEUMER, Karl. *Historia de la legislación visigoda*. Barcelona, 1944.

O PROBLEMA DA ADMISSIBILIDADE DE PRECATÓRIOS PARA GARANTIR EXECUÇÕES FISCAIS

Claudio Penedo Madureira¹

RESUMO: Neste artigo, discorro sobre o problema da admissibilidade de precatórios para garantir Execuções Fiscais, sob a ótica da jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros. Em específico, procuro demonstrar que, como regra, o Poder Judiciário não está autorizado a impor ao poder público o recebimento de precatórios como garantia a pretensões executivas fiscais, sobretudo quando se tem em consideração as modificações legislativas promovidas pela Emenda Constitucional nº 62.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional – Precatórios – Direito Processual – Execução Fiscal – Compensação

COMPENSATION IN TAX COLLECTIONS

ABSTRACT: In this article, I discuss the problem of compensation in tax collection. In particular, I seek to demonstrate that the judiciary is not authorized to require by the Government the receiving of credits for the payment of taxes, especially when one takes into account the legal changes promoted by Constitutional Amendment No. 62.

KEY-WORDS: Constitutional Law - Procedural Law - Tax Enforcement - Compensation.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute na doutrina e na jurisprudência sobre a pertinência da utilização de créditos consignados em precatórios como garantia de execuções fiscais. Essa discussão, para além de ser instigante, e de não haver suscitado, sob a égide do regramento pretérito, pacificação doutrinária e pretoriana, parece assumir agora contornos definitivos, com a edição da Emenda Constitucional nº 62.

Por isso dedico-me, neste trabalho, a recuperar e sistematizar o enfrentamento do tema pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros, e a confrontar as conclusões jurídicas construídas nesse contexto com a nova redação do texto constitucional no que toca à sistemática de pagamento por precatórios.

A metodologia empregada será a da catalogação dos principais julgamentos relativos à matéria proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tri-

¹ Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP; Mestre em Direito Processual pela UFES; Diretor da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE; Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES; Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

bunal Federal, que serão, adiante, comparados e analisados, sempre tendo em vista as modificações introduzidas no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 62.

A abordagem proposta é relevante, porque visa a atender a aspiração dos órgãos de representação jurídica do poder público por uma organização dos posicionamentos pretorianos firmados sobre o tema, como forma de orientar a sua atuação profissional nos âmbitos consultivo e contencioso. Mas é também de interesse dos demais integrantes da comunidade jurídica, sejam eles Juízes, Advogados ou membros do Ministério Público, que também são chamados, em suas atividades cotidianas, a manifestar-se sobre o problema da admissibilidade de precatórios como garantia de execuções fiscais.

2 EXPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DO POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE PRECATÓRIOS COMO GARANTIA A EXECUÇÕES FISCAIS

O Superior Tribunal de Justiça vinha se posicionando, sob o regime normativo pretérito, no sentido de que o precatório em tese pode ser ofertado como garantia de débitos cobrados mediante procedimento executivo fiscal; como se vê dos seguintes julgamentos:

RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA SOBRE CRÉDITO EM FASE DE PRECATÓRIO – DIREITO DE CRÉDITO DECORRENTE DE AÇÃO INDENIZATÓRIA EM FASE DE PRECATÓRIO – POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Este egrégio Sodalício tem decidido, em recentes julgados, pela possibilidade de nomeação de créditos decorrentes de precatório em fase de execução contra o próprio ente federativo que promove a execução fiscal. [...] (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 388602. Processo: 200101721273 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 04/05/2004 Documento: STJ000563092. Fonte DJ DATA: 06/09/2004 PÁGINA:198 RT VOL.:00831 PÁGINA:227. Relator(a) FRANCIULLI NETTO).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA. PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA UNIFORME DESTA CORTE SUPERIOR. AUSÊNCIA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA N. 182/STJ. 1. A jurisprudência deste Tribunal tem admitido a nomeação à penhora de crédito do devedor, representado por precatório, que é requisição de pagamento por débito da própria Fazenda Estadual. [...] (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: AGRSP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 351912. Processo: 200101068125 UF: SP Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 06/04/2004 Documento: STJ000541434. Fonte DJ DATA: 10/05/2004 PÁGINA: 167. Relator(a) DENISE ARRUDA).

E assim entendeu mesmo com relação a precatórios objeto de cessão de créditos judiciais de terceiros. O que ocorre é que o Código de Processo Civil

expressamente reconhece ao cessionário a prerrogativa de promover a execução quando o direito resultante do título executivo a ele é transferido por ato entre vivos,² o que em princípio³ lhe autoriza, consoante entendimento consolidado em sede pretoriana, a compensação desse crédito, inclusive por meio da sua utilização como garantia do Juízo da Execução Fiscal. Assim se manifestou o Tribunal no seguinte julgamento:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM NOMEADO À PENHORA. PRECATÓRIO DE EMISSÃO DA EXEQUENTE, ADVINDO DE CESSÃO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. [...] 4. In casu, a recorrente nomeou à penhora precatório oriundo de cessão de crédito, tendo a 7ª Vara de Fazenda Pública deferido a sucessão processual por cessão de crédito, razão pela qual nenhum óbice há à aceitação da referida nomeação à penhora. 5. Recurso especial provido. (STJ. RESP 721423. PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 22/08/2006. DATA: 18/09/2006. PÁGINA: 270. Relator(a) LUIZ FUX).

De todo modo, aquela Corte Superior de Justiça rejeita a possibilidade do oferecimento desses precatórios como garantia de débitos cobrados mediante procedimento executivo fiscal, com vistas à ulterior compensação desse direito creditício com a dívida executada, quando a sua exigibilidade estiver suspensa, como ocorre, por exemplo, na hipótese de acolhimento de questão de ordem relativa à inconstitucionalidade da lei que embasou a decisão que deu origem ao processo que encarta a ordem de pagamento. Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça em julgamento relativo à admissibilidade da nomeação de precatório em Execução Fiscal movida pelo Estado do Espírito Santo; que segue assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO À PENHORA. PRECATÓRIO ORIUNDO DE CESSÃO DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DO REFERIDO TÍTULO POR INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE O EMBASOU. RECURSO NÃO-PROVIDO. 1. Pão Gostoso Indústria e Comércio S/A interpõe recurso especial pelas alíneas "a" e "c" da permissão constitucional contra acórdão assim sumulado (fl. 118): "AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. RECUSA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Em que pese a mitigação da ordem estabelecida no art. 11 da LEF e o que preceitua o art. 620, o inc. II do seu art. 15 outorga à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, requerer a substituição do bem penhorado ou o reforço da garantia, sendo perfeitamente razoável e legítima a recusa de precatório. 2. A recusa em aceitar a penhora de precatórios por parte do Estado evidencia-se porque, além de estar em último lugar na ordem de gradação prevista no artigo 11 da Lei n.º 6.830/80 (LEF), não possui cotação em bolsa, não estando o juízo obrigado a admitir a penhora para garantia de débito fiscal. Recurso improvido". A recorrente alega, além de dissídio pretoriano,

² CPC. "Art. 567. Podem também promover a execução, ou nela prosseguir: [...] II – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos".

³ Como se verá adiante, a manutenção dessa prerrogativa está condicionada ao cumprimento de alguns requisitos, como, por exemplo, a edição de lei autorizativa em cada uma das esferas da federação.

violação dos artigos 535, II, 620, 656 do Código de Processo Civil e 11 da Lei das Execuções Fiscais. 2. Não é possível a nomeação à penhora de precatório, objeto de cessão creditória de terceiros, especialmente quando a sua exigibilidade encontra-se suspensa em face de ter sido acolhida questão de ordem relativa à inconstitucionalidade da lei que embasou a decisão que deu origem ao processo que gerou a ordem de pagamento nele contida. 3. Encontrando-se o precatório sub judice, desserve como garantia do crédito executado, em face de não ostentar qualquer liquidez ou certeza, nem representar, enquanto pendente a questão de ordem suscitada, crédito contra o Estado do Espírito Santo. 4. O crédito decorrente do precatório apresentado, por ser adquirido de terceiro, não se enquadra como título da dívida pública, mas apenas e tão-somente como direito sobre eventual crédito do precatório sinalizado, o qual se afigura como último bem na ordem de preferência estabelecida pelo art. 11 da LEF. 5. Recurso especial não-provido. (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 982972. Processo: 200702051130 UF: ES Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 01/04/2008 Documento: STJ000825753. Fonte DJ DATA:16/04/2008 PÁGINA:1. Relator(a) JOSÉ DELGADO).

Também é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a nomeação de precatórios à penhora, nas hipóteses em que é admissível, apenas seria eficaz se inexistissem outros bens disponíveis, entre aqueles especificados nos incisos I a VII do artigo 11 da Lei nº 6.830/08,⁴ comumente designada Lei das Execuções Fiscais, que estabelece ordem legal para a efetivação da constrição judicial. É que, com efeito, o precatório, por não possuir cotação em bolsa, apenas poderia ser recebido como direito de crédito em face Fazenda Pública, ou seja, com fundamento no inciso VIII do artigo 11 da Lei das Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).⁵ Nesse sentido é o posicionamento consolidado na jurisprudência da Corte Superior de Justiça; externado nos julgados que se seguem:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – PENHORA DE DEBÊNTURE DA ELETROBRÁS COM A FINALIDADE DE GARANTIA DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI Nº 6.830/80) – POSSIBILIDADE – MUDANÇA DE ENTENDIMENTO – APLICAÇÃO DO ART. 11, VIII, DA LEF – PRECEDENTES – 1. Recurso Especial contra acórdão que, em ação executiva fiscal, indeferiu a nomeação à penhora de títulos da Eletrobrás. 2. Entendimento deste relator de que "as debêntures emitidas pela Eletrobrás não constituem títulos idôneos para o fim de garantir o crédito fiscal, uma vez que não possuem liquidez imediata, tampouco cotação em bolsa de valores" (RESP nº 701336/RS, DJ de 19/09/05). [...] (STJ – RESP 200700493760 – (933048 RS) – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 13.08.2007 – p. 00354).

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA – TDA – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – 1. O

⁴ LEF: "Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes".

⁵ LEF: "Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: [...] VIII - direitos e ações".

entendimento firmado em ambas as turmas de direito público desta Corte é no sentido de que os títulos da dívida agrária, por não terem cotação em bolsa, não se enquadram na norma inserta no art. 11, II, da Lei 6.830/80, razão pela qual é legítima a recusa à penhora desses títulos. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AGA 200700007887 – (847062) – RS – 1ª T. – Relª. Minª. Denise Arruda – DJU 10.12.2007 – p. 00301).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA – SÚMULA 182 – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA – MATÉRIA PACIFICADA –[...] 2. Os Títulos da Dívida Pública, que não tenham cotação em bolsa, não se enquadram no art. 11, inciso II, da Lei nº 6.830/80, por isso que justificável a recusa à sua penhora pela Fazenda credora. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AGA 490493 – SC – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 06.10.2003 – p. 00212).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça não rejeita a possibilidade de que se estabeleça constrição sobre título sem cotação em bolsa; mas apenas a admite com fundamento no inciso VIII do artigo 11 da Lei das Execuções Fiscais; contexto em que a admissibilidade da garantia estaria condicionada à inexistência de outros bens e haveres melhores posicionados da ordem de preferência estabelecida pelo dispositivo; como sobressai dos seguintes julgamentos:

AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA – TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA DO SÉCULO PASSADO – RECUSA DO EXEQÜENTE – POSSIBILIDADE – [...] 5. O título da dívida pública é considerado de fácil liquidez apenas pode ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito. Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do art. 11, da Lei das Execuções Fiscais, mas sim no inciso VIII do mesmo artigo. [...] 6. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada. 7. Agravo regimental desprovido (STJ – AGRAGA 537976 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 22.11.2004 – p. 00270).

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA – TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA – DUVIDOSA LIQUIDEZ DO TÍTULO – LEGITIMIDADE DA RECUSA – ORDEM LEGAL DO ART. 11, DA LEI Nº 6.830/80 – PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS – ART. 620 DO CPC – [...] II – O título da dívida pública só será considerado de fácil liquidez se puder ser negociado na bolsa de valores, à semelhança dos títulos de crédito. Não tendo cotação em bolsa, tais títulos não se enquadram no inciso II da ordem legal do art. 11, da Lei das Execuções Fiscais, mas sim no inciso VIII do mesmo artigo (direitos e ações). [...] (STJ – AGRESP 374459 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – DJU 14.10.2002).

Dessa forma, existindo outros bens passíveis de penhora, poderá o credor rejeitar a nomeação do precatório, notadamente tendo em vista o que prescreve

o artigo 656 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente aos procedimentos executivos fiscais,⁶ que elenca hipóteses de invalidade das nomeações de bens, entre as quais se destaca a desobediência à ordem legal.⁷ Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da conclusão deste julgamento:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – SUBSTITUIÇÃO DE PENHOR – RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA – CABIMENTO – INEXISTÊNCIA DE EQUIVALÊNCIA COM DINHEIRO. A Primeira Seção do STJ, sob o rito do art. 543-C, pacificou o entendimento de que "não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF". (REsp 1090898/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 31.8.2009). [...] (STJ. EDcl no AgRg no REsp 963047-SP Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS. SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 24/11/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/12/2009).

Trata-se, com efeito, de matéria pacificada naquela Corte Superior de Justiça, como se vê deste outro julgamento, prolatado sob a sistemática de unificação pretoriana propugnada pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil.⁸

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE. [...] 4. Não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF [...] Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (STJ. REsp 1090898-SP. Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA. PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 12/08/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009).

Posto isso, cumpre indagar se, e em que condições, o credor poderia anuir com a nomeação cogitada.

⁶ LEF. "Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil".

⁷ CPC. "Art. 656. Ter-se-á por ineficaz a nomeação, salvo convindo o credor: I - se não obedecer à ordem legal".

⁸ CPC. "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º - Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º - Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º - O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º - O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º - Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º - Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º - Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º - Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º - O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo".

Para responder adequadamente a essa inquirição, é preciso esclarecer, de antemão, se a nomeação de precatórios em Execução Fiscal traduz modalidade de compensação judicial de créditos inadmitida pelo ordenamento jurídico positivo, e se é capaz de induzir preterimento na ordem de pagamento estabelecida pelo artigo 100 da Constituição da República.

3 ESPECIFICIDADES DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS NO REGIME JURÍDICO BRASILEIRO

A pertinência da formulação desse primeiro questionamento enseja um esclarecimento preliminar. Com efeito, o recebimento de direitos creditícios encartados em precatórios como meio de garantia do Juízo da Execução Fiscal e, sobretudo, a sua utilização, ao fim do processo executivo, para baixa do crédito cobrado, traduz, sem qualquer margem a dúvidas, modalidade de pagamento, consistente na compensação⁹ do crédito representado com o crédito exequendo.

Por isso não tenho dúvidas em afirmar que a confirmação da tese segundo a qual créditos consignados em precatórios podem ser nomeados à penhora em Execuções Fiscais (para ulterior utilização com vistas à quitação da dívida cobrada) passa necessariamente pela verificação de se, e em que condições, é possível a compensação desses créditos com os débitos fiscais a que se refere o artigo 2º da Lei das Execuções Fiscais.¹⁰

Quanto ao particular, merece destaque que a Emenda Constitucional nº 62 autoriza espécie de compensação de créditos fiscais, no momento da expedição dos precatórios, ao prever, em benefício do Fisco, a possibilidade do abatimento, a título de compensação, de débitos do titular do precatório, inclusive de parcelas vincendas de parcelamentos. Tal se infere do novel parágrafo 9º do artigo 100 da Constituição, que tem a seguinte redação:

⁹ O STJ já se manifestou em diversas oportunidades sobre a circunstância de a compensação ser modalidade de pagamento, como se vê dos seguintes julgamentos: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVIMENTO PARA REDUZIR O QUANTUM EXEQUENDO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO RESULTANTE DO VALOR OBTÍDO NA EXECUÇÃO EMBARGADA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Deveras, permitir ao contribuinte compensar crédito contra a Fazenda Pública de qualquer valor com o débito da mesma, revela violação ao sistema do precatório, por isso que a compensação é modalidade de pagamento, e uma vez expedido o precatório impõe-se cumprir a ordem de preferência constitucional. [...] (STJ. REsp 374181/RS. RECURSO ESPECIAL 2001/0146706-9. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116). Relator(a) p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX (1122). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 05/12/2006. Data da Publicação/Fonte. DJ 01.02.2007 p. 393. RDDT vol. 139 p. 152)" [...] "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO ENTRE CRÉDITOS VINCENDOS DE CSLL E VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO A TÍTULO DE COFINS (DIFERENÇA DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA). ARTIGO 8º, DA LEI 9.718/98. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE SEMÂNTICA ENTRE AS FIGURAS DO "PAGAMENTO" E DO "DEPOSITO" (ENQUANTO NÃO CONVERTIDO EM RENDA EM FAVOR DO ENTE TRIBUTANTE). HIPÓTESE NÃO ABRANGIDA PELA LEI QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. [...] 4. A compensação constitui modalidade extintiva do crédito tributário, assim como o pagamento e a conversão de depósito em renda, entre outras elencadas no artigo 156, do CTN, sendo que o artigo 170, do Codex Tributário, exige autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus: "Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento. [...] (STJ. REsp 797387 / MG. RECURSO ESPECIAL 2005/0188720-4. Relator (a) Ministro LUIZ FUX (1122). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento 08/05/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 16.08.2007 p. 289)".

¹⁰ LEF: "Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal".

CRFB
Art. 100 [...]

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

No entanto, tal prerrogativa não se estende, sob o sistema da Carta Política brasileira, aos contribuintes, para os quais a compensação de créditos com vistas à quitação de dívidas fiscais, embora admitida,¹¹ demanda autorização legislativa expressa; consoante prescreve o artigo 170 do Código Tributário Nacional, que tem a seguinte redação:

CTN

Artigo 170 – A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Esse dispositivo tem conteúdo programático, de modo que sua efetividade depende da edição de norma autorizativa da compensação, isso é, de lei específica. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da prolação do seguinte julgamento:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. 1. A compensação tributária, como forma de extinção da obrigação do contribuinte, só pode ser feita nos limites autorizados em lei específica. 2. Inexiste direito líquido e certo de contribuinte compensar débito tributário para com a administração direta (Estado de Minas Gerais) com crédito de precatório alimentar adquirido de terceiros (por cessão) e da responsabilidade de uma autarquia. 3. Sem amparo legal pretensão de compensação tributária, no Estado de Minas Gerais, sem o preenchimento das condições previstos na Lei estadual n. 14.699/03, entre os quais a prévia inscrição do débito em dívida ativa e a inexistência do precatório judicial vencido e não-quitado cronologicamente anterior. Não há autorização legal, também, para que a compensação possa ser feita com precatórios da responsabilidade das autarquias. 4. Recurso não-provido. (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 24450. Processo: 200701492113 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 08/04/2008 Documento: STJ000827717. Fonte DJ DATA: 24/04/2008 PÁGINA: 1. Relator(a) JOSÉ DELGADO).

Observe-se, outrossim, que essa norma autorizativa específica, por afetar

¹¹ Consoante se extrai do artigo 368 a lei material civil; que tem a seguinte redação: "Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

as disponibilidades financeiras dos entes federados, precisa ser editada em cada uma das três esferas da federação, sob pena de ofensa ao princípio federativo. Sob tal perspectiva, a admissibilidade da compensação de créditos consubstanciados em precatórios em âmbito federal exige a edição de lei federal autorizativa e, do mesmo modo, a implementação desse regramento no âmbito dos Estados e dos Municípios estará a demandar, respectivamente, a edição de leis estaduais e municipais. Nesse sentido é o entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, retratado no seguinte julgamento:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ESTADO DE MINAS GERAIS. CRÉDITO TRIBUTÁRIO OBJETO DE COMPENSAÇÃO EFETUADA POR CONTRIBUINTE QUE EFETUOU PAGAMENTO ESPONTÂNEO DE ICMS INDEVIDO. ARTIGO 166, DO CTN. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 170, DO CTN. AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZE A COMPENSAÇÃO. CDA. VALIDADE. [...] a ilegalidade do procedimento de auto-compensação realizado pelo contribuinte dessume-se do disposto no caput, do artigo 170, do Codex Tributário, verbis: "A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública". 9. A restrição inserta no artigo 170-A, do CTN, introduzida pela Lei Complementar 104/2001, não inibe a opção do contribuinte pela compensação, a qual vem sendo admitida pela legislação tributária federal (Lei 8.383/91, artigo 66 e alterações posteriores, em especial as contidas nos artigos 73 e 74, da Lei 9.430/96). 10. O Princípio Federativo, que pressupõe a autonomia legislativa dos Entes Federados, implica em que a compensação de tributo de competência de Estado-Membro reclama a edição de lei estadual autorizativa, o que incorre no Estado de Minas Gerais. [...] (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 765245. Processo: 200501120865 UF: MG Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 19/04/2007 Documento: STJ000762234. Fonte DJ DATA:16/08/2007 PÁGINA:288. Relator(a) LUIZ FUX).

Disso se infere que, se não houver lei específica regramdo a matéria, não poderá o Poder Judiciário determinar à Fazenda Pública que aceite crédito decorrente de precatório com vistas ao pagamento de débitos de qualquer natureza, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça por ocasião da conclusão deste outro julgamento:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO. LEI 14.699/03 DE MINAS GERAIS. ART. 170 DO CTN. 1. Ao tratar do instituto da compensação tributária, o art. 170 do CTN dispõe que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos. 2. A Lei Estadual nº 14.699/03, entre outras condições a ser atendidas, exige que o crédito seja inscrito em dívida ativa. 3. Não atendidos os requisitos exigidos por lei específica para a compensação, impossível ao Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração e, assim, determinar a compensação

pretendida pela contribuinte, que já fora indeferida pela autoridade administrativa competente. 4. Ao Poder Judiciário compete apenas analisar a ilegalidade do ato administrativo, e não deferir uma operação que a própria lei condicionou ao arbítrio da Administração Pública. 5. Existindo lei específica que impeça a compensação, ausente o direito líquido e certo da impetrante. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido. (STJ – SUPREMIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 23471. Processo: 200700037360 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 10/05/2007 Documento: STJ000747314. Fonte DJ DATA:18/05/2007 PÁGINA:316. Relator(a) CASTRO MEIRA).

Sendo assim, resta verificar, então, se, e em que medida, o Ente Federado pode autorizar, mediante a edição de lei específica, a compensação de créditos consignados em precatórios com débitos contraídos por particulares junto à Fazenda Pública.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO REGRAMENTO PELOS ENTES FEDERADOS DA COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS COM PRECATÓRIOS

Se o Ente Federado estiver em dia o pagamento de seus precatórios não há óbice ao regramento legislativo da compensação de créditos nos moldes cogitados, assim como à estipulação de autorização legislativa para recebimento de precatórios como garantia do Juízo da Execução Fiscal. Isso, evidentemente, desde que a norma autorizativa refira-se a precatórios vencidos, em hipótese em que a compensação, assim como a nomeação do crédito à penhora, deva ocorrer dentro do exercício financeiro para o qual estava previsto o pagamento.

A discussão se acirra, entretanto, quando se tem em foco a situação vivenciada por unidades federadas que estão atrasadas com o pagamento dos seus precatórios, como ocorre com diversos Estados brasileiros e com parte considerável dos seus Municípios. Nesse ponto, passar-se-á à análise do segundo questionamento anteriormente proposto, relativo à verificação de se, e em que medida, a admissibilidade da compensação de créditos decorrentes de precatórios judiciais com débitos fiscais, inclusive para efeito de que se admita a sua nomeação como garantia do Juízo da Execução Fiscal, importa preterimento da ordem de pagamento estabelecida pelo artigo 100 da Carta Política. Em específico, passo a investigar, à luz do texto constitucional, se os entes federados que não estão em dia com o pagamento dos seus precatórios, podem, validamente, autorizar, mediante a edição de lei específica,¹² a compensação de créditos consignados em precatórios com débitos assumidos por particulares junto à Fazenda Pública, e quais conseqüências lhes seriam impostas caso autorizassem a compensação de direitos representados por precatórios com créditos de natureza fiscal.

¹² A propósito, lembro a premissa fixada pela jurisprudência, no sentido de que a compensação cogitada demanda autorização legislativa específica.-

Ao ensejo, recobro que o precatório representa direito de crédito, que, por sua vez, mesmo quando vencido, deve ser pago aos seus respectivos credores, guardada a irrestrita observância da ordem de requisição. Eis, a propósito, o que prescreve o caput do artigo 100 da Constituição da República:

CRFB

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.¹³

Sendo assim, o ente federado que ostentar precatórios vencidos ainda pendentes de pagamento, se autorizar, mediante a edição de ato legislativo, a compensação de créditos representados por precatórios com débitos fiscais (ou a nomeação deles, como garantia de Execuções Fiscais, com vistas a que, ultimado o procedimento executivo, ocorra essa compensação) estaria infringindo a ordem de preferência estabelecida pela Constituição, pois tal medida corresponderia ao preterimento de uns (que não nomearam precatórios em Juízo e que, por conseguinte, não realizaram a compensação nos moldes pretendidos) em face de outros. Sob essa ótica, o comando legal autorizativo careceria de validade constitucional, por ofensa ao disposto no artigo 100 da Lei Maior, não havendo como se cogitar a preservação no sistema jurídico de norma com esse conteúdo.

Nesse sentido se posicionou o Plenário do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Medida Cautelar requerida no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2405-RS, relatado pelo Ministro Carlos Britto, que ocorreu em 06/11/02,¹⁴ e que segue assim ementado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: MEDIDA CAUTELAR: L. ESTADUAL (RS) 11.475, DE 28 DE ABRIL DE 2000, QUE INTRODUZ ALTERAÇÕES EM LEIS ESTADUAIS (6.537/73 E 9.298/91) QUE REGULAM O PROCEDIMENTO FISCAL ADMINISTRATIVO DO ESTADO E A COBRANÇA JUDICIAL DE CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, BEM COMO PREVÊ A DAÇÃO EM PAGAMENTO COMO MODALIDADE DE EXTINÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. [...] V – Precatório e cessão de crédito tributário: plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 100, da CF, pelos arts. 5º e seu parágrafo único e 6º, ambos da lei impugnada, que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença

¹³ Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62.

¹⁴ Esses julgados, assim como os outros que se seguem, persistem plenamente adequados ao esclarecimento da matéria, já que a Emenda Constitucional nº 62 não traz modificações substanciais no caput do artigo 100 da Constituição; como se percebe da comparação entre as redações atual e anterior dos dispositivos: (i) REDAÇÃO ATUAL: “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”; (ii) REDAÇÃO ANTERIOR: “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos: deferimento da suspensão cautelar dos mencionados preceitos legais. [...] (STF – Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI-MC – MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 2405 UF: RS – RIO GRANDE DO SUL Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56. Relator(a) CARLOS BRITTO).

Outro não foi o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça nos seguintes julgamentos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVIMENTO PARA REDUZIR O QUANTUM EXECUENDO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM PRECATÓRIO RESULTANTE DO VALOR OBTIDO NA EXECUÇÃO EMBARGADA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Deveras, permitir ao contribuinte compensar crédito contra a Fazenda Pública de qualquer valor com o débito da mesma, revela violação ao sistema do precatório, por isso que a compensação é modalidade de pagamento, e uma vez expedido o precatório impõe-se cumprir a ordem de preferência constitucional. [...] (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: RESP – RECURSO ESPECIAL – 374181. Processo: 200101467069 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 05/12/2006 Documento: STJ000727872. Fonte DJ DATA:01/02/2007 PÁGINA:393 RDDT VOL.:00139 PÁGINA:152. Relator(a) FRANCISCO FALCÃO).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ORDINÁRIO – COMPENSAÇÃO – CESSÃO DE CRÉDITOS REPRESENTADOS POR PRECATÓRIOS E DÉBITOS TRIBUTÁRIOS – ICMS – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – VIA PROCESSUAL INADEQUADA – DECRETO ESTADUAL – LEGALIDADE – PRECEDENTES DO STJ. [...] 2. O Decreto Estadual n. 8.669/99/RO, ao não permitir a compensação de crédito oriundo de precatório cedido ao devedor tributário, está em consonância com o art. 100 da CF/88. A norma regulamentadora estadual atende ao fim desejado pela Constituição de que seja respeitada a ordem cronológica de pagamentos dos precatórios. Precedentes RMS 12.608/RO, RMS 13.019/RO e RMS 18.720/ES. Recurso ordinário improvido. (STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Classe: ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 12617. Processo: 200001281496 UF: RO Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Data da decisão: 03/04/2008 Documento: STJ000824342. Fonte DJ DATA: 14/04/2008 PÁGINA: 1. Relator(a) HUMBERTO MARTINS).

Ocorre que, em momento posterior, o Plenário do Excelso Pretório, ao ensejo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2851-RO, que ocorreu em 28/10/2004, considerou constitucional lei estadual que autorizava a compensação de crédito decorrente de precatório judicial pendente de pagamento. Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM DÉBITO DO ESTADO DECORRENTE DE PRECATÓRIO.

C.F., art. 100, art. 78, ADCT, introduzido pela EC 30, de 2002. I. – Constitucionalidade da Lei 1.142, de 2002, do Estado de Rondônia, que autoriza a compensação de crédito tributário com débito da Fazenda do Estado, decorrente de precatório judicial pendente de pagamento, no limite das parcelas vencidas a que se refere o art. 78, ADCT/CF, introduzido pela EC 30, de 2000. II. – ADI julgada improcedente. (STF – Supremo Tribunal Federal. Classe: ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Processo: 2851 UF: RO – RONDÔNIA Órgão Julgador: Data da decisão: Documento: Fonte DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-01 PP-00187 RIP v. 6, n. 29, 2005, p. 243-248 RDA n. 239, 2005, p. 463-467 RF v. 101, n. 378, 2005, p. 255-259 RTJ VOL-00193-01 PP-00106. Relator(a) CARLOS VELLOSO).

Ponderou-se, daquela feita, que a utilização de precatórios judiciais para a compensação de débitos tributários encontra fundamento de validade na Emenda Constitucional nº 30, que alterou a sistemática de pagamento de precatórios estabelecida pelo artigo 100 e seguintes da Carta Política, quando acrescentou ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os seguintes dispositivos:

CRFB – ADCT

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

[...]

§ 2º – As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

A propósito, observo que o caput desse artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu sistemática de pagamento parcelado dos precatórios pendentes na data da publicação daquela Emenda Constitucional, assim como daqueles decorrentes de ações judiciais ajuizadas até 31/12/1999, quando prescreveu que tais precatórios seriam liquidados em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos. De seu turno, o seu parágrafo 2º estipula que tais prestações anuais, se não forem liquidadas até o final do exercício a que se referem, terão poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora.

Foi com base nesses dispositivos que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade de lei do Estado de Rondônia que autoriza a compensação de débito fiscal com crédito consignado em precatório judicial pendente de pagamento, mas apenas no limite das parcelas vencidas a que se refere o artigo

78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa ressalva é bastante significativa, pois delimita a extensão da atividade cognitiva exercida pelo Tribunal Constitucional naquele julgamento, assim como a extensão dos seus efeitos.

Isso porque, o *caput* do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias exclui do parcelamento nele previsto e, por conseguinte, do âmbito de incidência do comando autorizativo que emerge de seu parágrafo 2º os “créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Vê-se, pois, a par dessa ressalva,¹⁵ que determinados créditos não podem ser objeto de compensação (ou de nomeação em Execuções Fiscais, com essa finalidade), quais sejam, (i) os créditos de pequeno valor, (ii) os de natureza alimentícia, assim como (iii) aqueles referidos no artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Nessa conjuntura, cumpre recobrar o teor desse artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que tem a seguinte redação:

CRFB – ADCT

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

Parágrafo único. Poderão as entidades devedoras, para o cumprimento do disposto neste artigo, emitir, em cada ano, no exato montante do dispêndio, títulos de dívida pública não computáveis para efeito do limite global de endividamento.

Esse dispositivo tem contornos bastante semelhantes àqueles impostos pelo legislador ao *caput* do artigo 78, dispondo, de seu turno, sobre o parcelamento do valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 01/06/1989. Observe-se, contudo, que não há no contexto do artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias norma que atribua às parcelas vencidas e não-pagas o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, nos moldes previstos pelo parágrafo 2º do seu artigo 78.

Assim, considerando que o *caput* do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias taxativamente exclui do âmbito da sua incidência os créditos a que se refere o seu artigo 33, assim como os alimentares e de pequeno valor, e considerando que o parágrafo 2º daquele preceptivo apenas alcança precatórios parcelados nos termos do *caput*, tem-se, a partir da conjugação entre

¹⁵ Taxativamente acolhida pela Corte Constitucional quando vinculou, naquele julgamento, suas razões de decidir ao “limite das parcelas vencidas a que se refere o art. 78, ADCT/CF, introduzido pela EC 30, de 2000”.

os dispositivos, que não se encontram sujeitos ao parcelamento referido no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim como à regra segundo a qual a ausência da sua liquidação teria poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora: (i) os precatórios pendentes de pagamento em 05/10/1988 (data da promulgação da Constituição),¹⁶ bem como os posteriores a 14/09/2000 (data de publicação da EC 30),¹⁷ ressalvados aqueles que decorram de ações iniciais ajuizadas posteriormente a 31/12/1999; (ii) todos os precatórios decorrentes de créditos de pequeno valor; (iii) todos os precatórios decorrentes de créditos de natureza alimentícia.

A propósito, poder-se-ia afirmar, no que se refere especificamente aos créditos de natureza alimentícia, que semelhante ressalva seria desprovida de sentido, visto que esses créditos, por ensejarem pagamento à vista, seriam desde logo exigíveis para os efeitos do parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, quando chamado a se manifestar sobre aplicabilidade do parágrafo 4º desse mesmo artigo 78¹⁸ (que prevê o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada no caso de o Ente Federado não incluir em seu orçamento os créditos a que se referem as prestações dantes mencionadas), firmou entendimento no sentido de que tal prescrição normativa refere-se exclusivamente à situação de parcelamento de que cuida o caput, sendo inaplicável, destarte, aos créditos de natureza alimentícia. Assim dispendo, a Suprema Corte sinalizou no sentido de que o mesmo entendimento deverá prevalecer no contexto da inteligência do permissivo contido no parágrafo 2º daquele dispositivo constitucional transitório. Eis a ementa do julgamento:

RECLAMAÇÃO. ADI 1662/SP. MUNICÍPIO: LEGITIMIDADE ATIVA. PRECATÓRIO. NÃO-INCLUSÃO DO DÉBITO NO ORÇAMENTO DO ENTE PÚBLICO DEVEDOR. SEQÜESTRO: IMPOSSIBILIDADE 1. Reclamação. Legitimidade ativa do Município para sua propositura, dada a comprovação de que este sofreu prejuízo em face da decisão atacada. Precedentes. 2. O vencimento do prazo para pagamento de precatório não se equipara à hipótese de preterição de ordem. A previsão de que trata o § 4º do artigo 78 do ADCT-CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional 30/00, refere-se exclusivamente à situação de parcelamento de que cuida o caput, sendo inaplicável aos débitos trabalhistas de natureza alimentícia. Exegese consagrada quando do julgamento da ADI 1662/SP (30.08.01). Ilegitimidade da ordem de seqüestro. Reclamação conhecida e julgada procedente (STF. Rcl 2056 / RJ – RIO DE JANEIRO. RECLAMAÇÃO. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 03/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Sendo assim, está claro que a regra prevista no parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias apenas alcança os precatórios não-alimentares e não-classificáveis como de pequeno valor vencidos entre

¹⁶ Objeto do parcelamento previsto no artigo 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁷ Expressamente excluídos do parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹⁸ CRFB. ADCT. "Art. 78. [...] § 4º – O Presidente do Tribunal competente deverá, vencido o prazo ou em caso de omissão no orçamento, ou preterição ao direito de precedência, a requerimento do credor, requisitar ou determinar o seqüestro de recursos financeiros da entidade executada, suficientes à satisfação da prestação".

05/10/1988 e 14/09/2000, assim como aqueles decorrentes de ações ajuizadas após 31/12/1999. Somente sobre esses precatórios é que, em princípio, incide o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2851-RO. Para os demais créditos vale o entendimento externado por aquela Suprema Corte por ocasião do julgamento da Medida Cautelar requerida no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2405-RS, em que o Tribunal Constitucional reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos “que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos”, por “ofensa ao artigo 100 da Constituição”.

Destarte, a inobservância dos limites identificados no caput do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁹ pelo ente federado que não se encontra em dia com relação ao pagamento de precatórios ocasionará a inconstitucionalidade de hipotética norma autorizativa da compensação de créditos consignados em precatórios com débitos fiscais (ou do recebimento desses créditos como garantia de Execuções Fiscais com vistas à ulterior baixa do crédito executado), por ofensa ao que prescreve o artigo 100 da Constituição da Republica.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62 E A NECESSIDADE DE REVISITAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

De todo modo, pelo que sobressai do texto da Emenda Constitucional nº 62, esse artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim como o seu artigo 33, não mais se preordenam a induzir a compensação de créditos consignados em precatórios com débitos fiscais. É que essa nova Emenda Constitucional veicula evidente mudança de paradigma no que se refere ao meio coercitivo imposto às unidades federadas com vistas a obter a quitação de precatórios vencidos.

A partir de então, substituiu-se a lógica segundo a qual o inadimplemento de parcelamentos da dívida pública teria efeito liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,²⁰ por mecanismo financeiro que impõe às unidades federadas a adesão a regime especial de pagamento; que, de seu turno, pressupõe a vinculação de receitas públicas ao pagamento da dívida, sob pena do seqüestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Mu-

¹⁹ Que, reitere-se, foram taxativamente ressaltados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2851-RO.

²⁰ CRFB – ADCT. “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. [...] § 2º – As prestações anuais a que se refere o caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora”.

nicipios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal. Tal se infere da leitura do novel parágrafo 15 do artigo 100 da Constituição, assim como do artigo 97, e respectivos parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; que restam vazados nos seguintes termos:

CRFB

Art. 100 [...]

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

ADCT

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo:

I - pelo depósito em conta especial do valor referido pelo § 2º deste artigo; ou

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

§ 2º Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será:

I - para os Estados e para o Distrito Federal:

a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

II - para Municípios:

a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida;

b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

§ 3º Entende-se como receita corrente líquida, para os fins de que trata este artigo, o somatório das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de contribuições e de serviços, transferências correntes e outras receitas correntes, incluindo as oriundas do § 1º do art. 20 da Constituição Federal, verificado no período compreendido pelo mês de referência e os 11 (onze) meses anteriores, excluídas as duplicidades, e deduzidas:

I - nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

II - nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a contribuição dos servidores para custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira referida no § 9º do art. 201 da Constituição Federal.

§ 4º As contas especiais de que tratam os §§ 1º e 2º serão administradas pelo Tribunal de Justiça local, para pagamento de precatórios expedidos pelos tribunais.

§ 5º Os recursos depositados nas contas especiais de que tratam os §§ 1º e

2º deste artigo não poderão retornar para Estados, Distrito Federal e Municípios devedores.

[...]

§ 10. No caso de não liberação tempestiva dos recursos de que tratam o inciso II do § 1º e os §§ 2º e 6º deste artigo:

I - haverá o sequestro de quantia nas contas de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ordem do Presidente do Tribunal referido no § 4º, até o limite do valor não liberado;

II - constituir-se-á, alternativamente, por ordem do Presidente do Tribunal requerido, em favor dos credores de precatórios, contra Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, direito líquido e certo, autoaplicável e independentemente de regulamentação, à compensação automática com débitos líquidos lançados por esta contra aqueles, e, havendo saldo em favor do credor, o valor terá automaticamente poder liberatório do pagamento de tributos de Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, até onde se compensarem;

III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa;

IV - enquanto perdurar a omissão, a entidade devedora:

a) não poderá contrair empréstimo externo ou interno;

b) ficará impedida de receber transferências voluntárias;

V - a União reterá os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, e os depositará nas contas especiais referidas no § 1º, devendo sua utilização obedecer ao que prescreve o § 5º, ambos deste artigo.

Esse regime especial aplica-se inclusive aos débitos parcelados com base nos artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a que referi anteriormente; pois assim o prevê o parágrafo 15 desse artigo 97, que tem a seguinte redação:

CRFB - ADCT

Art. 97 [...]

[...]

§ 15. Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

Com isso, torna-se imprópria, a essa altura, a referência do intérprete a tais dispositivos como meio de justificar a admissibilidade da compensação de créditos consignados em precatórios com débitos fiscais. A inclusão dos referidos pagamentos no regime especial, quando conjugada à constatação empírica de que a nova sistemática comporta meio coercitivo mais eficaz para atendimento da finalidade almejada (seqüestro de recursos em conta-corrente), desnatura, para essa finalidade, o efeito liberatório a que refere o parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desautorizando a compensação avertada.

Disso decorre a necessidade de revisitação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da validade constitucional da compensação de precatórios com créditos fiscais. Com efeito, se é verdade que, nos termos do entendimento firmado pelo Excelso Pretório por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2851-RO, a utilização de precatórios judiciais para a compensação com créditos fiscais só é possível como decorrência do inadimplemento do parcelamento referido no caput do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que, como assentei, também abarca as hipóteses do seu artigo 33), dado o efeito liberatório de que trata o parágrafo 2º desse mesmo dispositivo constitucional, e se também é verídico que, com a instituição do regime especial, os precatórios parcelados na forma dos artigos 33 e 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e ainda pendentes de pagamento, ingressam no regime especial, como dispõe o precitado parágrafo 15 do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é inevitável que se conclua que esse efeito liberatório não é extensível às unidades federadas que aderiram ao regime especial.

Tal circunstância impede a aplicabilidade a essas unidades federadas da ratio decidendi daquele *leading case* conduzido pelo Tribunal Constitucional. Destarte, retoma-se, para essas unidades federadas, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Medida Cautelar requerida no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2405-RS, em que prevaleceu a tese da plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de dispositivos “que concedem permissão para pessoas físicas cederem a pessoas jurídicas créditos contra o Estado decorrentes de sentença judicial, bem como admitem a utilização destes precatórios na compensação dos tributos”, por “ofensa ao artigo 100 da Constituição”.

6 CONCLUSÕES

Tive a oportunidade de demonstrar, neste trabalho, que o precatório em tese pode ser ofertado como garantia de débitos cobrados mediante procedimento executivo fiscal, mesmo quando for objeto de cessão de créditos judiciais de terceiros, devendo estar claro, contudo, que a sua nomeação à penhora apenas é eficaz quando inexistirem outros bens disponíveis entre aqueles especificados nos incisos I a VII do artigo 11 da Lei das Execuções Fiscais (que estabelece ordem legal para

a efetivação da constrição judicial), já que o precatório, consoante posicionamento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por não possuir cotação em bolsa, apenas poderia ser recebido como direito de crédito, ou seja, com fundamento no inciso VIII desse mesmo preceito de lei.

Demonstrei, ainda, que tal operação, por induzir, ao término do procedimento executivo, a compensação do direito de crédito representado pelo precatório com débitos fiscais do contribuinte, demanda a edição de lei específica autorizativa. E que esse ato legislativo, por afetar as disponibilidades financeiras dos entes federados, precisa ser editado em cada uma das três esferas da Federação, sob pena de ofensa ao princípio federativo. Por isso é que onde não houver lei específica regrado a matéria, não poderá o Poder Judiciário determinar à Fazenda Pública que aceite crédito decorrente de precatório com vistas ao pagamento de débitos de qualquer natureza, assim como o seu recebimento como garantia de pretensão executiva fiscal.

Também demonstrei que essa lei autorizativa da compensação de créditos fiscais com precatórios apenas se mostrará compatível como o sistema constitucional quando a unidade federada estiver em dia com o pagamento dos seus precatórios. O que assentei, ao ensejo, foi que as modificações impressas pela Emenda Constitucional nº 62 na sistemática de pagamento por precatórios afetam a aplicação do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 2851-RO, no sentido da viabilidade jurídica da compensação cogitada, que se fundamenta no efeito liberatório de que trata o parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicável aos parcelamentos estabelecidos com base no caput desse dispositivo transitório e também no seu artigo 33. E isso porque a adesão da unidade federada inadimplente ao regime especial de que trata o artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias faz com que os precatórios parcelados na forma dos seus artigos 33 e 78 ingressem no regime especial, por disposição expressa do parágrafo 15 desse mesmo artigo 97, prejudicando, assim, o efeito liberatório dantes referido. O fato é que as modificações impressas pela Emenda Constitucional nº 62 na sistemática de pagamento de precatórios impedem a aplicação desse posicionamento pretoriano às unidades federadas que aderiram ao regime especial, e autorizam a extensão, a elas, do entendimento anteriormente firmado pelo Excelso Pretório, quando do julgamento pelo seu Plenário da Medida Cautelar proferida na Ação Declaratória nº 2405-RS, quanto a serem inconstitucionais, por ofensa ao artigo 100 da Constituição da República, as leis que autorizadoras da compensação de precatórios com créditos fiscais editadas por entes federados que não se encontram em dia com o pagamento de seus precatórios.

Assim, a conclusão a que chego, em vista dessas premissas, é que a Emenda Constitucional nº 62 reforça a tese da inadmissibilidade de precatórios como garantia a pretensões executivas fiscais.



DÍVIDA PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL: Soluções para sua reestruturação, a partir da experiência do Estado do Espírito Santo

Henrique Rocha Fraga¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Poder de Tributar, Competência Tributária e as Contribuições Sociais no Sistema Constitucional Tributário. 3. As Contribuições Previdenciárias e a Instituição do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). 4. As Contribuições Previdenciárias e a Imunidade Recíproca entre os Entes Federados. 5. Das Obrigações Previdenciárias de Entes Públicos. 6. A Dívida Previdenciária do Estado do Espírito Santo. 7. Necessidade de Reestruturação do Passivo Previdenciário Estadual. 8. Soluções para a Reestruturação do Passivo Previdenciário. 8.1. Os Efeitos da Súmula Vinculante n° 08 sobre os Créditos Previdenciários. 8.2. Revisão da Incidência de Contribuições Previdenciárias sobre as Contribuições dos Agentes Políticos. 8.3. Redução de Multas por Descumprimento de Obrigações Acessórias Previdenciárias. 9. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A maioria dos Estados e Municípios Brasileiros, quase de maneira uniforme, passa por uma grave crise financeira, decorrente do alto grau de endividamento público interno, entendendo-se este como sendo a soma dos débitos que os entes públicos possuem entre si. O problema ficou mais visível com a edição da Lei Complementar n° 101/2000, a conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal, pois a partir da edição da referida lei, iniciou-se um processo irreversível de responsabilidade na gestão da coisa pública.

A partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, os gestores não puderam postergar o cumprimento de obrigações, despesas, e acabaram sendo obrigados a consolidar sua dívida pública, parcelar seus débitos, e comprometer sua capacidade de investimentos para honrar seus compromissos assumidos ou herdados de administrações anteriores. E um dos grandes pesos desta enorme dívida pública de Estados e Municípios é, inegavelmente, o passivo previdenciário.

O que se vê atualmente são Estados e Municípios sufocados por um passivo previdenciário monstruoso, praticamente impagável e sufocante. É notória a dificuldade que as atuais administrações, em todas as esferas da Federação, estão enfrentando para cumprir suas obrigações correntes e realizar investimentos. E boa parte desta dificuldade financeira, decorre do alto grau de comprometimento das receitas públicas com o passivo previdenciário, espécie de dívida herdada de sobremaneira de administrações anteriores a Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹ Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Professor Universitário. Ex-Procurador do Município de Vitória

Ocorre que, passados 10 (dez) anos da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, tem-se verificado que uma boa parte deste passivo previdenciário é indevido e precisa ser revisto. E é exatamente por conta desta constatação que o endividamento público previdenciário precisa ser estudado e reestruturado, pois sem dúvida alguma, o sucesso de uma administração depende necessariamente de sua capacidade de investimento para o atendimento das necessidades da população.

O que se propõe no presente trabalho é destacar o problema, e propor algumas possíveis soluções para a redução do enorme passivo previdenciário público. O trabalho toma como exemplo prático a experiência do Estado do Espírito Santo, que por certo reflete de alguma forma a situação de outros entes da federação. E partir desta experiência, propõe-se algumas soluções para o tratamento da dívida previdenciária estadual.

2 PODER DE TRIBUTAR, COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

Para uma melhor compreensão do tema, torna-se indispensável antes destacar alguns conceitos fundamentais de Direito Tributário, principalmente as noções de Poder de Tributar e Competência Tributária. A análise destes dois conceitos fundamentais possibilitará a compreensão do papel das contribuições sociais no Sistema Constitucional Tributário.

O Poder de Tributar é parcela da soberania estatal. Decorre da própria essência do conceito de Estado, e deriva da necessidade de financiamento das atividades estatais. Somente ao Estado se legitima o poder de impor o pagamento de recursos financeiros as pessoas que integram uma sociedade, com a finalidade de custeio de suas atividades. O Poder de Tributar é irrenunciável e indelegável, porém não absoluto; ao contrário, limita-se pela competência tributária.

Em um Estado Democrático de Direito, os limites do Poder de Tributar estão previstos na Constituição. É ela que limita o Poder de Tributar, através da definição da competência tributária do Estado e de seus Entes (na hipótese de Estados Federados), bem como impõe limites ao exercício desta competência, estabelecendo princípios e diretrizes para o exercício do Poder de Tributar. Em apertada síntese, é a Constituição que fixa a competência tributária e define as limitações ao Poder de Tributar.

Em relação aos impostos, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente a competência tributária de cada Ente Federado. Nos artigos 153, 155 e 156 da Carta Magna, pode-se observar de forma clara e taxativa a competência tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a instituição e cobrança de impostos.

Já em relação às contribuições, o mesmo critério de distribuição expressa de competências não prevaleceu. Tratando-se de contribuições, a Carta Magna de 1988 privilegiou preponderantemente à União, atribuindo a este ente federado um rol de competência muito mais ampla do que a outorgada aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A União, por força do art. 149 da Constituição da República, tem competência para instituir contribuições sociais, de intervenção do domínio econômico ou no interesse de categorias profissionais ou econômicas (corporativas). Veja a dicção literal do dispositivo constitucional:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no artigo 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Inobstante a titularidade conferida à União, o mesmo dispositivo constitucional outorgou competência tributária aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios para instituir contribuições para o custeio de sistemas de previdência e assistência social, cobrada de seus servidores e para benefício dos mesmos, in verbis:

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.²

Desta forma, embora o rol de contribuições a ser instituídas pela União seja muito maior, não se exclui a competência de Estados, Distrito Federal e Municípios. Entretanto, embora competentes para instituir contribuições, Estados, Municípios e o Distrito Federal só podem cobrar contribuições destinadas especificamente à previdência e assistência social de seus servidores.

Com isso, a partir do texto constitucional, pode-se identificar claramente os limites da competência tributária de cada Ente Federado em relação as contribuições sociais. A União pode cobrar diferentes espécies de contribuições sociais, tais como as de intervenção no domínio econômico, as de interesse de categorias profissionais ou econômicas e as destinadas a seguridade social. Já Estados, Municípios e o Distrito Federal limitam-se a instituição de contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência e assistência social de seus servidores, ou seja, só podem instituir as contribuições previdenciárias.

As contribuições previdenciárias, assim, são espécie de contribuição social que podem ser instituídas tanto pela União, quanto por Estados, Municípios e Distrito Federal. Independentemente de qual Ente Federado institua esta espécie de contribuição, em qualquer hipótese, destinam-se a custear a previdência e assistência social de seus contribuintes.

3 AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E A INSTITUIÇÃO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS) E OS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS)

Embora as contribuições previdenciárias tenham a finalidade específica o custeio da previdência e a assistência social de seus contribuintes, elas servem

² Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 11 de dezembro de 2001.

para o financiamento de apenas dois regimes de previdência: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) serve para custear a previdência e assistência social dos servidores públicos exercentes de cargo efetivo, admitidos por intermédio de concurso público. Assim, as contribuições previdenciárias destinadas ao RPPS só beneficiam os servidores públicos efetivos, conforme artigo 40 da Carta Magna:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional n° 41, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003)

Como se vê, tanto a União, quanto Estados, Municípios e o Distrito Federal podem instituir contribuições previdenciárias para o custeio de seus Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS).

Já o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) serve para custear a previdência e assistência social das demais espécies de empregados, sejam vinculados a administração pública, sejam vinculados a iniciativa privada.

Quanto ao alcance do Regime Geral de Previdência Social sobre a iniciativa privada, imensa maioria dos trabalhadores do País, não há dúvidas ou exceção: todos os trabalhadores estão submetidos ao RGPS.

Já, para se entender o alcance do Regime Geral de Previdência Social na área pública, é indispensável lembrar que no serviço público não existe apenas os servidores efetivos. Além dos efetivos, coexistem na Administração Pública os servidores temporários, os servidores comissionados e os empregados públicos, que ficam excluídos do RPPS e ficam submetidos ao RGPS, na forma do parágrafo 13 do artigo 40 da Constituição:

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional n° 20/98, DOU 16.12.1998)

Com isso, na Administração Pública, pode haver a instituição de contribuições previdenciárias destinadas tanto ao Regime Geral de Previdência, quanto ao Regime Próprio de Previdência Social.

4 AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E A IMUNIDADE RECÍ-PROCA ENTRE OS ENTES FEDERADOS

Uma vez entendida a competência tributária de cada ente federado em relação as contribuições previdenciárias, bem como feita a distinção da destinação

das mesmas para as diferentes espécies de Regimes (RGPS ou RPPS), é preciso entender porque as contribuições previdenciárias impactam tanto as contas públicas de Estados, Municípios e do Distrito Federal, se comparadas as demais espécies tributárias (impostos, taxas, etc).

Para se responder este questionamento, necessário entender o sentido e o alcance de uma das mais importantes limitações constitucionais ao Poder de Tributar: a imunidade recíproca entre os Entes Federados.

Imunidade é o obstáculo decorrente da regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.³

No caso específico da imunidade recíproca, busca-se preservar um princípio basilar do sistema federal, erigido a cláusula pétrea, na dicção do artigo 150, inc. VI, "a", da Constituição: o pacto federativo.

Ao se limitar a competência tributária dos entes federados, de forma a excluir desta competência a tributação de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios entre si, procura-se evitar a utilização do poder de tributar como forma de sujeição entre os entes federados. A existência da imunidade recíproca preserva a autonomia e a igualdade entre os entes, preservando o sistema federal.

Sua importância o erige a cláusula pétrea na Constituição, de forma a constar no núcleo imodificável do artigo 60, §4º, da Constituição da República. Desta forma, como expressão do pacto federal, por garantia do constituinte originário, a imunidade recíproca é um princípio constitucional imutável da Constituição, blindado de qualquer tentativa de modificação ou extinção pelo poder reformador do constituinte derivado.

Ocorre que o princípio da imunidade tributária, como expressão do princípio de respeito ao pacto federativo, é limitado a impostos, conforme art. 150, inciso VI, "a" da Constituição. Não é possível que a referida imunidade alcance outras espécies tributárias, tais como as taxas e as contribuições.

Estes são os fundamentos que permitem a regra de incidência do pagamento de contribuições previdenciárias a União, Estados e Municípios, sujeitando-os a condição de contribuintes da referida espécie tributária.

Feitas estas considerações, pode-se afirmar que os impostos não impactam de forma relevante as contas públicas estaduais ou municipais em decorrência da imunidade recíproca, ou seja, em razão de que não é possível que os Entes Federados cobrem impostos entre si. Este princípio não é aplicado as contribuições, em especial, as de natureza previdenciária. Como Estados, Municípios e o Distrito Federal são contribuintes de contribuições previdenciárias, eventual inadimplemento, como ocorreu de maneira histórica no Brasil, importa em reflexos diretos nas contas públicas estaduais ou municipais.

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 282.

5 DAS OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE ENTES PÚBLICOS

Competem, assim, aos Estados e aos Municípios o pagamento de quotas previdenciárias patronais e repasse das contribuições funcionais ao Instituto Nacional de Previdência Social – INSS ou ao órgão público que administra o regime próprio de previdência.

Nas hipóteses em que o Poder Público é contribuinte do Regime Geral de Previdência Social, Estados e Municípios são obrigados a destinar para a Previdência Social, a título de contribuição patronal, o valor correspondente a 20% do total das remunerações pagas a seus servidores, na forma do artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

A falta de repasse das quotas patronais e funcionais, principalmente quando devidas ao INSS, pode resultar em várias sanções para os entes públicos e seus administradores; inclusive, o não-recolhimento da parcela dos segurados, tipifica crime de apropriação indébita, na forma da Lei 9.983/2000. Inobstante a aplicação de diversas espécies de sanções, o descumprimento desta obrigação acarreta aumento considerável da dívida pública de entes estatais e municipais.

6 A DÍVIDA PREVIDENCIÁRIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

A exemplo de boa parte de Estados e Municípios brasileiros, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estado do Espírito Santo consolidou junto ao INSS sua dívida previdenciária em 31 de outubro de 2000, através da protocolização junto ao INSS de “Termo de Amortização de Dívida Fiscal – TADF”, de forma a submetê-lo ao parcelamento especial de débitos previdenciários, na forma da MP 2.043-20/2000.

Por esta modalidade de parcelamento, os entes públicos puderam vincular parte dos créditos recebidos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e Fundo de Participação dos Municípios – FPM, e destiná-los ao pagamento de sua dívida previdenciária. Na verdade, a medida favoreceu de sobremaneira a União, que acabou tendo a garantia de recebimento da dívida de Estados e Municípios, a partir da retenção de seu crédito diretamente no FPE ou no FPM.

O pedido enviado pelo Estado ao citado órgão da União, deu-se em função de que vários órgãos da administração direta e indireta do poder executivo estadual estavam com seus respectivos CNPJs inscritos no Cadastro de Inadimplentes do Governo Federal – CADIN. Tal fato, aliado as novas sanções impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, impedia o Estado do Espírito Santo de receber recursos federais. A situação de inadimplência então apresentada resultou em procedimento fiscalizatório realizado pelo INSS que apresentou débitos totais no montante aproximado de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

Em função desse pedido foram refinanciados todos os débitos de responsabilidade do Estado do Espírito Santo para com a Previdência, resultando em

contrato de refinanciamento firmado em 31/08/2001. E valores adicionais foram acrescidos através de aditivos contratuais inseridos ao longo dos anos, comprometendo cada vez mais o recebimento de receitas oriundas de recursos federais advindos do Fundo de Participação dos Estados.

Atualmente, o Estado do Espírito Santo tem uma dívida previdenciária na ordem aproximada de R\$ 817.000.000,00 (oitocentos e dezessete milhões de reais), e paga, em média, R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil de reais) mensais, a título de dívida previdenciária. Apesar dos expressivos valores, o passivo previdenciário não tende a diminuir, por conta dos altos juros cobrados sobre o valor do débito. Os valores evidenciam o alto grau de comprometimento das contas públicas estaduais com esta espécie de débito.

7 NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO PREVIDENCIÁRIO ESTADUAL

A partir de uma análise histórica do tratamento do passivo previdenciário de Estados e Municípios, verifica-se uma situação praticamente uniforme para a maioria dos Estados e Municípios Brasileiros.

Antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, por uma ausência de sanções eficientes para o descumprimento de obrigações previdenciárias, Estados e Municípios tornaram-se inadimplentes contumazes de suas obrigações previdenciárias. Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, sob o temor de suspensão de repasse de recursos federais e aplicação de sanções rígidas para seus administradores, Estados e Municípios se viram obrigados a confessar seus débitos e parcelar seu passivo previdenciário.

Passados pouco mais de 10 (dez) anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, esta enorme dívida sufoca as contas públicas estaduais e municipais, estagnando a capacidade de investimentos dos entes públicos, em decorrência do alto comprometimento de suas receitas com o pagamento deste passivo.

Pressionados por este alto grau de endividamento, Estados e Municípios começam a buscar soluções para a reestruturação de seu passivo.

8 SOLUÇÕES PARA A REESTRUTURAÇÃO DO PASSIVO PREVIDENCIÁRIO

8.1 OS EFEITOS DA SÚMULA VINCULANTE Nº 08 SOBRE OS CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS

Com edição da Súmula Vinculante nº 08 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que considerou inconstitucional o artigo 5º do Decreto Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, houve uma relevante alteração dos prazos de prescrição e decadência para lançamento de créditos previdenciários.

Para entender o assunto, é importante destacar que a Carta Magna de 1988 determinou em seu artigo 146, inciso III, que cabe a Lei Complementar dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Assim, com a promulgação da Constituição, o já existente Código Tributário Nacional – CTN, Lei Ordinária nº 5.172 de 25/10/66, foi recepcionado com o *status* de Lei Complementar.

O CTN prevê em seu artigo 156, inciso V, a prescrição e a decadência como formas de extinção do crédito tributário. Já o caput de seu artigo 174 do CTN prevê em cinco anos o prazo prescricional para a cobrança de crédito tributário, iniciando a contagem deste prazo na data da constituição definitiva do crédito tributário. Com base neste raciocínio, os créditos se submetem aos efeitos da decadência e prescrição após 5 (cinco) anos.

Ocorre que, o artigo 45 da Lei 8.212/1991 alterou este pacífico entendimento, prescrevendo que o prazo decadencial de constituição dos créditos previdenciários é de 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito deveria ter sido constituído (inciso I), ou contados a partir da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada (inciso II). Além disso, o artigo 46 da citada lei ampliou também o prazo prescricional para a cobrança dos créditos constituídos para 10 (dez) anos.

Com a edição da Lei 8.212/91 e suas disposições previstas nos artigos 45 e 46, alterou-se as disposições do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), que embora tenha natureza formal de Lei Ordinária, foi materialmente recepcionado com o *status* de Lei Complementar, estabelecendo que o prazo de decadência e prescrição dos créditos previdenciários é de 10 (dez) anos, e não de 5 (cinco) como previsto no CTN.

Ocorre que, seguindo o entendimento de que uma lei infraconstitucional não pode alterar mandamentos de caráter constitucional, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais as disposições estabelecidas em lei ordinária a respeito de decadência e prescrição dos créditos previdenciários, por flagrante o desrespeito ao ordenamento jurídico pátrio. O Supremo Tribunal Federal deixou claro que a prescrição e decadência de créditos previdenciários deve ser submeter às disposições contidas no CTN. E nesta linha de raciocínio, a Corte Suprema editou, em 12/06/2008, a Súmula Vinculante considerando inconstitucionais o artigo 5º do Decreto Lei 1.569/77, e 45 e 46 da Lei 8.212/91.

Como resultado, tem-se que os prazos de prescrição e decadência dos créditos previdenciários voltaram a ser considerados aqueles presentes no CTN, possibilitando assim revisão dos créditos previdenciários que porventura tenham sido constituídos em desobediência aos prazos previstos pelo CTN, com considerável potencial de redução da dívida consolidada.

8.2 REVISÃO DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AS CONTRIBUIÇÕES DOS AGENTES POLÍTICOS

A Lei nº 9.506/1997, através de seu art. 13, §1º, acrescentou a alínea “h” ao inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/1991, incluindo o exercente de mandato

eletivo (in casu, prefeito, vice-prefeito e vereadores) como segurado obrigatório do regime geral de previdência social. Dessa forma, os subsídios dos agentes políticos passaram a integrar a base de cálculo da contribuição patronal paga pelo Município à Seguridade Social.

Todavia, a lei ordinária instituidora da contribuição padeceu de vício formal de inconstitucionalidade, pois criou nova fonte de custeio da previdência social não prevista no art. 195, caput e incisos da Constituição Federal, com a redação vigente à época da promulgação da referida lei, na medida em que o exercente de mandato eletivo não pode ser considerado “trabalhador”, no sentido jurídico do termo. Assim, por expressa prescrição do arts. 195, § 4º e 154, I, da Constituição, a contribuição só poderia ter sido criada por meio de Lei Complementar, o que, efetivamente, não restou respeitado pelo legislador.

O Supremo Tribunal Federal, guardião máximo da Lei Maior da República, encerrou a questão no julgamento plenário do RE 351.717/PR, declarando, **em sessão plenária e por unanimidade**, a inconstitucionalidade do art. 13, § 1º, da Lei n.º 9.506/1997, que inseriu a alínea “h” ao inciso I do art. 12, da Lei n.º 8.212/1991, instituindo a contribuição previdenciária sobre exercentes de mandato eletivo.

Depois de reiteradas manifestações da Corte Suprema no mesmo sentido, o Senado Federal, em obediência ao art. 52, X, da Carta Maior, deu eficácia **erga omnes** à decisão do Pretório Excelso no RE 351.717/PR, editando, em 21 de junho de 2005, a Resolução n.º 26, expurgando do ordenamento pátrio a norma declarada inconstitucional.

Ainda ratificando a inconstitucionalidade da contribuição instituída pela Lei n.º 9.506/1997, foi editada a Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004 (eficácia a partir de 18 de setembro de 2004 em razão do princípio constitucional da anterioridade nonagesimal – art. 195, 6º), que, sob fundamento de validade da Emenda Constitucional n.º 20/1998 (que deu nova redação aos incisos I e II do art. 195 da Magna Carta), (re)inseriu, desta vez validamente, os exercentes de mandato eletivo como contribuintes obrigatórios da Previdência Social.

No entanto, a contribuição patronal recolhida entre 1º de janeiro de 1998 e 18 de setembro de 2004⁴ é considerada indevida. Se tais valores estiverem parcelados e em algum momento tenham sido objeto de questionamento administrativo ou judicial pelo Poder Público podem ser excluídos da dívida consolidada dos Estados e Municípios.

8.3 REDUÇÃO DE MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS PREVIDENCIÁRIAS

A Medida Provisória n.º 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei Ordinária n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, trouxe importante modificação em relação as multas previdenciárias.

⁴ Em razão do princípio da anterioridade nonagesimal, previsto no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a contribuição legitimamente criada pela Lei n.º 10.884, de 18 de junho de 2004, só se tornou exigível a partir de 19 de setembro do mesmo ano.

Segundo o disposto no artigo 26 da Lei 11.941/2009, alterou-se o critério para a fixação de multas em decorrência do descumprimento de obrigações acessórias previdenciárias, importando em significativa redução dos débitos de autuações desta natureza. O referido dispositivo acrescentou o artigo 32-A a Lei 8.212/91 e fixou a multa previdenciária de acordo com os seguintes critérios:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

O grande benefício trazido por esta nova disposição legal é seu efeito retroativo a todos os débitos desta natureza, estejam eles consolidados administrativa ou judicialmente, parcelados, ou ainda que não tenham sido julgados definitivamente

na esfera administrativa ou judicial. Isto porque, o artigo 106, inciso II, alínea c do Código Tribunal Nacional determina a aplicação retroativa da lei tributária, “quanto quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Por isso, todas as multas previdenciárias decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias podem ser revistas, de forma a diminuir consideravelmente os valores dela decorrentes.

9 CONCLUSÕES

A partir do estudo e análise do tema proposto, destacam-se as seguintes conclusões:

9.1 É fato que as administrações públicas vem enfrentando graves dificuldades para suprir os anseios de seus cidadãos. Com receitas sempre insuficientes, o nível de investimento dos Estados e Municípios Brasileiros ainda é muito baixo, e precisa ser melhorado.

9.2 Diante desta situação, os Estados precisam encontrar soluções para o aumento de receitas e redução de despesas. A maioria dos Estados, entretanto, ainda não se deu conta de que uma solução para o aumento da capacidade de investimento do Poder é a reestruturação de seu passivo previdenciário, tema de extrema relevância econômica para Estados e Municípios e que precisa ser revisto e reestruturado.

9.3 Buscou-se com o presente trabalho demonstrar a importância do tema, sua repercussão econômica para o Poder Público, e apresentar algumas soluções para a geração de receitas para os Estados da Federação, através da demonstração de alternativas para a redução da dívida pública interna.

9.4 A análise, reestruturação e revisão do passivo previdenciário aumentará de forma considerável o fluxo de caixa dos Estados, aumentando de forma reflexa a capacidade de investimento dos Entes Federados.



DA CAUTELAR FISCAL CONTRA GRUPO ECONÔMICO

Rodinei Candeia ¹

INTRODUÇÃO

1. De regra o Estado não está preparado para enfrentar os casos tributários mais complexos, especialmente aqueles envolvendo grandes empresas e grupos econômicos.

2. Vários fatores interferem nisso. Primeiro a natureza burocrática da função pública, que tende a agir no modelo padronizado, quer seja na área de fiscalização, quer seja na atuação da Advocacia Pública. Depois o volume de trabalho normalmente imposto a esses servidores, que lhe impedem tenham tempo de pensar suas funções e atuarem de forma estratégica e eficaz.

3. As empresas, ao seu tempo, ou descobrem formas de fraudar a tributação ou então contratam escritórios especializados em Direito Tributário e Planejamento, que tanto orientam a buscar as melhores formas de tributação, no caso de profissionais sérios, quanto criam sistemas de burla ao sistema, desembocando na sonegação fiscal.

4. Um dos modos de burla é a atuação de grupo de pessoas e empresas de forma combinada mas não formalizada, a fim de evitar a vinculação entre eles e o desvio de bens.

5. Assim, o presente trabalho parte da experiência em casos concretos há mais de 15 anos, onde se foram ajuizadas ações cautelares fiscais como meio estratégico de combate à sonegação.

ANÁLISE E COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA

6. Tem-se claro que toda teoria, por mais elaborada que possa ser, deva ter aplicabilidade prática. Decorrentemente, é importante que o caso apresentado ao Judiciário não seja sustentado unicamente em teses tributárias, sem demonstração clara da sua importância isolada e da real necessidade da manipulação da cautelar fiscal.

7. A Cautelar Fiscal é um bom instrumento de proteção do interesse público, mas não pode ser banalizado, pena de não ser encarado pelo Judiciário como uma ação importante e destacada, que mereça a atenção que é pedida pelo ente público.

8. Assim, é preciso que o caso que embase o ajuizamento de tão dura medida realmente se justifique, comprovando-se os argumentos fáticos apresentados.

9. Como esse processo é para garantir crédito fiscal, é preciso que se de-

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

monstre que realmente esse será constituído pelo lançamento, com cópia integral do processo administrativo. No caso de ser cautelar prévia à execução, que se demonstre a quais execuções se destina a proteger, narrando-se o andamento dos feitos executivos, para posicionar o Juízo sobre a inviabilização da realização dos créditos, caso não concedida a liminar.

10. Nessa linha, a comparação clara entre a dívida total do Devedor, inclusive com outros entes tributantes, trabalhistas e credores privilegiados, e os bens atingidos pelas execuções é essencial.

11. Um método eficiente de demonstração da situação fática é, antes de ajuizar-se a ação cautelar fiscal, realizar trabalho conjunto com a fiscalização tributária, onde essa diligencie os pontos que servirão de suporte fático para o processo cautelar, especialmente a coordenação de ações entres os vários elementos do grupo econômico, quer sejam pessoas físicas, quer sejam empresas, realizando fiscalização surpresa na sede do Grupo, com apreensão de documentos que revelem o agir conjunto.

12. Conjugando-se com outras diligências administrativas, como busca de atos sociais, o conjunto de documentos produzidos previamente é que dará a substância necessária à boa apreciação do processo cautelar pelo Juízo.

13. Outra boa fonte de informações são as reclamatórias trabalhistas. Sob dois ângulos. Um, do que se pode obter dos empregados que buscam seus direitos. Outro, da tentativa de simular ações laborais, para que sejam constituídos falsos créditos preferenciais, destinados a fraudar a ordem de preferência legal, bem como desviar os valores obtidos com a venda do patrimônio dos devedores.²

14. Assim, a situação fática tem de ser analisada com extremo cuidado, para verificar se realmente é justificante do ajuizamento de ação cautelar fiscal. É um primeiro juízo, que deve o Advogado Público fazer, não banalizando a medida.

15. Uma vez superado esse filtro, a ação deve ser muito bem instruída, demonstrando-se clara e substancialmente ao Juízo a realidade apurada e a necessidade da ação e da liminar, isto é, os requisitos tradicionais das medidas cautelares, com as especificidades da fiscal.

DO GRUPO ECONÔMICO

16. Com base na documentação produzida na fase anterior ao ajuizamento da cautelar, deve-se demonstrar que as pessoas físicas e jurídicas são utilizadas pela Devedora originária como fachada para suas atividades, a fim de desviar bens e recursos do alcance de seus credores, especialmente fiscais, merecendo por isso a desconsideração da personalidade jurídica das empresas envolvidas, ante a evidente simulação de contrato de empresa e sua utilização para fins ilícitos.

17. A atuação conjunta dos vários integrantes do que será caracterizado

² Contra reclamatórias simuladas, pode-se interferir diretamente, com base no art. 129, do CPC, pedindo-se a extinção, bem como com ações rescisórias, caso já julgados os processos.

como Grupo Econômico deve ser clara e lógica, demonstrando-se que isso se dirige à prática de ilícitos, muitas das vezes de ordem criminal.

18. Os fatos devem caracterizar a formação de grupo econômico não formalizado, ante a mencionada atuação conjunta e coordenada de pessoas físicas e jurídicas, de regra dirigidas por um único gestor.

19. Das atividades do Grupo Econômico, além dos fins econômicos diretos obtidos, deve ocorrer graves infrações tributárias, que merecem trato destacado pela cautelar fiscal.

20. Para realizarem-se os créditos tributários sonegados nesse tipo de situação, não basta agir o Estado na normalidade dos processos fiscais, eis que restariam pulverizadas execuções e Réus, não se atingindo os verdadeiros comandantes das operações, nem se localizando os bens adquiridos com o produto das ilicitudes, normalmente colocados em nome de empresas de fachada ou de terceiros.

21. Não se pode deixar de considerar que as condutas dos Grupos Econômicos informais, criados para concorrer deslealmente e burlar o fisco, também caracterizam a prática de outros crimes, como sonegação fiscal e o delito de lavagem de dinheiro, este previsto na Lei 9.613/98.

22. Ao fraudar a fiscalização tributária deixando de informar operações tributáveis, falsificar notas fiscais e documentos, utilizar documentos fiscais e particulares falsos e outros, os devedores incidem nos crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/90, art. 1º, incisos I a V), que tem a Administração Pública como vítima.

23. Ao desviar e utilizar os recursos oriundos dessas práticas para pessoas e empresas de fachada, incidem também no crime de lavagem e ocultação de bens, direitos e valores (Lei. 9.613/98, art. 1º, V, e § 1º, incisos I e II, § 2º, incisos I e II).

DA SUJEIÇÃO PASSIVA DO GRUPO ECONÔMICO A Desconsideração e a Consideração da Personalidade Jurídica

24. Além das pessoas naturais, que são pessoas para o direito pelo simples fato de existirem, o Direito reconhece personalidade às pessoas jurídicas, ou seja, capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações a algumas entidades criadas pelo homem para realizarem melhor determinados fins que ele, individualmente, não conseguiria com a mesma eficácia.³ Devem essas atender aos compromissos éticos da organização jurídica que as permite para melhorarem a vida humana.

25. Partindo-se da opinião que a Pessoa Jurídica é um ente criado pelo Direito, pode-se afirmar também que em determinadas situações o Direito descon-

³ Essa posição adota a teoria da realidade para a personalidade natural mas não para a personalidade jurídica, pois parte da postura que o homem é um fim em si mesmo e que a ordem jurídica é criada para a sua felicidade. Existem basicamente três posturas quanto à personalidade jurídica; uma, de que é o reconhecimento de uma realidade pelo Direito; duas, de que é criada pelo Direito que lhe dá personalidade; três, de que é ficção jurídica, tal como a pessoa natural, como pensam RADBRUCH e RICASÉNS SICHES (KOURY, Suzy Elisabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rd: Forense, 1993, p. 2). Não se pode concordar com a última teoria, pois o homem é o criador da ordem jurídica e a sua personalidade não é criada por ela, mas reconhecida como ponto de partida de toda a sua hierarquia.

sidere essa personalidade para atingir os seus componentes.⁴ Já ROLF SERICK identificava casos de descon sideração da personalidade pela Jurisprudência alemã para atingir o patrimônio dos sócios nos casos de evasão e sonegação fiscal, entendendo REQUIÃO que podia ser trazida para o direito brasileiro a fim de proteger os credores de fraudes perpetradas com utilização abusiva da pessoa jurídica.⁵

Em qualquer caso, todavia, focaliza-se essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito.⁶

26. Ora, a pessoa jurídica é criada não com liberdade de atuação, que no caso raia ao abuso de formas, mas para agir na direção de fins preestabelecidos dentro das normas legais que se aplicam a cada atividade, quer sejam civis, comerciais, tributárias, trabalhistas, administrativos, ambientais ou outros.⁷ A liberdade está nos procedimentos legais possíveis para isso. Toda vez que ela agir fora dos seus fins ou além do que permitem as normas jurídicas que lhe forem concernentes, sua personalidade poderá ser descon siderada. Não porque tenha agido em excesso, mas justamente porque o excesso nunca é o seu agir, que só pode ser dar nos limites estabelecidos ou compreendidos nas normas jurídicas. Quando extrapolar seu objeto social ou infringir a lei, em desvio de função, não estará agindo a pessoa jurídica, mas o homem que se vale dela para o ilícito, contratual ou legal. Decorrentemente, poderão os infratores sofrerem a responsabilização pessoalmente e de forma direta.

⁴ O primeiro caso conhecido de descon sideração se deu pelo famoso Juiz MARSHALL, nos EUA, em 1809, no caso BANK OF UNITED STATES X DEVEAUX, para preservar a Jurisdição Federal sobre as corporations, eis que aquela corte só podia atuar em casos envolvendo cidadãos de estados diferentes, conforme art. 3º, Seção 2ª, da Constituição Americana. GERCI GIARETA aponta como sendo a decisão tomada no caso UNITES v. LEHIGH VALEY R. R. Co, de 1911. É contudo considerado leading case da descon sideração o caso inglês Salomon x Salomon & Co., em que Salomon transferiu todo o seu patrimônio para uma empresa formada com mais 6 parentes, figurando como seu credor privilegiado. Contudo, além de não ser o caso mais antigo, a decisão foi reformada pela House of Lords, que entendeu constituída validamente a empresa, sendo credor privilegiado Salomon. (KOURY, p. 64.). Tal decisão constituiu precedente obrigatório, no entanto criando mais dificuldades à descon sideração do que vantagens.

A idéia da descon sideração está vinculada necessariamente à idéia da personalidade jurídica. Segundo GERCI GIARETA, "A doutrina do disregard sugiu nos Estado Unidos, após a criação da incorporation, como produto da evolução das chamadas sociedade Point Stock Companies; as Limited Partnership Associations, as denominadas close corporations, esta espécie de sociedades com semelhanças às nossas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. ...A evolução para o novo sistema começou com o Estado de Nova Iorque, que concedeu, em 1911, com fins de estímulo a determinadas atividades produtivas, o privilege of self-incorporations. A origem histórica do sistema teria marcado não apenas a linguagem, mas a essência do instituto e suas consequências. Sendo a incorporation um privilégio da pessoa jurídica, do qual não se pode abusar, aí estaria a explicação da própria teoria do disregard", citando a obra "A dupla crise da personalidade da pessoa jurídica (Saraiva, SP:1979), de J. Lamartine (Ajuris (44):112).

⁵ Sobre A DOUTRINA DO SUPERAMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (Disregard of Legal Entity), tratou RUBENS REQUIÃO: "Como acentua Rolf Serick na sua excelente monografia, a doutrina tem acentuada aplicação no terreno do direito tributário, para coartar a sonegação e evasão de impostos, quando se usa a personalidade da sociedade comercial como anteparo.

O ponto mais curioso da doutrina é que sempre os Tribunais que lhe dão aplicação declaram que não põem dúvida da diferença de personalidade entre a sociedade e seus sócios, mas no caso específico de que tratam visam a impedir a consumação de fraudes e abusos de direito cometidos através da personalidade jurídica, como, **por exemplo, a transmissão fraudulenta do patrimônio do devedor para o capital de uma pessoa jurídica, para ocasionar prejuízo a terceiros.**

Não temos dúvida de que a doutrina, pouco divulgada em nosso país, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, **para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade comercial.**

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela **teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito.**(Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 284) - grifou-se.

⁶ Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 284.

⁷ CAIO MÁRIO também entende assim, *Instituições*, p. 201.

27. Assim como a pessoa natural possui uma esfera de privacidade e liberdade, a pessoa jurídica também possui uma esfera jurídica gelatinosa de privacidade e liberdade. Essa esfera possui o contorno da legalidade,⁸ entendido essa em seu sentido amplo, composto de norma, fato e valor, que impõe um compromisso não só com o direito objetivo mas também com os valores humanos e os princípios jurídicos que os recepcionaram. Há imposição de um compromisso com a confiança social nos fins das pessoas jurídicas e nas legítimas expectativas objetivamente que lhe forem imponíveis. Na boa-fé objetiva que deve respeitar na sua conduta, pois ente jurídico criado por permissão da ordem dos homens não lhes pode frustrar os anseios.

28. As teorias mencionadas, principalmente da boa-fé, mais utilizadas nos negócios jurídicos, obrigam àquele que infringe deveres diretos e anexos relativamente ao outro contratante. Trazida para o ato de constituição da pessoa jurídica, obriga esta para com o corpo social. Enquanto no negócio jurídico há um confronto de direitos e obrigações, no ato jurídico de constituição da empresa existe uma convergência de interesse comuns. A vontade não é dos indivíduos, mas a resultante do consórcio entre eles.⁹ O fim é comum e dirigido a obter resultado não com prestações recíprocas dos constituintes, mas para relacionar-se com terceiras pessoas. Assim, ao criar um novo ente de direitos e obrigações, cria também direitos anexos decorrentes do ato constitutivo e dos fins nele previstos mas também presentes obrigatoriamente pelo fim que se espera de toda pessoa jurídica. Cria o direito *erga omnes* para as demais pessoas naturais e jurídicas de que a criatura nunca ultrapassará a fronteira da sua esfera jurídica, atingindo as demais esferas privadas¹⁰ ou a pública. Sendo isso desatendido, é desconsiderada a personalidade e os bens da sociedade para aquele caso concreto são tidos como pessoais dos sócios, podendo serem atingidos.

29. Também não há que se exigir culpa do infrator para haver a desconsideração. Por ser responsabilidade contratual, compreendendo-se ínsito à personalidade jurídica os deveres de comportamento social adequados, anexos, o simples resultado fora dos objetivos ou da lei gera a responsabilidade objetiva,¹¹ tanto da pessoa jurídica, como do agente direto, de forma solidária, pelo inadimplemento dessas obrigações.¹² Até porque, para o direito tributário, são irrelevantes as intenções do agente quanto às infrações (art. 136, do CTN).

⁸ A legalidade aqui serve para os mesmos fins que foi criada quando da Revolução Francesa, isto é, para garantir aos cidadãos que o ente que permitam que exista não venham atingir-lhes nas suas esferas de privacidade, que é o campo de exercício da liberdade garantida pelo mesmo princípio. Também lhes dá segurança jurídica de que não terão coartadas suas liberdades.

⁹ CAIO MÁRIO, p. 200.

¹⁰ Poderia-se dizer então que a pessoa jurídica nunca poderia ser responsabilizada, pois que sempre as infrações são cometidas pelos seus prepostos. Nesse ponto permite-se discordar de SUSY KOURY, que entende não ser caso para desconsideração os ilícitos dos administradores, pois ela ocorre uma vez que há dupla responsabilidade e o gerente age em nome da empresa, não implicando o superamento uma despersonalização definitiva. Sem razão a oposição, pois em primeiro lugar o patrimônio da pessoa jurídica é o primeiro meio de se ressarcir os danos, devendo ser visado sempre para atender-se ao valioso princípio de que os danos devem ser ressarcidos da forma mais integral possível. De uma nova teoria querer eliminar-se uma das formas de atender-se a esse objetivo indenizatório é terrorismo intelectual e volta à etapa de desenvolvimento social e jurídico já ultrapassado pela ciência do direito, quando não havia responsabilidade das pessoas jurídicas.

¹¹ Conforme dispõe o art. 931, do Código Civil.

¹² Ponto interessante já identificado por REQUIÃO e que também afasta a crítica anterior é de que o superamento não implica extinção da personalidade jurídica, mas de desconsideração para aquele ato abusivo. Como cita SUZY KOURY, é a máxima da equidade proposta por ARISTÓTALES, que afirma praticar-se a justiça no caso concreto, o que é recebido por base pela Jurisprudência dos Valores (KOURY, 75).

30. A dificuldade de aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica está vinculada ao sistema em que o problema está inserido. Se da *common law*, aplica-se a desconsideração levando em conta as circunstâncias do caso concreto. Se da *civil law*, busca-se sempre um fundamento legal, especialmente na nulidade decorrente dos vícios sociais.¹³ Se compreender o Direito como um sistema que possui valores como componentes, a solução se simplifica também para o sistema romano-germânico, afastando-se a personalidade toda vez que a conduta da empresa servir como véu à prática de atos que firam esses valores ou que lhe dificultem a aplicação. Nesse último caso tem-se a desconsideração das personalidades jurídicas de empresas coligadas ou subordinadas - os grupos de empresas - para atingir-se o grupo pelo ato de uma. Essencial para caracterizar-se isso é a presença do interesse comum.¹⁴

31. No Direito Brasileiro, o art. 28 do Código do Consumidor inovou ao trazer a desconsideração para a norma escrita¹⁵ e, a partir de 1º de janeiro de 2003, o artigo 50 previu a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso dessa personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, como quando as pessoas jurídicas forem usadas para fins ilícitos, desvio de bens em fraude aos credores, confusão patrimonial de bens particulares com o de empresa de fachada, negócios específicos de desvio de bens, etc. Assim, “*constatada a presença de fraude contra credores ou abuso de direito pela sociedade ou quando esta se presta ou se transforma em instrumento para praticar desonestidades, torna-se passível da desestimação ou despersonalização, para coibir tais abusos*”.¹⁶ A teoria da desconsideração da personalidade é ao reverso uma valorização da dignidade da pessoa humana.¹⁷

32. Se de um lado a lei dá personalidade a agrupamento de pessoas ou patrimônios destacados que forem constituídos em pessoa jurídica como determina, pode o Direito ir mais adiante e reconhecer obrigações ou direitos para um grupo humano ou patrimonial homogêneo^{18 19 20}, porque apesar de não atender às formalidades da lei ou mesmo negar o espírito das normas, atinge os fins sociais previstos no Direito, ou ainda porque possui uma unidade orgânica que a distingue dos indivíduos ou do patrimônio.²¹ Isto é, não é aplicação direta da teoria da realidade, mas uma concepção de juridicidade embasada em valores sociais

¹³ KOURY, 84.

¹⁴ KOURY, 91.

¹⁵ VILLELA, João Baptista. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor. Repertório IOB de Jurisprudência. 11/91, p. 233.

¹⁶ GIARETTA, Teoria, 115.

¹⁷ VILLELA. *Desconsideração*, p. 226.

¹⁸ Poderia-se exemplificar com um grupo de Sem Terras que invadem alguma área, que pode ser demandado como se pessoa jurídica fosse, independentemente de mudarem os seus componentes. Será atingido o patrimônio comum e aqueles que estiverem no momento do ato judicial. Também receberão eventual benefício jurídicos.

¹⁹ Não é aceitação da teoria da realidade, porque parte de uma recepção da existência jurídica do ente, contudo não seja legal. Essa teoria de GIERKE, talvez fosse uma tentativa da burguesia pós-revolução francesa de retirar o poder de o Estado constituir as pessoas jurídicas, obrigando-o a reconhecer personalidade a entidades coletivas organizadas, distintas das de seus membros (KOURY, p. 6).

²⁰ RIBEIRO DE VILHENA entende possuir personalidade jurídica o FGTS. A massa falida, a herança jacente, o espólio, o condomínio, são sujeitos de direitos e obrigações, portanto têm personalidade. Pode também ser legal, como a personalidade jurídica para efeitos de relação trabalhista para as Campanhas de Saúde Pública do Ministério da Saúde estabelecida pelo artigo 18 da Lei 5.026/66 (KOURY, p. 11).

²¹ Como ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições*, p. 199).

permanentes, nascidos e crescidos no processo histórico-evolutivo,²² respeitando-se as peculiaridades de cada sociedade em seu momento destacado.

33. Assim, na cautelar fiscal deve-se descrever a atuação conjunta, que muitas das vezes, além de tipificar a formação de quadrilha, caracteriza verdadeira sociedade de fato que se tem denominado de GRUPO ECONÔMICO, que pode ser sujeito passivo de atuação fiscal, por força do artigo 126, inciso III, do CTN, combinado com art. 12, inciso VII, do CPC, e art. 987,²³ do Código Civil.²⁴

34. Com o mesmo espírito, também o artigo 2º da CLT, § 2º, prevê a responsabilidade solidária do grupo econômico, visando a *“prevenir situações onde o trabalho pudesse ser utilizado como meio de produção de várias empresas e o ônus de pagar a remuneração respectiva recaísse na empresa de patrimônio insuficiente, restando, em conseqüência, lesado o direito do empregado”*.²⁵

35. A Lei 8.212/91 também atribuiu responsabilidade pelas contribuições sociais aos Grupos Econômicos, como se pode ver:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

...

IX – as empresas que integram grupo econômico de **qualquer natureza** respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei. - grifou-se.

36. A ausência de personalidade jurídica da sociedade informal não pode ser oposta para obstaculizar sua responsabilização, conforme o mesmo artigo 12 do CPC, em seu § 2º.²⁶ Atuando as várias pessoas e empresas como se empresas ligadas fossem, na forma do art. 243, §§ 1º e 2º, da Lei 6.404/76, ocorrendo a vedada participação recíproca do art. 244, da mesma norma, é possibilitada a

²² É a velha luta entre uma concepção voluntarista e sofista de mundo, onde não compreendem preceitos perenes, com uma visão determinista e platônica de idéias pré-existentes à realidade. De certa forma também a idéia Aristotélica de experiência anterior ao conceito é recepcionada na primeira postura. Em verdade, existem coisas perenes, comuns a todas as sociedades evoluídas em todos os tempos, desde o Egito que respeitava seus cidadãos, e fatores particulares, comuns e especiais a determinadas sociedades. Como sempre, a teoria eclética serve melhor aos fins humanos.

²³ Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

²⁴ “Podem litigar em juízo as ‘pessoas formais’, as sociedades de fato, as sociedades ainda sem personalidade jurídica, ou já sem personalidade jurídica” (STJ-4ª Turma, Resp 1.551-MG, rel. Min. Athos Carneiro, j. 20.3.90, negaram provimento, v.u. DJU 9.4.90, p. 2743)” (Código de processo civil e legislação processual em vigor/ org. Sel. e notas Theotonio Negrão: com col. José Roberto Ferreira Gouvêa. - 31. ed. atual. 5-1-2000. SP:Saraiva, 2000, pág. 111).

²⁵ SUIANE DE CASTRO FONSECA. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Revista TravelNet Jurídica. Www.tralvenet.com.br/juridica/art47e96.htm, 1996.

²⁶ seu excelente artigo “A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor - aspectos processuais” (Ajuris (54):147/180, 1992, pág. 175). GENACÉIA DA SILVA ALBERTON leciona que:

“Com relação aos grupos econômicos, principalmente, é necessário que a complexidade das organizações não venham a tornar obstáculo ao desenvolvimento do processo em prejuízo do consumidor.

No acórdão referente aos Embargos Infringente n. 588044941, oriundo de Passo Fundo, o Des. Adroaldo Fabrício não se furtou ao exame da garantia do contraditório à instituição que ao final foi condenada, manifestando-se nos seguintes termos: ‘Essa constante identidade de direção, pelo menos no que diz respeito à atuação em juízo de cada uma das instituições, aliada à aplicação perfeitamente cabível da teoria da aparência, permite que se considere contida no chamamento a juízo da sociedade-mãe também o da sociedade filiada. A não se admitir essa construção, beneficiar-se-ia o conglomerado de uma duplicidade de pesos e medidas: para favorecê-lo, valeriam as aparências por ele mesmo criadas deliberada e quiçá maliciosamente; para prejudicá-lo, não tendo-se de ater o Juiz ao rigor formal da identificação de pessoas jurídicas distintas onde todos sabem existir numa completa comunhão de capital, de esforços, de objetivos e de direção.’”

desconsideração da personalidade jurídica do grupo e a responsabilidade solidária²⁷ dos administradores (art. 244, § 6º, Lei 6.404/76), por ter interesse e vínculo com o fato gerador (arts. 124 e 128, CTN).

37. Desde há muito a jurisprudência vem reconhecendo em diversos casos a responsabilidade e legitimidade processual do grupo econômico, como se vê:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO PRORURAL. Pagamento. Responsabilidade solidária. Grupo empresarial.

As contribuições devidas ao PRORURAL pela empresa Agro-Industrial Beledelli Ltda. e recolhidas pela Madeireira Beledelli Ltda., excluem a responsabilidade da primeira, afastando a exigibilidade do crédito, uma vez que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico e são solidariamente responsável pelas obrigações. (Remessa Ex Officio nº 90.04.10891-2-PR, Rel. Juiz Jardim de Camargo, in R TRF 4ª R (29):327/329,1998.

LEGITIMAÇÃO PASSIVA.

Dadas as características dos grandes conglomerados financeiros, integrando formalmente ou não 'grupo de sociedades' (Lei 6.404/76, arts. 265 e segs), apresentam-se eles ao público e à clientela como instituição única, sob denominação abreviada uniforme e freqüentemente operando em um só espaço físico, o da agência do banco comercial, servindo-se as diversas pessoas jurídicas do mesmo quadro funcional. Em tais condições a diferenciação entre as pessoas jurídicas, conquanto inegável o ponto de vista técnico jurídico, tem de ser desconsiderada nas relações com pessoas às quais tal diversidade não se dá a conhecer, ou mesmo se faz questão de ocultar. Aplicável é a teoria da aparência e, em nova e peculiar configuração, a doutrina dos *dirégard*, de modo a reconhecer-se legitimação passiva do banco comercial mesmo que figurante da relação jurídico-material seja a companhia de crédito imobiliário. Essa solução faz parte do elenco de medidas indispensáveis à asseguuração de tutela jurisdicional efetiva ao litigante eventual em face do poderoso, onipresente e multimodo litigante habitual. Embargos Infringentes acolhidos. (Embargos Infringentes n. 588044941 - 3ª Grupo de Câmaras Cíveis - Passo Fundo, R. Jurisprudência do TJRS (146):127/132, 1991.

PROTESTO CAMBIAL INDEVIDO E REGISTRO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. ABALO DE CRÉDITO. DANO MORAL E MATERIAL.

...

LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO DE SOCIEDADES.

²⁷ Ensina FREDERICO MENEZES BREYNER que "Cumpra, no entanto, deixar claro que, configurada a simulação, no sentido técnico-estricto do termo, todas as pessoas jurídicas envolvidas serão responsabilizadas pelo tributo, uma vez que a simulação tem como característica a ciência dos envolvidos, o que os vincula ao fato gerador simulado. Nesse sentido: "Na fraude ou conluio, o interesse comum por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica" (COSTA, Carlos Jorge Sampaio. "Solidariedade Passiva e o Interesse Comum no Fato Gerador", Revista de Direito Tributário nº 4. São Paulo: RT, 1978, p. 304) (in "Responsabilidade Tributária das Sociedades Integrantes de Grupo Econômico, Revista Dialética de Direito Tributário. SP, 2011, p. 68).

Sociedades integrantes do mesmo grupo, controladas e controladora, coligadas ou consorciadas, respondem solidária ou subsidiariamente ao lesado, em face do art. 28 da Lei nº 8.078/90.

...(AC 598293371, 5a. CC TJRS, Rel. Des. Clarindo Favretto, 1998).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS.

Agrupamento de empresas - sua apresentação, representação, aparência e responsabilidade em face de terceiros.

Grupo econômico e solidariedade ativa e passiva das empresas que o compõem.

...(Embargos de Declaração 188043459, 2ª CC TJRS, Rel. Clarindo Favretto, 1989).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONSÓRCIO - TEORIA DA CONFIANÇA - RESPONSABILIDADE EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 86, 147 E 178 § 9º, V, "b", TODOS DO CÓDIGO CIVIL - INOCORRÊNCIA - SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE.

I - O pedido inicial não cuidava de anulação ou rescisão contratual, assim, inaplicável o art. 178, § 9º, V, "b", do Código de Processo Civil.

II - A Câmara Cível decidiu pela vinculação consoante a Teoria da Confiança, essencialmente, examinando as provas existentes nos autos.

III - A partir do momento em que o direito de receber o seu crédito lhe foi negado, aqui nasceu a pretensão resistida e o termo "a quo" da prescrição de seu direito.

IV - Agravo Regimental improvido.

Decisão:

Por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 165201/MG, 3ª Turma do STJ, Rel. Waldemar Zveiter. j. 15.10.1998 Publ. DJU 07.12.1998, p. 81 Lex STJ Vol.: 00117 Maio/1999 Pg:00035

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. SUCESSÃO. EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

1. A empresa individual locatária do posto de gasolina era a devedora originária e rescindiu o contrato de locação.

2. Referido posto foi posteriormente locado à empresa Embargante.

3. Comprovado que o terreno, prédio e instalações do posto de gasolina locado é de propriedade do grupo econômico que a Embargante faz parte e, tendo esta dado continuidade ao mesmo tipo de exploração comercial, verifica-se a sua responsabilidade pela dívida, pela comprovação da ocorrência de sucessão tributária, nos termos do ART-133, CTN.

(Apelação Cível nº 91.04.03035-4/RS (00035870), 2ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Juiz Jardim de Camargo. j. 23.11.1995, Publ. DJ 13.03.1996 p. 14796).

INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DO TRABALHO - JUSTIÇA COMUM - DANO - CULPA GRUPO ECONÔMICO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A responsabilidade civil da empresa, no caso de acidente de empregado em serviço, é a do direito comum, decorrendo o dever de indenizar da existência de culpa ou dolo do empregador.

Provado o contrato de trabalho com uma empresa, a responsabilidade estende-se a outra quando se constituírem em grupo econômico, industrial ou comercial.

No mesmo sentido

Ag. Inst. 259682-7 7ª C. Cível Rel. Juiz G. Augusto 13.08.98

(Apelação (Cv) nº 0218656-1, 4ª Câmara Cível do TAMG, Belo Horizonte, Rel. Juiz Ferreira Esteves. j. 07.08.1996, unânime).

INDENIZAÇÃO - PUBLICIDADE ENGANOSA - TEORIA DA CONFIANÇA - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - LEGITIMATIO AD CAUSAM CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - DIREITO INTERTEMPORAL.

O Código de Defesa do Consumidor contém normas de ordem pública, portanto, de aplicabilidade imediata. Quanto as relações contratuais em

curso quando de sua entrada em vigor, não que se distinguir o momento pré-contratual, que será regido pela lei da época, e os efeitos observados na vigência do Código, que deverão adequar-se a esse Diploma.

Vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor coincidem com aquilo que a doutrina e a jurisprudência professavam há algum tempo, conferindo roupagem nova a antigas concepções. Muitas de suas modificações não importam novidade que despreze todas as construções anteriores, tratando-se de evolução. As limitações a liberdade contratual ocorrem não para exterminá-la, mas para preservar sua essência atingida pelas relações atuais, em face do desequilíbrio entre os contratantes, constituindo o interesse social a pedra angular.

A teoria da confiança atribui responsabilidade aquele que, por seu comportamento na sociedade, gera no outro contratante justificada expectativa no adimplemento de determinadas obrigações. A publicidade integrara o contrato, de acordo com o art. 30 da Lei nº 8.078/90.

Se o consumidor, induzido por publicidade, firma contrato com determinada administradora de consórcio, acreditando que avençava com outra empresa, integrante do mesmo grupo econômico, tendo sido, inclusive, desviados recursos daquela para esta, que conferira sua logomarca ao grupo de consórcio, é enganado, uma vez que a administradora descumpra a avença, não entregando o bem, nem devolvendo os valores pagos, culminando com sua liquidação extrajudicial, poderá exigir da empresa que se ocultava o ressarcimento dos prejuízos que sofreu ao fechar aquele contrato.

Disposições do Código de Defesa do Consumidor, como as referentes a publicidade enganosa, representam evolução da teoria dos vícios do consentimento. A pessoa que foi incitada a celebrar contrato, devido a publicidade enganosa, levando a efeito negócio jurídico que não realizaria caso tivesse visão da realidade, foi induzida a erro, perpetrado pelo dolo daquele que veiculou a publicidade, auferindo benefícios, devendo, pois, responder pelos prejuízos verificados.

No mesmo sentido Ap. Cível 223379-2, 3ª C. Civil Rel. Juiz W. Marotta 30.10.96

(Apelação (Cv) nº 0233177-1, 3ª Câmara Cível do TAMG, Belo Horizonte, Rel. Juiz Wander Marotta. j. 07.05.1997, Publ.: DJ 12.08.97 E RJTAMG 67/249, unânime).

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONSÓRCIO - TEORIA DA APARÊNCIA - BOA-FÉ.

Existe solidariedade passiva decorrente da lei, se comprovado que a empresa comercial participou do negócio da administradora de consórcio, dele

tirando proveito econômico, em virtude de identidade do seu nome com a logomarca utilizada pela empresa consorcial, devendo ser responsabilizada pelos danos causados a consorciados, em obediência a teoria da aparência, que subsiste em favor daquele que age de boa-fé, acreditando contratar com grupo ou empresa diversa da contratada, escudando-se na garantia de seu renome nacional.

(Apelação (Cv) nº 0230214-7, 3ª Câmara Cível do TAMG, Belo Horizonte, Rel. Juiz Duarte de Paula. j. 16.04.1997, unânime).

ACÇÃO ORDINÁRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. MEDIDA CAUTELAR. PERDAS E DANOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

Não é a ré parte ilegítima se consta como empregadora do autor, em sua carteira de trabalho, sendo inoponíveis ao empregado as transformações internas entre empresas que pertencem ao mesmo grupo econômico. A culpa do empregado é evidente, já que o autor prestava serviço limpando as linhas, sem que o responsável pela manutenção tivesse desenergizado a via, o que provocou a forte descarga elétrica que atingiu o autor. Não resultando provada a culpa do Metro, já que a responsabilidade pela prevenção de acidente era da 1ª ré, improcede quanto a ele a acção.

O dano moral e estético deve ser indenizado de maneira mais adequada à gravidade do fato e da lesão, e a pensão deve vigorar enquanto vivo for o autor, e não até 69 anos.

Desprovimento do 1º apelo e provimento parcial do 2º.

(Apelação Cível nº 1999.001.11333, 10ª Câmara Cível do TJRJ, Rio de Janeiro, Rel. Des. Sylvio Capanema. j. 16.11.1999, un.).

RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS RELATIVOS À COMPRA DE IMÓVEL. PERDAS E DANOS. APARTAMENTO SITUADO NO EDIFÍCIO "PALACE I", INTERDITADO PELA DEFESA CIVIL, DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL EM DECORRÊNCIA DO DESABAMENTO E IMPLOSAO DO EDIFÍCIO VIZINHO, "PALACE II". RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR/INCORPORADOR. PERDAS E DANOS. DANO MORAL. MEDIDA CAUTELAR.

Liminar autorizando a suspensão do pagamento das prestações relativas ao financiamento até que o imóvel volte a ter condições de habitabilidade e atribuindo às res as despesas com hotel ou aluguel de outro imóvel durante o período de interdição do prédio. É objetiva a responsabilidade do construtor pela segurança da obra. Constatados vícios e defeitos de construção, que levaram à interdição do prédio pela Defesa Civil, o promitente comprador pode pedir a rescisão do contrato, além de perdas e danos. A empresa que

faz parte do grupo econômico da construtora, além de ter participado ativamente do empreendimento, deve responder solidariamente com aquela. Dano moral criteriosamente arbitrado no valor correspondente a 500 salários mínimos para cada um dos autores. Elevação do percentual da verba honorária de 10% para 20% sobre o valor da condenação, em atendimento às peculiaridades do caso.

Provimento do primeiro apelo e desprovimento dos demais. (ETD)

(Apelação Cível nº 2000.001.20008, 18ª Câmara Cível do TJRJ, Relª. Desª. Cássia Medeiros. j. 20.02.2001, un.)

EMBARGOS INFRINGENTES. CONSÓRCIO. CONTEMPLAÇÃO POR SORTEIO. OPÇÃO POR SORTEIO. OPÇÃO POR OUTRO BEM. FALÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA. AUTORIZAÇÃO DE FATURAMENTO DO VEÍCULO EM NOME DA CONCESSIONÁRIA. NÃO RECEBIMENTO DO BEM PELA CONSORCIADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRADORA DO PLANO CONSORTIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1 - A pretensão de direito material encontra-se albergada no contrato de adesão a grupo de consórcio, cuja qualificação da fornecedora emerge cristalinamente como sendo a administradora, prestadora do serviço, integrante do grupo econômico Auto Latina Volkswagen.

2 - A obrigação imposta à consorciada, por cláusula de adesão, para efetuar a opção por outro bem, deve ter eficácia relativizada diante da obrigação de melhor informação e compreensão do consumidor. A par disso, reserva-se ao princípio da boa-fé a garantia do exercício do direito. A aplicação dos artigos 30 e 54 do CDC.

3 - A responsabilidade solidária da administradora configura-se no fato de a concessionária permitir a modificação do pedido, com suporte na marca do grupo econômico Volkswagen, conduzindo o negócio sob a confiança do consumidor. Inteligência do art. 34 do CDC.

4 - Hipótese concreta em que a relação jurídica consorcial reclama abordagem sob a égide das regras de consumo, em face da nova realidade denominada de "pós-moderna", reflexiva da globalização e acumulação de riquezas e bens intangíveis, conquanto reservado ao princípio da boa-fé objetiva às funções de modificação, adaptação a prestação contratual, ou mesmo a resolução do contrato.

5 - Embargos infringentes providos, por maioria. (20 fls.)

(Embargos Infringentes nº 599178050, Nono Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. Fernando Braf Henning Junior. j. 17.09.1999).

COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E CARÊNCIA DE AÇÃO. ARGUMENTOS REJEITADOS. REVELIA DE UMA DAS DEMANDADAS. CARACTERIZAÇÃO NÃO AFASTADA PELO FATO DE UMA DELAS HAVER CONTESTADO A AÇÃO EM TEMPO HÁBIL. ART. 320, I DO CPC. INTELIGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. MORTE DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO. NÃO CONFIGURAÇÃO, NO CASO. COBERTURA DEVIDA. AÇÃO PROCEDENTE. CONFIRMAÇÃO. APELOS DESPROVIDOS.

- Se o segurado contratou o seguro de acidentes pessoais e pecúlio com determinada companhia, esta encontra-se legitimada para a ação de cobrança do seguro de vida, responsabilidade da qual não pode ela eximir-se em razão de divisão administrativa existente no seio do mesmo conglomerado, pela qual a cobertura securitária passou a ser da responsabilidade exclusiva de outra companhia do mesmo grupo econômico. Mesmo porque, integrando ambas as companhias um único conglomerado financeiro, milita, em favor da beneficiária do seguro, para fins de fixação da legitimidade, a teoria da aparência.

- A revelia da parte demandada firma-se de modo irrefutável quando a contestação produzida não é ofertada no prazo legalmente previsto, não afastando, em relação a uma das acionadas, o fato de a outra demandada haver, tempestivamente, deduzido resistência ao pedido. O art. 320, inciso I, do CPC não tem o condão de descaracterizar a revelia da parte que não contestou a ação em tempo hábil. Apenas, em sendo duas as demandadas e tendo uma delas contestado o feito, não se firmam, a respeito da revel, os efeitos da confissão ficta.

- Não há como entrever-se cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, quando o magistrado sentenciante aceita plenamente os argumentos introduzidos nos autos pela demandada, apenas não lhes emprestando o alcance pretendido pela contestante.

- O fato de o segurado ter ido pescar em lugar perigoso, do que decorreu o seu óbito, não concretiza o agravamento doloso dos riscos para, na forma do art. 1.454 do Código Civil, desobrigar a seguradora de emprestar ao beneficiário a cobertura contratada.

(Apelação Cível nº 98.012461-1, Primeira Câmara Civil do TJSC, Tubarão, Rel. Des. Trindade dos Santos. j. 28.06.1999).

ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" - RESPONSABILIDADE CIVIL - PESSOA JURÍDICA

Hipótese de empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, com sócios, endereço, linha telefônica e escopo comuns - Liquidação extrajudicial

de uma delas administradora de consórcios - Eficácia da situação aparente
- Desconsideração da personalidade jurídica determinada.

Recurso provido para estender a condenação, solidariamente, à empresa excluída do polo passivo em primeira instância.

(Apelação nº 762928-3, 9ª Câmara do 1º TACiv/SP, São Paulo, Rel. Hélio Lobo Júnior. j. 11.05.1999, un.).

38. O Superior Tribunal de Justiça,²⁸ apreciando o Recurso Especial nº 228.357/SP, entendeu possível estender os efeitos da falência às demais empresas do grupo econômico, tendo em vista sua utilização fraudulenta, conforme ementa que se transcreve:

FALÊNCIA – EXTENSÃO DOS SEUS EFEITOS ÀS EMPRESAS COLIGADAS – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – POSSIBILIDADE – REQUERIMENTO – SÍNDICO – DESNECESSIDADE – AÇÃO AUTÔNOMA – PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE.

I - O síndico da massa falida, respaldado pela Lei de Falências e pela Lei n.º 6.024/74, pode pedir ao juiz, com base na teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que estenda os efeitos da falência às sociedades do mesmo grupo, sempre que houver evidências de sua utilização com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.

II – A providência prescinde de ação autônoma. Verificados os pressupostos e afastada a personificação societária, os terceiros alcançados poderão interpor, perante o juízo falimentar, todos os recursos cabíveis na defesa de seus direitos e interesses.

Recurso especial provido.²⁹

39. A utilização fraudulenta das formas jurídicas sempre foi rechaçada pelo direito, uma vez que *“As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem esta obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos”*.³⁰ Há afronta ao dever de boa-fé, pois a aparência transmitida às pessoas relativamente às pessoas jurídicas e negócios

²⁸ Refira-se ser pacífico no STJ que somente pertencer ao mesmo grupo econômico não gera a Responsabilidade solidária das empresas componentes, conforme art. 124, do CTN. No caso que se trata, há Responsabilidade em função da desconsideração da personalidade jurídica e do interesse comum de todas no fato gerador.

²⁹ RECURSO ESPECIAL Nº 228.357 - SP (1999/0077664-0), RELATOR : MINISTRO CASTRO FILHO.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da Aparência. Ajuris (24):222/231, 1989.

dirigidos pelo gestor do Grupo Econômico não correspondem aos documentos de constituição desses atos, aplicando-se a teoria da aparência para realmente considerá-lo como tanto.³¹

40. Especificamente em relação à sociedade de fato, a teoria da aparência é de fundamental aplicação, porque *“Na sociedade de fato, ‘los socios que mediante sua actuación en el tráfico jurídico han creado la apariencia de que entre ellos existe una relación de sociedad válida han de quedar obligados frente al tercero que confía en la apariencia y que con aquellos consertó un contrato como si la relación de sociedad fuese válida. Por consiguiente, responden como socios, es decir, como deudores solidarios, por los negocios concertados en nombre de todos ellos’.*³² Se o agir conjunto induz titularidade de direitos, não pode a constituição formal dissociada da realidade servir para proteger o simulador.

41. Aliás, disposição similar encontra-se desde 1850 no artigo 304 do Código Comercial.³³ A sociedade de fato pode ser demandada em juízo independentemente de juntada dos atos constitutivos, bastando para provar-lhe a existência outras provas que tanto demonstrem, bem como as *“presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu sociedade”*. Enquanto não constituída formalmente a sociedade, esta não poderá demandar contra terceiros, mas estes podem demandar contra todos os sócios solidariamente (art. 301, § 3º, do Código Comercial), mesmo dispositivo que consta no artigo 987 do Código Civil, o qual dispõe que *“Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.”*

42. Ainda, a Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, inseriu o parágrafo único ao artigo 116 do Código Tributário Nacional, que autoriza a autoridade administrativa a desconsideração de atos com fins de dissimular a ocorrência do fato gerador ou dos elementos da obrigação tributária, dentre os quais está o sujeito passivo. Se a própria Administração pode tanto, muito mais o Poder Judiciário em processo onde é assegurado o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa. Além disso, o Código Tributário já dispunha que a capacidade tributária independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional (art. 126, inciso III, do CTN). Ainda, o art. 28 do Decreto nº 2.637/98, que regula o IPI possui dispositivos no

³¹ Segundo ARNALDO RIZZARDO, “Uma pessoa é tida, não raras vezes, como titular de um direito, quando não é, na verdade. Aparece portadora de uma valor ou bem, agindo como se fosse proprietária, por sua própria conta e sob sua responsabilidade. Não está na posição de quem representa o verdadeiro titular, ou de quem se encontra gerindo os negócios alheios... Em outras palavras, produzem-se declarações de vontade que não correspondem à realidade. Firma-se, v. g., a cedência de um direito como seu, levando o cessionário à convicção honesta da aquisição de direitos. Dá-se o aparecimento de uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que as pessoas de boa-fé são levadas a acreditar, realmente, como válidos os atos desse modo praticados.” (Teoria da Aparência, 223).

³² Novamente ensina ARNALDO RIZZARDO, citando Karl Larenz, em obra traduzida para o espanhol (Teoria da Aparência, 224/225).

³³ Ensina a Magistrada Genacéia da Silva Alberton que “A sociedade de fato, por sua vez, é a que se vai constituindo com o decurso do tempo, sem a idéia preconcebida de celebração de um negócio jurídico societário. Porém, em relação a esse tipo de sociedade também há responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios perante terceiros que poderão acionar um, mais de um dos sócios ou a própria sociedade, e mesmo destituida de personalidade jurídica, consequência do art. 304, do Código Comercial...A responsabilidade dos participantes da sociedade irregular ou de fato, por força do art. 305 do Código Comercial, é *in solidum*, abrangendo os sócios ocultos como se fossem ostensivos. Essa comunhão de bens e interesses, por sua vez, assim como permite a ação de terceiros contra a sociedade ou contra qualquer dos sócios...” (in A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor - aspectos processuais, Ajuris (54):147/180, 1992, pág. 151).

mesmo sentido, considerando desimportantes para a sujeição passiva tributária a irregularidade da sociedade, bem como a ausência de sede e estrutura definida, bastando que caracterize grupo econômico ou profissional.³⁴

43. Devem ser rechaçados todos os artifícios utilizados para elisão fiscal, posto que tal delito prejudica toda a coletividade, ao furta-lhe os meios de suprir necessidades básicas, como saúde, educação e segurança, bem como do desenvolvimento solidário. A Cautelar Fiscal é instrumento hábil para combater a sonegação e os maus empresários.

DA CAUTELA FISCAL E INOMINADA

44. Dispõe a Lei 8.397, de 6 de janeiro de 1992, acerca da Medida cautelar fiscal, explicitando quais os casos do seu cabimento:

Art. 2º. A medida cautelar fiscal pode ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, regularmente constituído em procedimento administrativo, quando o devedor:

...

III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) põe ou tenta por seus bens em nome de terceiros; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

³⁴ Art. 28 - A capacidade jurídica para ser sujeito passivo da obrigação tributária decorre exclusivamente do fato de se encontrar a pessoa nas condições previstas neste Regulamento ou nos atos administrativos de caráter normativo destinados a completá-lo, como dando lugar à referida obrigação (Lei nº 4.502, de 1964, artigo 40).

Parágrafo único. São irrelevantes, para excluir a responsabilidade do cumprimento da obrigação ou a decorrente de sua inobservância: I - as causas que, de acordo com o direito privado, excluem a capacidade civil das pessoas naturais (Lei nº 4.502, de 1964, artigo 40, parágrafo único, inciso I, e Lei nº 5.172, de 1966, artigo 126, inciso I);

II - o fato de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios (Lei nº 5.172, de 1966, artigo 126, inciso II);

III - a irregularidade formal na constituição das pessoas jurídicas de direito privado e das firmas individuais, bastando que configurem uma unidade econômica ou profissional (Lei nº 4.502, de 1964, artigo 40, parágrafo único, inciso II, e Lei nº 5.172, de 1966, artigo 126, inciso III);

IV - a inexistência de estabelecimento fixo, e a sua clandestinidade ou a precariedade de suas instalações (Lei nº 4.502, de 1964, artigo 40, parágrafo único, inciso III);

V - a inabitualidade no exercício da atividade ou na prática dos atos que dêem origem à tributação ou à imposição da pena (Lei nº 4.502, de 1964, artigo 40, parágrafo único, inciso IV). (Decreto 2.627/98)

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito.

...

45. O conceito de insolvência nos traz o Código de Processo Civil, em seu art. 748, e se caracteriza quando as dívidas excedem à importância dos bens do devedor.

46. É preciso, portanto, ficar demonstrado que as pessoas físicas e jurídicas estabeleceram um método planejado e organizado de sonegação tributária, sem qualquer compromisso com a sociedade, agindo de forma coordenada como Grupo Econômico, para o não pagamento dos tributos incidentes sobre os negócios jurídicos que praticaram e que praticariam, sendo que nas execuções fiscais ajuizadas ou a serem ajuizadas não há garantia de que existem bens suficientes ao pagamento dos débitos.

47. Presentes as situações dos incisos referidos e com a largueza do IX, estão presentes todos os requisitos do art. 2º, da Lei 8.397, justificando a cautela fiscal contra o Grupo Econômico.

48. A clara pretensão de desvio de bens para alienação, sem proceder às informações cabíveis à Fazenda Pública, também consiste substrato fático ao ajuizamento da medida cautelar fiscal, na forma do art. 2º, inciso VII, da LCF.

49. Pode assim buscar liminarmente a decretação da indisponibilidade de todos os bens das empresas elencadas, dos sócios e demais pessoas também envolvidas, a fim de garantir a realização do crédito tributário, conforme previsão do 4º, da Lei 8.397/92, até o limite da satisfação do créditos e seus acessórios.

50. O § 1º do art. 4º, da Lei 8.397/92, parece limitar a possibilidade da cautelar fiscal ao ativo permanente da pessoa jurídica e às pessoas ali referidas, isto é, aos bens do acionista controlador ou daqueles que tenham poderes para fazer cumprir a obrigação tributária.

51. No entanto, a literalidade do texto não considera a situação de Grupo Econômico não formalizado, quando será considerado sociedade de fato, respondendo todos os envolvidos de forma integral e solidária, com todos os bens, inclusive aqueles não pertencentes ao ativo permanente.

52. De qualquer forma, o parágrafo mencionado não pode frustrar a própria Lei da Cautelar Fiscal, quando, no caso concreto, os bens do ativo permanente forem insuficientes ou inexistentes, havendo outros, como recursos financeiros, a serem indisponibilizados.

53. Outra solução interpretativa é o uso da cautela inominada prevista no art. 798, do CPC, pleiteando-se medidas que não se encaixem na literalidade da Cautelar Fiscal.

54. O direito para servir de supedâneo à concessão da cautelar já *in limine* não é apenas possibilidade jurídica do pedido - *fumus boni iuris*, que deve ser demonstrado pelas infrações, desvios de bens, documentos e outros que constituíram o crédito tributário e embasaram a pretensão executiva.

55. Sob interesse jurídico na concessão imediata da medida, deve ser considerada a técnica apurada de sonegação e a incerteza sobre a existência e patrimônio das empresas para identificar-se o *periculum in mora* existente.

56. Havendo isso, estão presentes os requisitos da concessão liminar da medida.

57. Obviamente, a concessão liminar de prestação jurisdicional, especialmente na forma prevista na Lei 8.397/92, no seu artigo 7º, traz a idéia de ferimento ao princípio do contraditório. De outro lado, a não concessão implica desprestígio do interesse público colimado pelo Estado.

58. Assim, leva-se aos magistrados uma encruzilhada. Ou defere o pedido e causa desconforto àquele que procede de modo ilegal ou temerário, mas na direção do bem coletivo da realização do crédito tributário; ou indefere e prestigia o contraditório, elevando-o a dogma inafastável diante de qualquer situação, mesmo a necessidade premente do adiantamento da pretensão jurisdicional.

59. Há polarização do dilema, devendo o MM. Juiz executar o exercício de raciocínio tão bem sintetizado por KARL LARENZ, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*:³⁵

A 'ponderação de bens no caso concreto' é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas - para as quais falta uma regra expressa na lei - para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto. Do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentenças dos mais altos tribunais, se não de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as cir-cunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a 'ponderação' de bens será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua.

³⁵ *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 502.

60. Como os bens apresentados têm medidas diferentes, sendo o interesse público mais importante do que eventual indisponibilidade de bens, que não retira a propriedade e nem tampouco o direito de administração, é caso de ser concedida liminarmente a medida cautelar contra o Grupo Econômico que abusa das formas e disformas jurídicas, atuando conjunta e coordenadamente, com base no art. 126, III, do CTN, e o novo parágrafo único do art. 116 do CTN, inserido pela LC 104/2001.³⁶

61. Podem os entes públicos pleitearem liminarmente a concessão de medida cautelar fiscal e também inominada para determinar-se a indisponibilidade o arresto de todos os bens do réus, comunicando-se a todos os órgãos e entidades cabíveis, inclusive agregando-se pedido de busca e apreensão.

CONCLUSÃO

62. Podem os entes públicos valerem-se da ação cautelar fiscal como forma de combate à atuação sonegatória de Grupos Econômicos.

63. Para isso é preciso fornecer suporte fático substancial à Justiça, dando segurança ao magistrado que apreciará o processo e atendendo-se aos requisitos legais.

64. Passo seguinte à desconsideração da personalidade jurídica, é possível a consideração do Grupo Econômico não formalizado como entidade una, para fins de responsabilização tributária, respondendo todos os seus integrantes de modo integral e solidário.

65. É possível, assim, o exercício de ação cautelar fiscal, inclusive com pedidos de cautela inominada, para garantia de crédito tributário decorrente de operações dos integrantes de Grupo Econômico.

³⁶ "Art. 116..

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA: RESPONSÁVEL EM SENTIDO ESTRITO

Luiz Fernando Barboza dos Santos¹

Resumo: o presente artigo visa a abordar alguns tópicos atinentes à sujeição passiva tributária, mais especificamente à responsabilidade tributária em sentido estrito, trazendo a lume a opinião de renomados doutrinadores e analisando criticamente antigas e novas polêmicas que norteiam a matéria.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade tributária. 2.1. Conceito. Limites. Causas. 2.2. Natureza jurídica. Autonomia da relação jurídica de responsabilidade tributária. 2.3. Distinção e debate acerca da classificação entre sujeito passivo direto e sujeito passivo indireto. Classificação. 3. A responsabilidade de terceiros: abordagem doutrinária e jurisprudencial do artigo 135, III, do CTN. 3.1. O artigo 135, III, do CTN. Elementos caracterizadores. 3.1.1. Sujeitos. 3.1.2. Necessidade do dolo. 3.1.3. Pressupostos fáticos. 3.2. Da forma de constituição da responsabilidade do administrador. Natureza. 3.4. Evolução jurisprudencial acerca da matéria. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar a sujeição passiva em matéria tributária, mais especificamente a responsabilidade tributária em sentido estrito.

O tema restou dividido em duas partes. Na primeira, aborda-se as noções gerais acerca da responsabilidade tributária, estudando-se o conceito do instituto, sua natureza jurídica, bem como a distinção entre as figuras do contribuinte e responsável. Esta parte versa, ainda, sobre a autonomia da relação jurídica ensejadora da responsabilidade tributária, assim como, em breve síntese, acerca das espécies de responsabilidade previstas no ordenamento jurídico pátrio.

A segunda parte restringe-se ao estudo da responsabilidade dos sócios-gerentes e administradores de pessoas jurídicas, prevista no artigo 135, III, do CTN. Aqui, busca-se detalhar o referido dispositivo legal, analisando-se as possibilidades e causas da referida responsabilidade de terceiros, fazendo-se uma abordagem sobre a evolução da jurisprudência acerca do tema, bem como introduzindo-se novas questões para o debate.

Ressalte-se, por fim, a importância e necessidade da discussão do tema, o qual, muitas vezes, recebe valoração aquém do que representa no contexto do direito tributário. Não se olvide que a sistematização e compreensão teórica da matéria são imprescindíveis à solução de diversos casos práticos envolvendo ações ordinárias que questionam a figura do substituto tributário, bem como execuções

¹ Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul – UFRGS.

fiscais que busquem à obtenção do crédito tributário por meio da responsabilização dos sócios-gerentes.

2 RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA

2.1 Conceito. Limites. Causas

O conceito de responsabilidade tributária deve ser desvelado a partir do artigo 121² do CTN.

Nos termos deste dispositivo legal, verifica-se que o gênero sujeição passiva tributária comporta duas espécies: contribuinte e responsável. Contribuinte é aquele que tem ligação pessoal e direta com o fato gerador, ou seja, aquele que pratica a conduta eleita pelo legislador ordinário como reveladora de capacidade contributiva. O responsável, por sua vez, é a terceira pessoa a quem a lei determina a obrigação de pagar o tributo.

Na doutrina não se logra encontrar uma definição específica acerca da responsabilidade tributária, diferentemente do que ocorre com o conceito de contribuinte. Os doutrinadores dissecam o instituto a partir da idéia exposta no CTN, no sentido de que o responsável é o terceiro designado por lei para o pagamento do tributo.

A partir desta idéia conceitual, pode-se trabalhar com os limites e causas da responsabilidade tributária,

Com relação aos limites, afigura-se necessário, em um primeiro momento, verificar se a escolha do “terceiro” pode se dar de forma aleatória ou se, ao contrário, deve guardar alguma pertinência com o fato gerador ou com a pessoa do contribuinte.

O artigo 128³ do CTN determina de forma expressa que o terceiro deve ter vinculação com o fato gerador da obrigação tributária.

Contudo, Maria Rita Ferragut⁴ amplia a determinação legal:

Entendemos que o legislador é livre para eleger qualquer pessoa como responsável dentre aquelas pertencentes ao conjunto de indivíduos que estejam (i) diretamente vinculadas ao fato jurídico tributário ou (ii) direta ou indiretamente vinculadas ao sujeito que o praticou.

Esses limites fundamentam-se na Constituição e são aplicáveis com a finalidade de assegurar que a cobrança do tributo não seja confiscatória e atenda à capacidade contributiva, pois, se qualquer pessoa pudesse ser obrigada a pagar tributos por conta de fatos praticados por outras, com quem não

² “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.”

³ “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.”

⁴ FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002. São Paulo: Noeses, 2009, p. 38.

detivessem qualquer espécie de vínculo (com a pessoa ou com o fato), o tributo teria grandes chances de se tornar confiscatório, já que poderia incidir sobre o patrimônio do obrigado e não sobre a manifestação de riqueza ínsita ao fato constitucionalmente previsto. Se o vínculo existir, torna-se possível a preservação do direito de propriedade e do não-confisco.

A referida autora alarga a limitação prevista no Código, eis que, a par da vinculação indireta ao fato jurídico, admite, ainda, a vinculação ao sujeito que realizou o fato (hipótese não contemplada em lei).

Salvo melhor juízo, parece-nos que a posição da doutrinadora é perfeitamente sustentável, por meio do exemplo da responsabilidade do pai pelo pagamento do IPTU devido pelo filho menor. A responsabilidade neste caso não decorre de qualquer ligação do pai com o fato gerador do imposto, senão do vínculo existente com o contribuinte (aquele que “realizou” o fato gerador).

Assevere-se, contudo, que tal limitação não se encontrava prevista no anteprojeto do Código (1953), cujo artigo 163 assim dispunha:

Art. 163. Sem prejuízo do disposto no Capítulo V do Título IV do Livro V, a lei tributária poderá atribuir de modo expresso a responsabilidade pela obrigação tributária principal a terceira pessoa, expressamente definida, com a exclusão da responsabilidade do sujeito passivo, ou em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação por parte deste.

Todavia, como bem relata Sacha Calmon Navarro Coelho,⁵ a ideia de responsabilização do terceiro independentemente de vinculação não logrou êxito:

Na Comissão do IBDF, Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, hoje ABDF (Associação Brasileira de Direito Financeiro), por inspiração do notável tributarista carioca, Dr. Gilberto Ulhôa Canto, foi formulada uma modificação no corpo do artigo, ao argumento, de que “como está redigido não nos parece que possa subsistir. Permitiria a transferência do ônus tributário a qualquer terceiro sem nenhuma justificativa, e facultaria a discriminação. É mister, para que se torne razoável, condicionar-lhe a aplicação aos casos em que o terceiro tenha alguma vinculação ao fato gerador ou aos atos, negócios ou relações que lhe dão origem. Acrescente-se: ... desde que seja parte interveniente na situação ou ato definidos como fato gerador da obrigação.

(...)

A Emenda proposta, adiante-se foi acolhida pelo governo, embora com outra redação (Projeto Osvaldo Aranha, 1954). Passou-se a dizer que a responsabilidade seria de “terceira pessoa vinculada de fato e de direito ao respectivo fato gerador.”

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 602..

No que pertine às causas que dão azo à existência do instituto da responsabilidade tributária, pode-se elencar basicamente duas: a) **causa arrecadatória**, que possui duas modalidades: a.1) **conveniência** (exemplos: substituição tributária, em que se verifica ser mais fácil fiscalizar apenas um sujeito, do que milhares; obrigação da fonte pagadora recolher o Imposto de Renda sobre salários, caso em que se evidencia uma maior possibilidade de diminuir a inadimplência); a.2) **necessidade**, tendo em vista que, muitas vezes, o sujeito passivo originário desaparece, como nos casos da sociedade incorporada ou de pessoa física que falece; b) **causa sancionatória**: a lei determina que o terceiro seja responsável pelo tributo, como forma de sanção pelo ato praticado com dolo (ex: artigo 135 do CTN).

2.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do instituto da responsabilidade tributária é tema que enseja controvérsia na doutrina.

Para Alfredo Augusto Becker,⁶ a responsabilidade tributária decorre de uma relação jurídica de natureza fiduciária. Segundo o renomado doutrinador, a responsabilidade tributária ocorre quando “a lei outorga ao Estado o direito de exigir de outra pessoa a satisfação da prestação jurídico-tributária somente depois de ocorrer o fato da não-satisfação de prestação tributária pelo contribuinte de fato”.

Desta concepção decorre a existência de duas regras: uma de cunho tributário, cuja ocorrência do fato gerador previsto em lei desencadeia a obrigação entre o contribuinte e o Estado; outra de cunho fiduciário, cuja hipótese de incidência é a inadimplência da prestação jurídica prevista na primeira regra, e que tem como partes o Estado e o responsável legal tributário.

O professor gaúcho ensina, ainda, que não há responsabilidade tributária nos casos em que: a) o Estado pode exigir o tributo somente de uma pessoa, ainda que esta não seja aquela vinculada diretamente ao fato gerador (substituição tributária); b) o Estado pode, simultaneamente, dentre dois indivíduos, escolher de qual deles exigirá a prestação pecuniária (solidariedade tributária). Ocorre que, em tais casos, não haveria a existência das duas regras (tributária e fiduciária) aludida por Becker.

Já Paulo de Barros Carvalho⁷ defende que as relações jurídicas integradas por sujeitos passivos alheios ao fato tributado apresentam a natureza de sanção administrativa.

Na opinião de Maria Rita Ferragut,⁸ a norma que regula a responsabilidade tributária tem natureza tributária. Tal pensamento, segundo a autora, não se coaduna com a posição da maioria da doutrina, para quem a norma que regula a responsabilidade é não-tributária, variando seu caráter entre norma fiduciária e norma de sanção administrativa.

⁶ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2001, p. 593/595.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 209.

⁸ Op. cit, p. 47/52

De outra banda, cumpre salientar que, independentemente da sua natureza, a relação jurídica de responsabilidade possui, ao mesmo tempo, características de dependência e autonomia.

Neste aspecto, cumpre trazer à baila a lição de Leandro Paulsen:⁹

A responsabilidade tributária, ao mesmo tempo em que é dependente da existência da relação de cunho contributivo entre o Fisco e o contribuinte, guarda autonomia frente a esta.

É dependente porque cumpre uma função de garantia quanto à satisfação da obrigação principal pelo contribuinte (...).

É, de outro lado, autônoma porque possui seu próprio pressuposto de fato, seus próprios sujeitos e seu próprio objeto.

No mesmo sentido é a doutrina do professor espanhol Ferreiro Laptaza:¹⁰

(...) el nacimiento de la obligación de responsable requiere la realización de dos presupuestos de hecho diferentes. El presupuesto de hecho del que deriva la obligación de los sujetos pasivos o deudores principales y el presupuesto de hecho de que deriva la obligación de pagar la cantidad también por elle debida (FERREIRO LAPATZA, José Juan. Curso de derecho español. 25. ed. Madrid: Marcila Pons, 206. p. 445).

Assim, a par da tormentosa discussão acerca da natureza jurídica da responsabilidade tributária, resta pacificado, ao menos, que o instituto possui, ao mesmo tempo, características de autonomia e dependência.

2.3 Distinção e Debate Acerca da Classificação entre Sujeito Passivo Direto e Sujeito Passivo Indireto

Primeiramente, cumpre gizar que o tema poderia ter sido tratado no item 2.1. Contudo, em face da polêmica envolvendo o assunto, mostra-se mais produtivo tratar a questão neste item específico.

Parte da doutrina nacional, embasada pelas idéias de Rubens Gomes de Souza – um dos co-autores do projeto do CTN -, defende a existência de uma sujeição passiva direta e de uma sujeição passiva indireta.

Conforme o CTN, dentre os primeiros estariam os contribuintes e dentre os segundos os responsáveis. Este últimos, por sua vez, seriam divididos em responsáveis por substituição e responsáveis por transferência (solidariedade; sucessão; responsabilidade).

Não obstante esta classificação encontre guarida entre renomados tributaristas, impende referir a existência de vozes contrárias (i) quanto à possibilidade/

⁹ PAULSEN, Leandro. Responsabilidade Tributária: Seu Pressuposto de Fato Específico e as Exigências para o redirecionamento da Execução Fiscal. Revista de Estudos Tributários, São Paulo, nº 68, p. 7-20, 2010, p. 9/10.

¹⁰ FERREIRO LAPATZA, José Juan Apud PAULSEN, Leandro. Op cit, p. 10.

utilidade de se estabelecer esta classificação, bem como (ii) quanto à forma e à organização da mesma.

Paulo de Barros Carvalho¹¹ refere que:

Os ensinamentos que contém na lição transcrita [que apresentam a classificação da responsabilidade em responsabilidade por substituição e responsabilidade por transferência] trouxera importantes subsídios para o bom entendimento do fenômeno jurídico da sujeição passiva. Todavia, foram elaborados quando os conceitos da ciência do Direito Tributário se achavam em grande parte impregnados pela inconveniente influência de categorias estranhas, principalmente de caráter econômico.

Daí a procedência de duas observações a respeito da frutuosa construção doutrinária: a) não haveria, em termos propriamente jurídicos, a divisão dos sujeitos em diretos e indiretos, posto que repousa em consideração de ordem econômica. Interessa, do ponto de vista jurídico-tributário, apenas quem integra o liame obrigacional. O grau de relacionamento econômico da pessoa escolhida na endonorma com o evento que fará nascer o vínculo fiscal é algo que se afasta da cogitação do Direito e pertenceria mais ao campo de indagação da Economia ou da Ciência das Finanças;

A crítica do professor Paulo de Barros, contra a concepção defendida por Rubens Gomes de Souza, para quem o sujeito passivo tem relação **econômica** direta com o fato jurídico, guarda pertinência com uma visão positivista do direito, de caráter essencialmente *kelseniano*, dentro da ideia de buscar uma teoria pura do direito, sem qualquer influência da moral ou de outras ciências.

A par desta crítica, com a qual se deve guardar as devidas ressalvas, cumpre referir que boa parte da doutrina discorda, ainda, da classificação apresentada pelo Código, especialmente no que pertine à inclusão da figura do substituto como responsável tributário.

Conforme lição acima referida, Alfredo Augusto Becker aduz que não há responsabilidade tributária nos casos em que: a) o Estado pode exigir o tributo somente de uma pessoa, ainda que esta não seja aquela vinculada diretamente ao fato gerador (substituição tributária); b) o Estado pode, simultaneamente, dentre dois indivíduos, escolher de qual deles exigirá a prestação pecuniária (solidariedade tributária).

A contrário senso, o renomado doutrinador assevera, que haverá responsabilidade quando “a lei outorga ao Estado o direito de exigir de outra pessoa a satisfação da prestação jurídico-tributária somente depois de ocorrer o fato da não-satisfação da prestação tributária pelo contribuinte de jure”.¹²

Evidencia-se, pois, que a discordância de BECKER, no que pertine à inclusão do substituto tributário como responsável, reside no fato de o substituto assumir a condição de sujeito passivo em momento anterior à ocorrência do fato gerador.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da Norma Tributária, 5ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 169.

¹² Op. cit., p. 593-594

O CTN, por sua vez, classifica o substituto tributário como responsável, pois distingue o sujeito passivo direto e indireto não pelo momento de ingresso no pólo passivo (tal qual BECKER), senão pelo fato econômico, ou seja, através da verificação de quem tem o contato direto com o fato gerador.

COELHO¹³ afirma que “a sujeição passiva indireta dá-se apenas nos casos de transferência com alteração dos obrigados”, fato que ocorre na substituição tributária, na qual o substituto, em momento anterior à ocorrência do fato gerador, por disposição legal, é colocado no lugar do contribuinte. Neste caso, **a lei não substitui, mas institui o sujeito passivo.**

Segundo COELHO, a divisão da sujeição passiva deveria ocorrer da seguinte forma: a) sujeito passiva direta: a.1) contribuintes; a.2) substituto tributário do contribuinte; b) sujeição passiva indireta: b.1) por sucessão (arts. 130 a 133 do CTN; b.2.) por imputação legal (artigos 134 e 135 do CTN); b.3) por assunção “ex voluntante” (aval, fiança, oferta de bens imóveis em garantia por débito de terceiro).

Conclui-se, pois, que a definição, ao menos sob o prisma doutrinário, sobre quais figuras devem ser classificadas como sujeitos passivos diretos e quais merecem ser classificadas como sujeitos passivos indiretos, encontra-se longe de ser pacificada.

As críticas oriundas da doutrina dão conta de que tal classificação terá variações, conforme o critério adotado para fundamentar o instituto da sujeição passiva direta e indireta (por exemplo: pode-se adotar o critério do momento da ocorrência do fato gerador: se antes deste, a sujeição é direta; se posterior a este, a sujeição será indireta. Neste caso, o resultado final será diverso do previsto o CTN, o qual, como já referido, incluiu o substituto tributário como sujeito passivo indireto, por se ater a conceitos de ordem econômica).

3 A REPONSABILIDADE DE TERCEIROS: ABORDAGEM DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO ARTIGO 135, III, DO CTN

Primeiramente, cumpre asseverar que a segunda parte deste trabalho limita-se a analisar a questão da responsabilidade prevista no artigo 135, III, do CTN.

A razão da escolha encontra-se no fato de que a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado, por atos praticados com excesso de poder, infração à lei, contrato social ou estatutos é, sem dúvida alguma, a mais corriqueira forma de responsabilidade enfrentada pelos operadores do direito no cotidiano forense.

Sinale-se que, embora a jurisprudência possua posições praticamente pacificadas sobre o tema, muitos aspectos atinentes a esta norma ainda precisam ser desvelados e debatidos, a fim de se elucidar questões que ainda remanescem pendentes.

¹³ Op. cit., p 600

3.1 O Artigo 135, III, do CTN. Elementos Caracterizadores

O artigo 135, III, do CTN, prevê:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Com base no disposto no referido artigo e levando-se em consideração que o mesmo se encontra dentro da Seção III, atinente à responsabilidade de terceiros, a doutrina e a jurisprudência sistematizam os elementos necessários a sua caracterização.

3.1.1 Sujeitos

Preliminarmente, cumpre não olvidar que a responsabilidade somente poderá recair sobre quem detenha poderes de gestão (sócio-gerente na sociedade limitada e diretores nas S/As, por exemplo). A simples condição de sócio não tem o condão de ensejar a responsabilidade prevista no aludido artigo, consoante remansosa jurisprudência.

Segundo Maria Lúcia Aguilera,¹⁴ justamente em virtude desta característica, é que a responsabilidade tributária do artigo 135, III, do CTN não se confunde com a desconsideração da personalidade jurídica (artigo 50 do CC):

Desta forma, a responsabilidade de terceiros, referida no preceito em análise, não pode ser confundida com a desconsideração da personalidade jurídica, instituto que visa a atingir o patrimônio pessoal dos sócios, sendo irrelevante se estes são, ou não, administradores do empreendimento.

Ademais, segundo a mesma autora, o artigo 135, III, do CTN somente comporta os administradores designados no contrato social ou estatuto da sociedade. Desta feita, na hipótese de simulação de atos societários, com a inclusão de interpostas pessoas na gestão do empreendimento (“laranjas”), os eventuais sócios “ocultos” - aqueles que, de fato, administram a sociedade – não podem ser responsabilizados com base no aludido artigo, senão com base no artigo 124, I, do CTN (responsabilidade solidária por interesse comum).

Tal entendimento, s. m. j., não parece o mais adequado. Em primeiro lugar, porque a limitação da responsabilidade apenas aos sócios-gerentes que constam do contrato social e estatutos fomenta a perpetuação de fraudes, com a inclusão de pessoas sem patrimônio e sem poder de fato¹⁵ – conhecidos como “laranjas” - na condição de administradores da sociedade.

¹⁴ AGUILERA, Maria Lúcia. *A Responsabilidade de Terceiros Decorrente da Prática de Ilícitos e o Lançamento de Ofício: o Caso da Responsabilidade Pessoal dos Administradores*. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinícius (coord.). *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 129/130.

¹⁵ Na prática, coloca-se o “laranja” como sócio-gerente da sociedade, sendo que este concede uma procuração com amplos poderes a um terceiro, que é aquela pessoa, detentora de patrimônio, que, de fato, administra o negócio.

Em segundo lugar, ainda, que se possa responsabilizar o verdadeiro administrador com base na responsabilidade solidária por interesse comum (artigo 124, I, do CTN), afastar a aplicação do artigo 135, III, do CTN, em tais casos, é conferir a este dispositivo uma interpretação demasiadamente restritiva.

Por fim, referida restrição foge ao escopo de princípios como a boa-fé e o dever de cooperação, devendo-se, pois, desde que devidamente comprovado, imputar a responsabilidade aos sócios que, de fato, administram a empresa, independentemente de seus nomes constarem no contrato social ou estatuto.

3.1.2 Necessidade de Dolo

A responsabilidade tributária prevista no artigo 135, III, do CTN, exige uma conduta dolosa do gestor. Não se admite a responsabilidade com base na culpa e, muito menos, a responsabilidade de caráter objetivo.

Segundo o Ministro aposentado do STF, Carlos Mário Velloso¹⁶ – fl. 224:

Não se trata de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, decorrente de dolo (art. 135). A mera culpa está na responsabilidade do art. 134 do CTN.

Em decorrência disto, verifica-se que, em sede de execução fiscal, não se mostra possível que a Fazenda limite-se apenas a postular a responsabilidade do sócio-gerente com base no artigo 135, III, do CTN, devendo, pois, comprovar o ato doloso praticado pelo administrador.

3.1.3 Pressupostos Fáticos

Com base no *caput* do artigo 135 do CTN (São pessoalmente **responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes** de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos), parte da doutrina interpreta que a responsabilidade somente surge de atos praticados com excesso de poder, infração à lei, contrato ou estatuto que resultem no surgimento de obrigações tributárias. Logo, o referido ato ensejador da responsabilidade deve ocorrer anteriormente ao surgimento da obrigação.

Neste sentido, Maria Lúcia Aguilera:¹⁷

No caso, o conceito de obrigações tributárias 'resultantes' estaria a denotar a ocorrência de um ato/fato jurídico complexo, composto de três aspectos: (i) um ato praticado com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos (ato ilícito); (ii) um fato gerador do tributo (ato/fato lícito); e (iii) uma relação de causalidade entre o ato ilícito do administrador e o fato lícito, hipótese de incidência do tributo devido pela sociedade.

¹⁶ VELLOSO, Carlos. *Responsabilidade Tributária e Redirecionamento da Execução Fiscal – Responsabilidade dos Sócios*. Revista de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, nº 101, p. 224.

¹⁷ Op. cit., p 131.

Sob tal perspectiva, no encadeamento fático do ilícito praticado pelo administrador contra a sociedade, deve estar contido um fato jurídico lícito capaz de dar nascimento a uma obrigação tributária da sociedade, cumprindo não confundir ilícito societário e ilícito tributário.

Contudo, conforme elucida a própria autora, esta interpretação restou alterada ou, ao menos, ampliada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que admitem de forma pacífica a responsabilidade dos administradores no caso de dissolução irregular da sociedade. Afirma a doutrinadora que, nestes casos, a responsabilidade é atribuída aos administradores sem que exista a necessária relação de causalidade entre o ilícito societário praticados por estes e os fatos geradores dos tributos devidos pela sociedade.

Diante desta interpretação mais elástica conferida pelos Tribunais Superiores (parece-nos que com o fito de evitar a conduta fraudulenta de “fechar as portas” da empresa e impossibilitar a cobrança do tributo devido), a doutrinadora sustenta ser necessário reconhecer, nos termos do artigo 135, III, do CTN, a existência de, no mínimo, duas hipóteses de incidência de responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário:¹⁸

(i) aquela em que o encadeamento fático do ilícito societário desdobra-se na ocorrência de um fato gerador do tributo; e (ii) aquela em que o ilícito societário é causa da impossibilidade de adimplemento da obrigação tributária pela sociedade.

A par da discussão acima exposta, cumpre reiterar que o ato originário da responsabilidade prevista no artigo 135, III, do CTN, deve ser aquele praticado com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto.

No entanto, cumpre referir que parte minoritária da doutrina refere que só haverá responsabilidade nos casos de ilícito societário grave ou qualificado, ou seja, aquele praticado fora dos limites de competência do referido administrador, em nome da pessoa jurídica, mas no interesse pessoal do próprio administrador.

O ilícito societário leve, ou seja, aquele praticado fora do limites de competência do referido administrador, em nome e no interesse da pessoa jurídica, não teria o condão de gerar a responsabilidade de terceiro.

Tal tese é sustentada por Maria Lúcia Aguilera.¹⁹

Em sentido oposto, a maioria da doutrina defende que, mesmo que a sociedade tenha se beneficiado do ato ilícito praticado pelo administrador, ainda assim este responderá pessoalmente pela obrigação perante o Fisco.

Segundo Maria Rita Ferragut,²⁰ “a relação jurídica tributária não se altera em função de a sociedade ter se beneficiado do ilícito, pela simples razão de que inexistente previsão para tanto”.

Se o administrador pratica um ato com o firme escopo de não pagar o

¹⁸ Op Cit., p. 132.

¹⁹ Op. cit., p. 133/137.

²⁰ Op. cit. 137/138

tributo e, com isto, beneficia a sociedade, temos que o único prejudicado com esta atuação “conjunta” foi o Fisco. Não cabe, pois, eximir a responsabilidade do administrador pelo fato de que não se beneficiou diretamente do seu ato.

3.2 Da constituição da responsabilidade do administrador. Natureza

O tema acerca da forma de constituição da responsabilidade do administrador enseja grande debate.

Parcela da doutrina defende ser indispensável que a responsabilidade do terceiro seja apurada em processo administrativo, no qual seja verificada a ocorrência de fato específico da responsabilidade, oportunizando ao responsável o pleno exercício do seu direito à ampla defesa. Neste sentido é o posicionamento de Leandro Paulsen.²¹

O aludido doutrinador, a fim de comprovar a correção de sua tese, invoca a Ley General Tributaria española (LGT/Ley 57/2003), que em seu artigo 41.5 dispõe:

(...) la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extension.

Refira-se que, dentro da posição sustentada pelo autor, restaria, s. m. j., inviabilizada a responsabilidade de terceiros com base na dissolução irregular da sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, contudo, no julgamento do EREsp (Embargos de Divergência) nº 702.232/RS, decidiu:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 135 DO CTN. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. EXECUÇÃO FUNDADA EM CDA QUE INDICA O NOME DO SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISTINÇÃO.

1. Iniciada a execução contra a pessoa jurídica e, posteriormente, redirecionada contra o sócio-gerente, que não constava da CDA, cabe ao Fisco demonstrar a presença de um dos requisitos do art. 135 do CTN. Se a Fazenda Pública, ao propor a ação, não visualizava qualquer fato capaz de estender a responsabilidade ao sócio-gerente e, posteriormente, pretende voltar-se também contra o seu patrimônio, deverá demonstrar infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos ou, ainda, dissolução irregular da sociedade.

2. Se a execução foi proposta contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente, a este compete o ônus da prova, já que a CDA goza de presunção relativa de liquidez e certeza, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei n.º 6.830/80.

²¹ Op. cit.

3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete igualmente ao sócio, tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa.

4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN.

5. Embargos de divergência providos.

Nesta decisão, o STJ enuncia, ainda que indiretamente, que é possível a responsabilização do administrador tanto na fase administrativa, quanto na judicial, diferenciando as duas formas apenas no que tange ao ônus da prova quanto à comprovação do ato praticado com excesso de poder, infração à lei, estatutos ou contrato social: se o nome do sócio constar da Certidão de Dívida Ativa - CDA, cabe a este comprovar que não houve a prática de ato ilícito; do contrário, se o nome do sócio não constar da CDA, caberá ao Fisco referida comprovação, para fins de redirecionamento da execução fiscal.

Sinale-se, contudo, que Tribunal, ao abordar a questão, fez alusão apenas ao fato de que a CDA possui presunção de legitimidade, nada mencionando quanto à necessidade de prévio processo administrativo à apuração da responsabilidade do sócio, nos casos em que este tem seu nome inscrito na própria Certidão.

Em uma abordagem mais ponderada, Maria Lúcia Aguilera²² sustenta:

Dessa forma, ainda que se admita como juridicamente possível e, em alguns casos, imprescindível a constituição, no lançamento, da relação jurídica de responsabilidade de terceiro, este não é o único instrumento hábil, haja vista a possibilidade da imputação de responsabilidade à terceiro na emissão da CDA (com base em decisão administrativa definitiva) e no redirecionamento da execução.

É de se observar que, mesmo nos casos em que a relação jurídica de responsabilidade de terceiro não integra o lançamento, deve ser possível a discussão administrativa acerca de sua caracterização, ou não, em face das provas a serem apresentadas pelo contribuinte interessado (devedor originário), gerando repercussões na emissão da CDA, a ser efetuada com base na decisão administrativa definitiva. Desta forma, desde que admitida a discussão administrativa e respeitados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não haveria porque negar validade às outras formas administrativas e judiciais de inclusão de terceiros no pólo passivo da relação jurídica tributária.

²² Op. cit., p. 139/140

De fato, esta corrente mais ponderada parece abordar a questão com mais precisão, atentando tanto à questão fática (momento em que se tem conhecimento do ato ilícito praticado) como aos princípios decorrentes do devido processo legal.

Outro importante aspecto a ser tratado diz respeito ao debate acerca da natureza da responsabilidade prevista no artigo 135,III, do CTN: se pessoal ou subsidiária.

Uma interpretação literal do dispositivo leva à conclusão de que a responsabilidade é pessoal. Neste sentido, Maria Rita Ferragut:²³

Não temos dúvidas em afirmar que ela (responsabilidade) é pessoal. O terceiro responsável assume individualmente as consequências advindas do ato ilícito por ele praticado, ou em relação ao qual seja partícipe ou mandante, eximindo a pessoa jurídica, realizadora do fato tributário, de qualquer obrigação. O sujeito que realizou o evento nem sequer chega a participar da relação jurídica tributária.

Assim, a responsabilidade é pessoal, e não subsidiária ou solidária.

Nesta mesma esteira posicionam-se Sacha Calmon Navarro Coelho²⁴ e Renato Lopes Becho.²⁵

Contudo, a própria Maria Rita Ferragut²⁶ admite que grande parte da doutrina entende que a responsabilidade é subsidiária:

Esse não é, também, o entendimento de grande parte da doutrina, que considera a interpretação ora defendida (responsabilidade pessoal) incentivar a criação de 'falsos responsáveis', pessoas que, em deliberada fraude fiscal, afastariam as pessoas jurídicas da relação tributária (num momento pré-jurídico, esclareça-se), e passariam a se responsabilizar por débito que não poderiam saldar.

Daniel Monteiro Peixoto²⁷ – fl. 253/254 – sustenta o caráter subsidiário da responsabilidade, nos seguintes termos:

Pretender afastar a pessoa jurídica da responsabilidade pelo crédito tributário, que, além de ser efetivamente a contribuinte ante a prática do fato gerador que deu origem ao tributo devido, é quem tem maiores condições patrimoniais para saldar o débito, para, em seu lugar, colocar o administrador (que, muitas vezes, nem é sócio da empresa, como acontece em grande parte das empresas de gestão profissionalizada), acaba indo, a nosso ver, contra a finalidade do instituto da responsabilidade no Código Tributário Nacional.

Ouro aspecto está ligado à interpretação a que nos filiamos em tópico precedente, na qual o dano a ser objeto de ressarcimento pelo responsável

23 Op. cit., p. 118/119.

24 Op. cit. p. 627

25 BECHO, Lopes Renato. Sujeição Passiva e Responsabilidade Tributária. São Paulo: Editora Dialética, 2000, p. 179.

26 Op. cit., p. 119.

27 PEIXOTO, Dantas Monteiro. Responsabilidade dos Sócios e Administradores em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, n° 98, p. 253/254.

(administrador) é o não-recebimento do tributo associado à impossibilidade de satisfação no patrimônio da empresa. Neste sentido, a personalidade afirma-se no sentido de que o administrador-infrator responde, sim, pessoalmente, mas desde que, antes, se demonstre a impossibilidade de cobrança do próprio contribuinte, cuja responsabilidade deve se antepor. Assim, a personalidade se transforma em responsabilidade.

Por fim, cumpre gizar importante decisão proferida no ano de 2010 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, referente à legislação que determinava a responsabilidade solidária dos sócios de empresas por quotas de responsabilidade limitada, por débitos existentes junto à seguridade social.

O artigo 13 da Lei 8620/93, que fazia expressa alusão à solidariedade, foi declarado inconstitucional pela Suprema Corte.

A decisão restou fundamentada basicamente em dois argumentos: a) o artigo 13 não se limitou a repetir ou detalhar a regra do artigo 135, III, do CTN, tampouco cuidou de nova hipótese específica e distinta. Na verdade, ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada, tratou a mesma situação genérica regulada pelo 135, III, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por **violação ao artigo 146, III, da Constituição**; b) o artigo 13 é **materialmente inconstitucional**, pois não cabe ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios da pessoa física e da pessoa jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, implica em irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os artigos 5, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.

3.3 Evolução Jurisprudencial Acerca da Matéria

A jurisprudência modificou-se sensivelmente quanto a matéria atinente à responsabilização dos sócios.

Alguns anos atrás, vislumbrava-se uma maior flexibilidade no deferimento judicial de reponsabilização dos sócios, sem a exigência dos requisitos constantes do artigo 135, III, do CTN, bastando a mera comprovação de impossibilidade de pagamento do débito por parte da sociedade empresária.

Atualmente, porém, é pacífico o entendimento no sentido de que a responsabilização depende da comprovação do ato praticado com excesso de poderes, infração à lei, estatutos ou contrato social.

Ademais, também se encontra solidificado nos Tribunais pátrios a posição de que a mera inadimplência não configura ato ilícito apto a gerar o redirecionamento, diversamente dos casos de não informação do tributo efetivamente devido ao Fisco (via de regra, casos de sonegação fiscal).

Sinale-se, ainda, que a jurisprudência admite a responsabilização dos sócios-gerentes no caso de dissolução irregular da sociedade.

Contudo, ainda que o Tribunais tenham pacificado alguns pontos atinentes à responsabilização tributária prevista no artigo 135, III, do CTN, existem questões tormentosas sobre o tema, as quais necessitam ser melhor analisadas e debatidas. Citemos dois exemplos.

O primeiro trata da responsabilização dos sócios em caso de falência da empresa.

É cediço que a jurisprudência reconhece a falência como forma regular de dissolução da sociedade empresária. No entanto, mostra-se evidente a possibilidade de redirecionamento em caso de infração à lei falimentar.

Disto, exsurgem as seguintes questões: a) o redirecionamento pode ser realizado apenas com base no ilícito falimentar relatado pelo Síndico/Administrador Judicial ou faz-se necessário a existência de uma condenação criminal por crime falimentar?; b) o ilícito a ensejar o redirecionamento é apenas o ilícito penal ou também os ilícitos civis, comerciais, tributários, etc?

Não obstante seja encontradas poucas decisões sobre o tema nas instâncias de segundo grau e nos Tribunais Superiores, a prática evidencia que nos Juízo de primeira instância as decisões são as mais variadas.

Analisando o tema, observa-se que o artigo 135, III, do CTN faz alusão à prática de ato ilícito, não especificando a natureza da ilicitude (penal, tributária, civil, etc). Tampouco exige apreciação judicial sobre o aludido ato.

Neste senda, mostra-se razoável entender que responsabilidade pode decorrer de qualquer ilícito, desde que sua prática seja efetivamente comprovada.

Na mesma esteira, no que pertine especificamente aos atos apontados pelo Síndico/Administrador como indícios de crime falimentar, não se vislumbra necessidade de prévia condenação criminal, desde que, repise-se, ocorra a efetiva comprovação da ilicitude.

Não se olvide, ainda, que as esferas penal, cível, administrativa são independentes, sendo que eventual absolvição pelo Juízo criminal, via de regra, não impede a responsabilidade no âmbito civil ou administrativo.

O segundo exemplo versa sobre a questão do cômputo prescricional para a responsabilização nos casos de dissolução irregular.

Parte da jurisprudência, entende que o redirecionamento deve ocorrer em cinco anos a contar da citação do contribuinte (na verdade, do despacho que determinou a citação do contribuinte, nos termos da redação do artigo 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a modificação advinda da Lei Complementar 118/05).

Esta posição evidencia opção pela natureza solidária da responsabilidade, de forma que o prazo prescricional é computado conjuntamente para o contribuinte e para o responsável.

Contudo, a par de já se encontrar correndo o prazo prescricional, verifica-se inviável ao Fisco responsabilizar o terceiro antes que reste comprovada (i) a dissolução irregular da sociedade e (ii) a impossibilidade desta arcar com o pagamento do débito. E, sob este aspecto, evidencia-se uma opção pela natureza subsidiária

da responsabilidade, em que o terceiro somente deve pagar se o devedor principal não tiver condições de fazê-lo.

Assim, em se utilizando a responsabilidade ora de forma solidária, ora de forma subsidiária, estabeleceu-se relativa confusão, pois se tem o prazo prescricional em curso, sem que o credor possa exercer sua pretensão.

Parece-nos que, nos casos de dissolução irregular, deve-se ter presente que a pretensão do Fisco surge apenas quando a empresa efetivamente se dissolve, sem deixar patrimônio suficiente para o pagamento do seu passivo.

Desta feita, a contagem do prazo prescricional – de cinco anos - deve ocorrer somente neste momento, por adoção do princípio da *actio nata*, afastando-se o entendimento de que a responsabilização deve ser realizada no quinquideio imediatamente posterior ao despacho que recebe a execução fiscal.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo evidencia algumas questões importantes acerca da sujeição passiva tributar e do responsável em sentido estrito.

Observa-se que não há consenso no que pertine à classificação atribuída pelo próprio CTN, no que diz respeito a divisão sugerida por Rubem de Souza Gomes em sujeito passivos diretos e indiretos. De igual forma, inexistente consenso quando a natureza jurídica da responsabilidade tributária.

Da mesma forma, nos casos de responsabilidade decorrente do artigo 135, III, do CTN, a doutrina não guarda uniformidade em quase todos os aspectos.

A bem da verdade, o único ponto de consenso reside no fato de que a confusão doutrinária existente tem origem na má sistematização do CTN, bem como na confusão de conceitos e institutos.

Por outro lado, é imperioso registrar que a jurisprudência detém maior pacificidade sobre o tema, especialmente no que tange as hipóteses fáticas que possibilitam a responsabilização.

O debate sobre o tema afigura-se longe do seu fim, exigindo que os estudiosos e operadores do direito se debrucem mais detalhadamente sobre a questão, a fim de conferir soluções jurídicas concretas e adequadas à matéria.

REFERÊNCIAS

AGUILERA, Maria Lúcia. A Responsabilidade de Terceiros Decorrente da Prática de Ilícitos e o Lançamento de Ofício: o Caso da Responsabilidade Pessoal dos Administradores. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinícius (coord.). *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2007.

ASSIS, Emanuel Carlos Dantas de. Arts. 134 e 135 do CTN: Responsabilidade Culposa e Dolosa dos Sócios e Administradores de Empresas por Dívidas Tributárias

da Pessoa Jurídica. In: FERRAGUT, Maria Rita; NEDER, Marcos Vinícius (coord.). *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Dialética, 2007.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*, 5ª ed., São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2009.

PAULSEN, Leandro. Responsabilidade Tributária: Seu Pressuposto de Fato Específico e as Exigências para o redirecionamento da Execução Fiscal. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, nº 68, p. 7-20, 2010.

PEIXOTO, Dantas Monteiro. Responsabilidade dos Sócios e Administradores em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, nº 98, p. 239/26.

SACRAMENTO, Matheus Moraes. A Relação entre a Inclusão do Responsável no Pólo Passivo da Execução Fiscal e a Certidão de Dívida Ativa. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, nº 145, p. 86/98, 2007.

VELLOSO, Carlos. Responsabilidade Tributária e Redirecionamento da Execução Fiscal – Responsabilidade dos Sócios. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, nº 101, p. 220/226.



TRABALHOS FORENSES



Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Canoas-RS

(Observação: No tocante às considerações doutrinárias e jurisprudenciais tecidas nos itens nº1.2 e 1.3, foi utilizada como fonte a peça elaborada pelo Dr. João Luiz Vaz Luzardo Lotado na 10ª PR.)

Execução Fiscal nº: (Omitido)

Executada: A.G.S.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por sua representante judicial, vem perante Vossa Excelência, na Execução Fiscal em epígrafe, dizer e requerer o que segue:

I DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 BREVE HISTÓRICO DOS FATOS

Em que pese o vultoso crédito tributário aqui cobrado (R\$ [Omitido]) e todo o empenho do Exequente em buscar o recebimento do que lhe é devido, não houve, até o presente momento, sucesso no escopo.

A empresa executada não possui bens em seu nome nos Registros de Imóveis desta comarca, bem como nada foi localizado perante o DETRAN.

Ocorre que, verificou-se, consoante os fatos que serão expostos a seguir, que tal situação decorre da prática de uma série de atos pelo Grupo P., ao qual pertence a empresa executada, no intuito de ser fraudada a execução, restando impossibilitada ao credor a satisfação de seu crédito.

O GRUPO P. é formado por um conjunto de empresas que foram criadas para dar a cobertura necessária à administração dos recursos materiais e imateriais originários principalmente da atividade de fabricação de bebidas.

Todos os bens utilizados pelo GRUPO, inclusive marcas e patentes foram sempre transferidos de uma empresa do grupo para outra para que fosse possível antecipar-se às execuções fiscais. A partir de um determinado momento, tais bens passaram a ficar estrategicamente colocados em nome de uma ou mais empresas do GRUPO P., objetivando:

a) Não responderem pelos débitos existentes na empresa que cometia as fraudes fiscais;

b) Fazer com que os **recursos gerados** pelas fraudes fossem transferidos às empresas do GRUPO através do pagamento de alugueis e/ou Royalties (das marcas e patentes; caminhões, imóveis, maquinário, prestação de serviço de as-

sessoria administrativa, financeira, e até de vendas).

Desse modo, as empresas infratoras não responderiam pelos débitos gerados, haja vista não terem capital para isso, assim como também não o fariam os sócios remanescentes, porquanto passavam a constar do quadro societário das empresas funcionários do GRUPO (assistentes administrativos, caixas, almoxarifes, motoristas e porteiros) os quais não tinham condições financeiras para suportar as execuções fiscais que na sequência iriam ser-lhes direcionadas.

Ao mesmo tempo, os recursos financeiros gerados com as fraudes eram repassados a outras empresas do GRUPO sob a forma de alugueis, entre outros pagamentos.

Cabe registrar que tais informações somente puderam ser apuradas através do resultado dos mandados de busca e apreensão cumpridos nas empresas do GRUPO P. na operação A. (A execução da “Operação A.” no Estado do Rio Grande do Sul foi acobertada por 18 Mandados de Busca e Apreensão – MBA’s, sendo que 14 foram realizados nos estabelecimentos e residências pertencentes às pessoas físicas e jurídicas ligadas ao GRUPO P. Os MBA’s foram expedidos pelo Juiz Titular da 6ª Vara Criminal de Campinas/SP, MM Dr. José Guilherme Di Rienzo Marrey).

Cumprir informar que, na sede da empresa N. (**Rua A. nº [Omitido]**), foi apreendida farta documentação que comprova a **concentração de empresas no mesmo lugar**. Nele foram encontrados diversos documentos das empresas e pessoas do GRUPO P., inclusive das **outras empresas que não foram localizadas no cumprimento dos Mandados**, assim como também provas dos vínculos com o esquema criminoso de G. A. M., objeto da Operação Anhanguera.

Pela análise do Auto de Apreensão Judicial podem ser elencadas as empresas e pessoas que tiveram documentos apreendidos, conforme rol abaixo:

G.R. P. – filha de J. P. e sócia da J. HOLDING S.A.;

P. S.A. – antiga razão social da atual N. S.A. INDÚSTRIA E COMERCIO DE COMBUSTIVEIS LTDA.;

J. HOLDING – empresa que não foi localizada no endereço do MBA e detém grande parte do patrimônio do GRUPO P., possui como sócios J. P. e G. R. P.;

EMPRESA DE M C T DE C C. LTDA – antiga razão social do atual Posto de Combustíveis M.;

* **J. P.** – comprador de álcool das empresas de G. A. M. e sócio de: N., J. M., N. e J., também foi sócio da antiga P. entre 01/03/1989 até 19/02/2008;

C. – **empresa que não foi localizada no endereço do MBA**, além de prestar assessoria financeira e de vendas para a B., atua também como transportadora das mercadorias para N., B. e T., possui como sócio A. P. entre outros *ex-funcionários*;

CONSTRUTORA R – até o cumprimento dos MBA’s era desconhecida de integrar

o GRUPO P, já esteve sediada na rua G S, nº – endereço do Posto M;

INDUSTRIAL B DE A – empresa operada pelo GRUPO P, identificada como destinatária das compras de álcool e aguardente das empresas de G. A. M.

JO. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS – empresa que tem como sócios **J. P. e J. HOLDING S.A.**, localizada na mesma área da empresa N. S.A.;

N.S.A. – empresa operada pelo GRUPO P;

T. – indústria que fabrica embalagens plásticas para bebidas, localizada na mesma área da B.;

IND. COM. IMP. EXP. A. LTDA – antiga empresa do GRUPO P, denominada atualmente de V Z LTDA;

R P – antiga empresa do GRUPO P;

M B F – sócio das empresas N e C;

A G S LTDA - antiga empresa do GRUPO P, denominada atualmente de V Z LTDA;

S S COM. E REPRESENTACOES LTDA – empresa com referências em sites de busca sediada na Rua X – endereço da N;

R P – antiga empresa do GRUPO P;

A P E R LTDA – empresa pertencente a A, J e P P, atualmente sediada no endereço do MBA da rua Caramuru, 24, apto 702, o qual encontrava-se em obras e vazio;

A P– Mãe de J, A e L, sócia da N;

V R P – filha de J P;

L P– irmão falecido de J e A, filho de A;

V M – atual sócio da C, antes era Gerente de Vendas da própria C;

W H NETO – sócio da empresa N S.A.;

S C DE P – bebida produzida pela B;

C S C – bebida produzida pela B;

V W – bebida produzida pela B;

V Z – empresa que abriga **Dívida Ativa de R\$ 92,3 milhões – originária das operações realizadas pelas antigas razões sociais: A G S e IND COM IMP EXP E A C.** Tem endereço de correspondência na Rua A, X e atualmente em nome de dois porteiros: H DA P S e J R K;

H DA P S – *identificado em mais de uma Certidão como porteiro*, assim como em recibos de salário da empresa C. Figurou como sócio da empresa M TRANSPORTE

E COMERCIO DE BEBIDAS, e é sócio da **V Z LTDA** que ainda encontra-se ativa no cadastro da RF e já possuiu como sócio **A P**;

N NEGÓCIOS ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA – empresa que não foi localizada no endereço do MBA;

EMPRESA DE M N – empresa sediada na rua A, nº X, local que concentra a administração e documentação apreendida de outras empresas do GRUPO P;

M A – empresa de assessoria contábil de empresas do GRUPO P que tem como sócio **L C A S**;

P P – filha de **A P** e sócia das empresas **J, A, N e M**;

A P – filha de **A P**;

V L R P – esposa de **JP**;

J C – empresa do GRUPO P que tem como sócias **J e P P**.

Para corroborar afirmações expostas acima e o envolvimento das sociedades e empresas supramencionadas no esquema fraudulento, passar-se-á ao relato de uma série de operações que foram feitas ao longo dos anos objetivando o atingimento desse objetivo: **o esvaziamento patrimonial das empresas infratoras.**

1.1.2 Das Marcas

Com base nas operações de vendas realizadas no ano de 2010 pela **INDL B**, atual empresa produtora de bebidas quentes do GRUPO P, foram identificadas as principais bebidas produzidas e comercializadas pelo GRUPO, conforme lista abaixo:

- ✓ **A**;
- ✓ **C**;
- ✓ **C**;
- ✓ **C**;
- ✓ **C**;
- ✓ **V**;
- ✓ **V**;
- ✓ **V**;

Com o intuito de ser efetuada uma verificação mais detalhada das bebidas no mercado do Rio Grande do Sul, buscou-se no varejo alguns dos principais produtos (acima grifados) comercializados por aquela, conforme fotos abaixo:

Através da análise dos rótulos, observa-se que a informação que consta nas garrafas das bebidas é: procedência – SÃO PAULO, estandarizadas e engarrafadas por: INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S.A. – Estrada RS [omitido], nº [omitido] – Bairro [omitido] – Novo Hamburgo/RS, CNPJ: [omitido]

Conforme pesquisa dos produtos no MAPA – Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – RS, as bebidas analisadas estão registradas pelo estabelecimento da INDUSTRIAL B – CNPJ: [omitido] (conforme documento juntado em anexo).

Por outro lado, em pesquisa realizada no INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial (vide anexo) verifica-se a cadeia dominial das marcas mais comercializadas atualmente pela INDUSTRIAL B, a saber:

1. **V W** – consta como titular da marca a empresa: J HOLDING LTDA – CNPJ: [omitido]. No histórico da marca tem-se como antigas proprietárias: A G S e P I E C LTDA;

2. **C C de P** – consta como titular da marca a empresa: J HOLDING LTDA – CNPJ: [omitido]. No histórico da marca constam como antigas proprietárias: A G S e P INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA;

3. **C M** – consta como titular da marca a empresa: P INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA – CNPJ: [omitido]. No histórico da marca está registrada como antiga proprietária: A G S;

4. **T-F** – consta como titular da marca a empresa: INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A – CNPJ: [omitido].

Constata-se, portanto, que as 02 (duas) principais marcas atualmente comercializadas pela **B**, a **V W** e **C C de P** eram fabricadas na década de 90 pela **AGS** a qual era detentora na época das referidas marcas.

Veja-se que em 02/06/1998, as marcas foram transferidas para a empresa **P IND E COMÉRCIO LTDA**, empresa essa que na época ainda se encontrava em nome da família P. As transferências das marcas ocorreram coincidentemente no final do período em que a empresa sofreu as principais autuações (junho/1992 a outubro/1998). No caso, a empresa A G SUL (vide capítulo 4.4), antiga IND COM IMP EXP E A C LTDA.

Os administradores da A G S, demonstrando claramente a intenção de saírem ilesos da responsabilização patrimonial que adviria da execução das dívidas fiscais da empresa, efetuaram em 25/05/1999 a cessão a **título gratuito** da marca “M” para a empresa P IND E COM LTDA. Esta empresa era administrada na época por J PI (vide anexo) conforme documento apreendido no cumprimento dos mandados de busca e apreensão mencionados anteriormente.

Quanto às demais marcas, o procedimento foi exatamente o mesmo. Obteve-se acesso às pesquisas efetuadas pela Receita Federal do Brasil junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, verificando-se que todas as principais marcas ativas da G S foram transferidas a “título gratuito” para a empresa P IND E COM LTDA (vide anexo).

Quadro 6 – Registros das marcas

Marca	Registro da marca	Data da cedência
W	[omitido]	17/06/1997
CP	[omitido]	17/06/1997
M	[omitido]	25/05/1999
Pr	[omitido]	25/05/1999
Do F	[omitido]	25/05/1999
N	[omitido]	25/05/1999
Z	[omitido]	24/02/2003

O GRUPO P com o objetivo de escapar da responsabilização pela dívida tributária originária das irregularidades verificadas na A G S saiu da sociedade, e, em seguida, a descapitalizou, transferindo todos os seus bens mais importantes e rentáveis para outras pessoas físicas e/ou jurídicas pertencentes ao GRUPO. Além de tudo isso, ainda, possivelmente, não recolheu, na época, os tributos devidos (ITCD) que incidiram nas doações das marcas. Provavelmente, o imposto devido pelas cedências das marcas W e C de P, da P para a J HOLDING também não tenha ocorrido.

Outro fato a ser considerado é que as cedências das marcas foram assinadas por A P e o recebimento por J P, ou seja, as marcas permaneceram nas mãos do GRUPO.

Registra-se, ainda, que a cedência da marca “Z” ocorreu por meio de ato assinado pelo sócio da G S, Sr. A P, em 24/02/2003. De acordo com pesquisa realizada perante a Junta Comercial do RS, verificou-se que o referido sócio já havia se retirado da sociedade em 10/05/2001, de modo que a cessão foi assinada por representante incapaz.

Ademais, foram localizadas dentre os documentos apreendidos na sede das empresas do GRUPO P planilhas de controle datadas de 2007 e 2008 das marcas registradas pelo GRUPO. Nelas se encontravam registradas todas as marcas existentes e os respectivos titulares das mesmas: A G S LTDA, INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A e P INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Ainda, no campo observação da planilha pertencente à P foram identificados nas marcas W, F, C de P, WA e M os seguintes dizeres:

Quadro 7 – Registros das marcas - propriedade

Marca	Observação
W	Registro. Deverá ser transferida para J
F	Em andamento. Deverá ser transferida para a J
C de P	Transferência para J Holding Ltda
W	Transferência para J Holding Ltda
M	Em andamento

Novamente, no início de 2008, com a saída definitiva dos integrantes da família P da P INDÚSTRIA (J saiu em 19/02/2008), as referidas marcas passaram a pertencer a J HOLDING LTDA, empresa do GRUPO P.

1.1.3 Dos bens móveis e imóveis

De acordo com a consulta efetuada junto à Receita Federal (documento em anexo), na pesquisa denominada DOI – Declaração de Operações Imobiliárias, obtiveram-se informações sobre as transferências de titularidade da propriedade onde estão situadas as instalações da empresa INDL B DE ALIMENTOS – número [omitido] da Estrada RS-, conforme quadro a seguir:

Quadro 8 Transferências de propriedade conforme DOI

Matrícula Imóvel	Data	Alienante	Adquirente	Valor R\$
[omitido]	23/09/1998	Ind. B de Alimentos S/A	S da S F Junior	750.000,00
[omitido]	24/05/2000	S da S F J	N S A Ind, Com. e Distr. de Bebidas	850.000,00
[omitido]	30/11/2005	N S A Ind, Com. e Distr. de Bebidas	JHolding S.A.	1.471.909,80

O proprietário original do imóvel era INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A, CNPJ: [omitido] (MATRIZ) até 1998, quando o imóvel foi vendido para S DA S F JUNIOR, CPF: [omitido].

Segundo informações, a origem dos recursos para a compra do bem partiu da empresa E P LTDA, CNPJ: [omitido], da qual S é sócio com 0,6 % do Capital Social. A referida empresa já esteve sediada na Fazenda P, em B/SP, na mesma localidade que serviu de sede da empresa B quando da sua mudança para São Paulo (vide figuras A e B).

Além de S, o sócio majoritário que detém 99,40% da P INDÚSTRIA é a empresa G A e PART S/C LTDA, que é representada legalmente por W H N,

conhecido funcionário de GRUPO P.

S, por sua vez, vendeu o bem para a N S/A INDÚSTRIA E C E D DE BEBIDAS que permaneceu como proprietária do imóvel por 5 anos (2005), até que, pelo valor de R\$ 1.471.909,80, essa o entregou à J HOLDING S/A, CNPJ XXX como integralização de capital, ou seja, a N, empresa de J P, integralizando capital social da J, empresa de J P, efetuou um negócio com excelente valorização, pois o terreno pulou de R\$ 850.000,00 para R\$ 1.471.909,80 (Ganho de capital de 73,16%). Em anexo, junta-se o diagrama demonstrando o histórico de transferências de titularidade das instalações onde se encontra a B.

Devido ao fato de que a B não possui caminhões próprios para a entrega dos seus produtos (vide anexo), foi efetuado um levantamento das notas fiscais eletrônicas emitidas pela B a partir do final de 2008, com o intuito de se verificar quem eram os transportadores dos seus produtos.

Das cerca de 14 mil notas fiscais emitidas analisadas constatou-se que em torno de 3 mil (+ de 20%) foram transportadas por duas empresas:

- **C C DE V DO S LTDA**, CNPJ YYY, atividade principal: representação comercial;
- **R DA C**, CNPJ XXX, atividade principal: transporte de cargas.

A primeira delas a C, empresa do GRUPO P, começou a atuar no ramo de transportes a partir da “aquisição” de caminhões que a seguir são elencados por cadeia dominial:

Quadro 9 - Histórico de proprietários de veículos transportadores

Veículo Placa	Proprietário atual	Proprietário anterior/Data Venda	
[omitido]	C	P Ind e Com Ltda	26/12/2007
[omitido]	C	C S/A Ind Bebidas	29/03/2001
[omitido]	C	P Ind e Com Ltda	26/12/2007
[omitido]	C	V P	13/12/1986
[omitido]	C	P Ind e Com Ltda	26/12/2007
[omitido]	C	C S/A Ind Bebidas	17/01/2000
[omitido]	C	J H P P	11/05/2001
[omitido]	C	P Ind e Com Ltda	26/12/2007
[omitido]	C	P Ind e Com Ltda	26/12/2007

Obs. O Sr. J H P P figurou como sócio da INDL B de 19/03/98 a 04/10/2000 e, além disso, é ainda sócio da G A E P/SC LTDA, CNPJ: [omitido].

Cabe ainda salientar que a empresa P IND E COM LTDA, que hoje se denomina N S/A IND COM E DISTR DE BEBIDAS (vide quadro 9), proprietária da maioria dos veículos acima descritos, foi autuada (AL n^o,) pela Receita Estadual em 12 de setembro de 2007 no valor de R\$ 2,4 milhões.

Pouco tempo depois da autuação, houve a transferência patrimonial desses bens para a C, assim como também houve a saída da sociedade de J P em fevereiro de 2008.

O outro transportador, R DA C que possui um caminhão de placas [omitido] registrado em seu nome (vide figura 102), de acordo com pesquisa realizada junto à RFB e ao Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS (vide anexo 10), na consulta de vínculos empregatícios do trabalhador, foi funcionário das empresas abaixo descritas. E, ainda, a ocupação do Sr. R nessas empresas foi a de motorista de caminhão (CBO).

- N S/A IND COM E DISTR. BEBIDAS, de 19/12/1988 a 20/07/1999;
- V Z LTDA, de 01/05/1993 a 19/12/1998;
- I B DE ALIMENTOS S/A, de 02/08/1999 a 26/09/2003.

Outra constatação, conforme se pode observar na penúltima figura, o contador do Sr. R é Sr. L C A S, o qual também é contador de várias empresas do GRUPO P.

1.1.4 Dos Aluguéis

Apesar de pertencerem ao mesmo GRUPO e serem administradas pela mesma pessoa (J P), todas as empresas do GRUPO pagam alugueis sobre:

- imóveis;
- uso de marcas;
- uso de veículos;
- comissões sobre vendas;
- prestação de consultoria administrativa.

A estratégia do GRUPO está focada no fato de que os bens quando colocados em nome das pessoas jurídicas (G S, P e INDL B) corriam o risco de serem arrestados quando da execução das dívidas fiscais atribuídas a essas empresas. Por conseguinte, passou o GRUPO P, a partir de determinado momento, a transferi-los a outras empresas do G. Com isso, as empresas além de não responderem patrimonialmente pelas fraudes, faziam com que os lucros gerados fossem transferidos sob a forma de alugueis, entre outras prestações de serviços.

Da análise do material apreendido por ocasião do cumprimento dos mandados de busca e apreensão, foram localizados diversos recibos, notas fiscais de ISSQN (vide anexo) entre outros documentos emitidos pelas empresas do GRUPO. Alguns desses documentos foram elencados no quadro 10 com o objetivo de serem feitos alguns comentários sobre os mesmos.

(Quadro 10- Demonstrativo do pagamento de alugueis, serviços e tributos)

Como se pode observar no quadro 10, toda a administração dos negócios do GRUPO se processa principalmente com a anuência de J. P., e em alguns casos por A. P. Todos os recibos de alugueis eram e continuam sendo assinados por J., independentemente da empresa que naquele momento figurava como proprietária do bem.

O aluguel do prédio que atualmente é utilizado pela INDL B (RS X), e que em 2004 pertencia à P, ficava em torno de R\$ 10.000,00 (base maio/04). A partir da passagem do bem para a J, o mesmo aluguel pulou para R\$ 25.000,00 (base abril/05), ou seja, em menos de 1 ano houve um aumento de 150% no valor do aluguel. Se fossem consideradas empresas sem qualquer tipo de relação, um aumento nesse patamar seria considerado um absurdo. Contudo, tal é ampliado pelo fato de que se trata de empresas que pertencem ao mesmo GRUPO, e ainda, são administradas pela mesma pessoa.

A estratégia adotada referente à cobrança de alugueis objetivava única e exclusivamente fazer com que os recursos obtidos irregularmente por uma das partes fossem desviados sob a forma de altos alugueis para outra empresa do GRUPO, que é detentora do bem. Dessa forma haveria uma justificativa para o seu pagamento, e de certa maneira a impressão de legalidade para o negócio.

O contrato de aluguel (R\$ 700,00 – de abril/2004) do imóvel localizado na Rua [omitido] n° [omitido], em Canoas firmado entre a empresa P e a empresa A G S, passou no ano seguinte a vigor para J e a V. A intenção do GRUPO P era dar a impressão de que se tratava de um negócio puro e simples. A A G S foi vendida e se tornou V.

Por outro lado, todas as provas apensadas ao presente comprovam que tudo não passa de pura ficção, já que, na verdade, mesmo ocorrendo as transferências da titularidade (vendas) das empresas, tudo permanece como estava, ou melhor, as dívidas são repassadas para os funcionários (porteiros), mas o patrimônio fica preservado e em nome do GRUPO P.

A conta bancária da firma individual (Loja de Conveniência) de V R P é administrada por seu pai, Sr. J P (vide cheque n° [omitido], quadro 10) que tem procuração com amplos poderes para administrar a empresa. A seguir será detalhada de forma mais minuciosa essa questão referente à procuração.

Uma das receitas auferidas pela C, empresa do GRUPO P, é o da “prestação de serviços de consultoria administrativa”. No quadro em anexo encontra-se

lançada uma nota fiscal (pagamento 05/08/2010) de R\$ 12.000,00, que se refere aos serviços prestados pela C a outra empresa do GRUPO, o POSTO M.

Com o intuito de confirmar se os preços dos serviços praticados pela C estavam de acordo com os preços praticados no mercado, dado o seu alto valor, foi efetuada pesquisa junto ao Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis, e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisa - SESCON-RS e junto a uma empresa que presta serviços contábeis diversos, denominada C M.

De acordo com a tabela referencial de honorários constante no site do Sindicato (vide anexo), constatou-se que o Posto M estaria sujeito a um custo mensal total de R\$ 3.162,57, para o mesmo tipo de serviço praticado pela C. Para o cálculo dos serviços prestados, foi considerado que o número de funcionários do Posto M era igual a 29 (vinte e nove), conforme verificado em fatura do C C G Ltda apreendida no cumprimento dos mandados de busca e apreensão. Nessa fatura, com data base 01/08/10, consta a relação de todos os funcionários do Posto de Combustível.

Quadro 11 – Tabela de preços de serviços do SESCON-RS

A – Serviço	B - Custo mínimo do serviço	C - Valor cobrado R\$	D - Quantidade considerada	Valor total dos Serviços (Cx D)
Escrituração contábil e/ou livro caixa	Até 200 lançamentos	449,97	1	449,97
Escrituração fiscal	Até 200 lançamentos	224,98	1	224,98
Departamento pessoal	Até 5 empregados	281,27	6	1.687,62
Serviços extras (Gia, Sintegra, dacon outros)		800,00	1	800,00
TOTAL				3.162,57

Quadro 12- Tabela de preços dos serviços da C M

A – Serviço	B - Custo mínimo do serviço	C - Valor cobrado R\$	D - Quantidade considerada	Valor total dos Serviços (Cx D)
Escrituração contábil + livro caixa	Até 200 lançamentos	300,00	1	200,00
Escrituração fiscal	Até 200 lançamentos	240,00	1	240,00
Departamento pessoal	Até 5 empregados	100,00	6	600,00
Serviços extras (Gia, Sintegra, dacon outros)		370,00	1	370,00
TOTAL				1.410,00

Considerando-se o preço praticado pela empresa de contabilidade acima descrita, verifica-se que o custo total estimado dos serviços importaria em R\$ 1.410,00, ou seja, aproximadamente 12% do preço praticado pela C. De acordo com o quadro 11 do SESCON-RS, o preço total dos mesmos serviços importaria em R\$ 3.162,57, ou seja, 26,35% do preço praticado pela CEVENSUL.

Desse modo, o preço praticado pela empresa do GRUPO seria, considerando-se o maior preço praticado (Sescon), quase 4 (quatro) vezes superior. Tal fato contraria a lógica da existência da empresa de consultoria C, haja vista que essa deveria prestar um serviço aos seus ligados praticamente a preço de custo. Ainda, de acordo com a nota fiscal nº 250 é possível verificar que o valor do custo da consultoria em julho de 2008 era de R\$ 6.000,00, valor bem superior ao preço praticado atualmente pelo mercado.

Outra questão importante a ser considerada através da análise dos documentos constantes do quadro 10, é que a J HOLDING, ao que tudo indica, auferiu receitas originárias exclusivamente de pagamentos efetuados pelas empresas do GRUPO.

Isso pode ser confirmado através da análise dos recibos de pagamento de ISSQN efetuados pela J à Prefeitura Municipal de Canoas. O total da receita auferida e declarada é exatamente igual à soma dos royalties recebidos da INDL.B. Salienta-se, ainda, os recibos emitidos pela J HOLDING de mai/05 a fev/06 são praticamente sequenciais.

As considerações relativas aos serviços prestados pela C objetivavam única e exclusivamente demonstrar que a “prestação de serviços de consultoria administrativa” era falsa, uma armação arquitetada pelo GRUPO P, uma vez que se refere a serviços prestados por funcionários comuns a todas as empresas do GRUPO.

Essa situação foi muito bem destacada por um ex-funcionário da C (R) e por suas testemunhas, quando do seu requerimento judicial na Justiça do Trabalho (vide anexo 10), verbis:

...que independentemente de qual a empresa constava na CTPS do depoente, este recebia ordens de A e J...

O J N da S (testemunha de R) declarou:

...que a CTPS do depoente foi anotada inicialmente pela A G S e posteriormente pela reclamada (C), que nos recibos de pagamento, dependendo da época poderia constar A G S, P, a reclamada ou B ...

...que quem administrava a A G S eram A P e J P..

...que na C continuou se reportando para as mesmas pessoas, assim como na Industrial B e P..

... que trabalhou 04 anos e meio de forma concomitante com o reclamante; que tanto o depoente quanto o reclamante trabalhavam “direto”, sem afastamentos nesse período; que quando houve anotação da saída na CTPS do depoente pela A G S, o depoente continuou trabalhando normalmente, sem afastamentos, e vendendo os mesmos produtos...

...que a relação entre B e C é 'que era tudo a mesma coisa';

A M S (testemunha de R) declarou:

... que o depoente trabalhou com o reclamante no período de 11/95 a 07/2000; que nesse período prestou serviço para as empresas A G S, com a reclamada (C) e Industrial B; que vendia no período mencionado cachaça X c, cachaça M, vodca W, conhaque F, refrigerante N, sendo que nos últimos 5 ou 6 meses vendeu somente publicidade para a empresa R, que publicava espécie de contrato entre a reclamada e Indl B...

...que quem administrava a A G S eram A.P e J.P e o gerente V; que na C continuou se reportando para as mesmas pessoas, assim como na Industrial B e P;

Por fim, salta aos olhos que a estratégia de simular uma prestação de serviços denota uma clara e objetiva demonstração de que existe toda uma engenharia de transferência de recursos de uma empresa para outra do GRUPO.

1.1.5 Da estratégia de outorga de poderes

Todos os fatos e documentos acostados até aqui ao presente Relatório confirmam que a administração das empresas INDL B, N e V é efetuada pelo GRUPO P, e em especial por J P.

Veja-se que nos documentos apreendidos nos mandados de busca e apreensão supramencionados, foi localizada uma procuração lavrada em 10/03/1998 por J R K, um dos porteiros do GRUPO P, e atual sócio da V, dando amplos, gerais e ilimitados poderes a A P para administrar a empresa C R E P LTDA, CNPJ [omitido], inclusive podendo substabelecer no todo ou em parte. A citada procuração é outorgada em caráter irrevogável e irretratável, com total isenção de prestações de contas.

Em pesquisa junto à Receita Federal do Brasil constatou-se que J R K é o sócio administrador da empresa, com participação de 90% do capital social (vide anexo 18). Ainda, a partir desses documentos, foi possível constatar mais uma empresa administrada pelo GRUPO P que se encontra em nome de empregados do GRUPO. A procuração somada à participação de 90% da empresa dá ao Sr. A P poder total de gestão sobre a empresa em questão.

No instrumento de procuração lavrado em 10/03/1998 por H DA P S, um

dos porteiros do GRUPO P e atual sócio da V, foi concedido a A P amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa A G S LTDA (Atual V), CNPJ [omitido], inclusive podendo substabelecer no todo ou em parte, com ou sem reserva de poderes. A citada procuração é outorgada em caráter irrevogável e irretroatável, com total isenção de prestações de contas (vide anexo 18).

Com base nesse documento, o GRUPO P tem total poder de gestão sobre a citada empresa. Todos os artifícios utilizados pelo Grupo para tentar mascarar a venda da G S no intuito de escapar das vultosas dívidas advindas da administração irregular dessa e das demais empresas citadas no presente Relatório foram totalmente desconsiderados e desqualificados frente às provas apresentadas.

A farta documentação coletada no local da sede da empresa N, na Rua A nº U, em Canoas/RS, relativa a diversas outras empresas do GRUPO, propiciou o resgate de informações sobre a existência de um conglomerado de empresas constituídas com a finalidade de lesar os cofres do Estado do RS ao longo do tempo, conforme será detalhado a partir deste momento.

1.1.6 HISTÓRICO DE EMPRESAS CRIADAS E CUJO PATRIMÔNIO FOI SENDO ESVAZIADO PELO GRUPO P NO INTUITO DE BURLAR O FISCO

1.1.6.1 R P LTDA

A empresa R P LTDA, CNPJ: YYY, sociedade formada pelos irmãos L P, A P e J P iniciou suas atividades no ramo de fabricação de refrigerantes e bebidas em geral em 22/02/1972 (veja-se documentos em anexo).

No quadro juntado em anexo encontram-se lançadas diversas informações que reproduzem de maneira temporal grande parte das alterações que essa empresa sofreu ao longo dos anos, assim como também as empresas que vieram a sucedê-la.

Em 15/02/1983, a empresa vendeu por Cr\$ 141 milhões a totalidade do seu imobilizado (máquinas, equipamentos, vasilhames, marcas e patentes) para os irmãos L P, A P e J P, sendo que a parcela de CR\$ 108 milhões fora parcelada.

Em 16/02/1983, foi alterado o endereço da sede da empresa para a Rua P nº RR, município de G.

Posteriormente, em 09/05/1983, foi transferida a propriedade daquela para A V S e A C B, com a conseqüente alteração da razão social para R P LTDA. Para os novos adquirentes restaram somente às dívidas, já que em termos patrimoniais nada mais lhes restava.

Em consulta realizada no sistema da SEFAZ-RS averiguou-se que a empresa sofreu entre Maio/1980 e Junho/1983 uma série de autuações (vide anexo), na sua grande maioria por “imposto declarado e não pago - (modelo 01)”, conforme se pode observar no quadro abaixo:

AL número	Modelo AL	Ciência	Valor original
1	2	26/05/1980	6.232.995,36
2	3	26/05/1980	156.463,44
3	1	31/08/1982	13.910.033,10
4	1	18/10/1982	10.868.531,61
5	1	17/11/1982	5.867.256,77
6	1	28/04/1983	13.810.833,44
7	3	30/05/1983	111.400,00
8	1	03/06/1983	15.540.318,74

De acordo com as informações constantes do quadro acima, pode ser verificado que as autuações de maior porte começaram a ocorrer em agosto/1982, tendo finalizado em 03/06/1983. Nesse pequeno intervalo de tempo, todo o patrimônio da empresa R P LTDA foi vendido para os irmãos P (L, A e J), sendo a empresa transferida a terceiros.

Os novos sócios jamais comunicaram à Receita Estadual as alterações societárias ocorridas, bem como também as mudanças de razão social e de endereço. Por outro lado, junto à Receita Federal (vide anexo 19) essas alterações foram feitas, até porque caso elas não tivessem ocorrido, poderiam acarretar impedimento na abertura da nova empresa criada pelo GRUPO P, a IND COM IMP EXP E A C LTDA.

Em pesquisa efetuada junto à Receita Federal do Brasil, no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, na Consulta de Vínculos Empregatícios do Trabalhador (vide anexo 10) verificou-se que os novos sócios da R P LTDA exerceram enquanto trabalhadores civis as seguintes atividades:

Quadro 15- Consulta de Vínculos Empregatícios do Trabalhador

Nome	Empregador	Admissão	Rescisão	CBO	Descrição do CBO
A	S.A M R G	03/03/1971	13/04/1978	77.900	Sondador de poços
A	Pessoa física	01/12/1979	28/03/1980	55.100	Trab. Profissões científicas
A	R P Ltda	16/11/1982	03/05/1983	Sem indicação	
Au	G C V	03/01/1977	12/04/1977	99.999	Outros
Au	C P M	22/10/2003	Sem indicação	7.152	Pedreiro
Au	C P M	11/03/2004	27/12/2004	7.152	Pedreiro

Obs.: CBO se refere ao Código Brasileiro de Ocupação.

Através das informações acima foi possível constatar que o Sr. A antes de ser um dos proprietários da empresa R P LTDA, foi seu funcionário, sendo que o seu desligamento (em 03/05/1983) ocorreu 06 (seis) dias antes da sua entrada como sócio proprietário.

Cabe esclarecer que o destaque para tal situação está vinculado ao que se irá relatar mais adiante, porquanto este não será o primeiro caso de utilização de funcionários na composição dos quadros societários das empresas que pertencem e/ou pertenceram ao GRUPO P.

1.1.6.2 IND COM IMP EXP E A C LTDA (POSTERIOR A G S E V Z)

A empresa IND COM IMP EXP E A C LTDA, CNPJ: TTT, sociedade formada pelos irmãos L P, A P e J P iniciou suas atividades no ramo de fabricação de refrigerantes e bebidas em geral em 01/03/1983 (vide anexo). Esta razão social permaneceu até 08/10/1990, quando passou a se chamar A G S, entre 09/10/1990 e 04/07/2004, sendo que em 05/07/2004 passou a deter a razão social de V V E Z. Por fim, em 11/01/2005, houve a última alteração da denominação social, passando a ser V Z LTDA.

Em 15/02/1983, a empresa R P vendeu por Cr\$ 141 milhões a totalidade do seu imobilizado (máquinas, equipamentos, vasilhames, marcas e patentes) para os irmãos L, J e A P, sendo que a parcela de CR\$ 108 milhões fora parcelada.

Em 16/02/1983, foi alterado o endereço da sede da empresa para a Rua P M, nº [omitido], município de Gravataí. No mesmo dia, 16/02/1983, os irmãos P criaram a IND COM IMP EXP E A C LTDA com o capital social de CR 150 milhões, sendo CR\$ 9 milhões pagos em dinheiro, e os CR\$ 141 milhões integralizados exatamente com todos os bens imobilizados adquiridos no dia anterior da empresa R P, que ainda permanecia em nome dos P.

Inclusive, a sede da empresa foi estabelecida exatamente no mesmo lugar (Rua A nº [omitido] - Canoas) e na mesma atividade da empresa anterior.

Nos quadros 16 e 17 encontram-se lançadas diversas informações que reproduzem de maneira temporal grande parte das alterações que essa empresa sofreu ao longo dos anos, assim como também as empresas que vieram a sucedê-la.

Em consulta procedida no sistema da SEFAZ-RS verificou-se que a empresa sofreu ao longo da sua existência (baixa regularizada em 01/12/2008) uma série de autuações (vide anexo), na sua grande maioria por “imposto declarado e não pago - (modelo 01)”. Os lançamentos mais relevantes ocorreram entre junho/1992 e outubro/1998. Autuações essas que lhe renderam uma dívida tributária atual que supera os R\$ 92 milhões, conforme tela abaixo:

(...)

Em anexo, é apresentada a representação gráfica resumida dos eventos descritos nos Quadros 14 e 16, onde é possível perceber um padrão adotado pelo GRUPO P em relação ao histórico de eventos e alterações societárias, demonstrando que as mudanças contratuais das empresas R P (R P); IND COM IMP

EXP E A C LTDA (A G S LTDA, V V E Z E V Z LTDA), foram meticulosamente arquitetadas pelo GRUPO P (vide documentos em anexo, os quais demonstram a titularidade das empresas e os negócios efetuados).

Dentre os negócios mencionados, cabe ressaltar a abertura da *offshore* R, que outorgou procuração para C N G, advogado do Grupo P. Ademais, em anexo, é juntado diagrama que demonstra cabalmente a sucessão de empresas e as manobras efetuadas pelo Grupo para burlar os credores.

Registra-se que o que se mantém é a exploração das marcas das bebidas produzidas, quais sejam, A G C F 966ML; C C 966ML; C 970ML; C C M 897ML; C T F 897ML; V W 966ML; V W PREMIUM 950ML C 6 UM; V WA V 950ML C 6 UM.

A manobra utilizada pelo GRUPO foi a de descapitalizar a empresa anterior (R P) comprando todo o seu patrimônio e mudar a razão social daquela, com a consequente alteração dos seus sócios. Esses movimentos objetivavam única e exclusivamente que a empresa remanescente ficasse somente com as dívidas e nas mãos de novos sócios sem qualquer patrimônio que pudesse responder pelas execuções fiscais que estavam se iniciando.

Na empresa IND COM IMP EXP E A C LTDA o “modus operandi” foi o mesmo utilizado para a primeira empresa R P, porquanto o GRUPO P, objetivando fugir de futuras responsabilidades, novamente começou a efetuar alterações na sociedade.

Ato contínuo, em 22/10/1984 houve a saída de J P e em 14/01/1991 a saída de L P concomitantemente ao ingresso na sociedade de J R K.

O mesmo J K, em 31/03/1991, deu lugar a V M, que, por sua vez, saiu da sociedade em 15/06/1993 para o ingresso na sociedade H DA P S.

Em 21/11/2000 houve a entrada da R S/A, *Offshore* localizada no Uruguai.

Já em 10/05/2001, houve a saída de A P da sociedade, com a transferência de cerca de 97% das sua quotas para a *offshore* R S/A, ao mesmo tempo em que transferiu o poder de gestão para H DA P S (vide anexo).

Em 08/09/2009 houve o retorno de J R K para a sociedade. E a empresa R, por sua vez, transferiu parte das suas quotas aos Srs. H e R da seguinte forma:

Quadro 18 - Transferências de quotas da REDOST

Vendedor	Adquirente	Quant. quotas	Valor quotas R\$	Valor Operação
R S/A	H PS	29.000,00	1,00	8.000,00
R S/A	JRK	60.000,00	1,00	18.000,00

Como se pode observar, as quotas da sociedade que totalizavam R\$ 89.000,00 foram vendidas por R\$ 26.000,00 (1/3 do valor) aos porteiros do GRUPO P.

Da mesma forma como aconteceu com a REFRIGERANTES P, foi efetuada pesquisa junto à Receita Federal do Brasil na base do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, Consulta de Vínculos Empregatícios do Trabalhador (vide anexo).

Nesta pesquisa verificou-se que os atuais sócios da IND COM IMP EXP E A C LTDA, Srs J R K e H P S, atualmente V (vide quadro 17), exerceram, enquanto trabalhadores civis, atividades, quase que exclusivamente, para o GRUPO de empresas da família P. O mesmo ocorreu com o Sr. V M que ingressou na sociedade 31/03/1991 e saiu em 15/06/1993.

Os três cidadãos entraram e saíram das empresas do GRUPO várias vezes. Essa prática foi adotada para vários funcionários do GRUPO, provavelmente devido a estratégias adotadas pela família P para se eximir de responsabilidades futuras oriundas das fraudes cometidas. Na grande maioria das vezes, as atividades desempenhadas pelos Srs. J e H eram de reduzida complexidade e de baixa remuneração.

O Sr. J R K, na data que ingressou como sócio (14/01/1991) na C, já exercia a função de Porteiro de Edifício, desde 22/11/1989, na própria empresa (dados do CBO). Antes mesmo dessa atividade, já havia desempenhado várias outras funções em empresas do GRUPO. Veja-se que iniciou em 19/03/1973 na R P.

O mesmo ocorreu com H DA P S, que ingressou na sociedade em 13/07/1993 e já exercia a função de Porteiro de Edifício – CBO desde 01/07/1992, na própria empresa, além de várias outras atividades que desempenhou desde a sua entrada na IND COM IMP EXP E A C LTDA em 02/09/1983.

V M, por sua vez, quando ingressou na sociedade em 31/03/1991, ela já se chamava A G S LTDA, sendo que aquele já exercia a função de “vendedor” numa das empresas do GRUPO, a N e COM DISTR. Bebidas, desde 01/02/1985. Sua trajetória empregatícia no GRUPO se iniciou em 03/06/1976 na REFRIGERANTES P LTDA.

Por ocasião do cumprimento dos Mandados de Busca e Apreensão na sedes das empresas do GRUPO P, principalmente as efetuadas nas dependências da empresa N (vide anexo 5 - sito a Rua A, [omitido], esq. c/Rua L – Canoas – RS) obteve-se diversas provas que ratificam sem sombra de dúvidas as informações obtidas por meio de consulta ao CNIS.

Foram apreendidos, entre outros documentos, diversos contracheques e/ou folhas de pagamento de funcionários das empresas do GRUPO. Anexa-se à presente petição cópias destes documentos datados de 1999 a 2004, onde se pode efetivamente comprovar que os Srs. H DA P S, J R K e V M exerciam respectivamente atividades de encarregado de portaria, porteiro e gerente de vendas (vide abaixo).

As razões que levaram o GRUPO P a promover essas alterações são as mais diversas. A principal delas está relacionada com as dívidas tributárias que foram se avolumando ao longo dos anos em virtude dos descumprimentos das

suas obrigações fiscais das empresas administradas pelo GRUPO.

Em consulta efetuada junto ao Ministério Público Estadual obteve-se acesso à denúncia-crime efetuada em agosto de 2003 pela Promotora Debora Balzan, baseada no Inquérito Policial oriundo da Delegacia de Polícia do Consumidor – DEIC – através do Processo nº [omitido]. Os denunciados na ocasião foram: A L DE M (advogado do GRUPO P) e S L B (motorista).

Segundo a denúncia, no período de julho de 2002 a abril de 2003, na A G S LTDA, localizada na Rua [omitido], nº [omitido], município de Canoas, o Sr. A L, em conjunto com S, praticaram crimes contra a ordem econômica ao adquirirem milhares de litros de álcool etílico anidro combustível e álcool etílico hidratado combustível em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei. De acordo com os mandados de busca e apreensão efetuados foram localizados nas dependências da empresa tanques instalados no solo, assim como um caminhão carregado fazendo o transbordo de álcool.

Além disso, segundo apurou a Promotora, estaria em andamento na DEIC outro Inquérito Policial que investigava a existência de um depósito clandestino de combustíveis (álcool anidro e álcool hidratado), na Rua [omitido] nº [omitido], município de Canoas, principal sede do GRUPO P.

Nos documentos em anexo, procurou-se elencar as diversas ações judiciais ativas ou baixadas onde foram identificadas pessoas físicas e/ou jurídicas pertencentes ao GRUPO P.

Em praticamente todas as ações judiciais identificou-se que o advogado A L de M figura como o principal prestador de serviços jurídicos. Além dele também foi reconhecido o advogado C R N G, que prestou serviços individualmente ou em conjunto com A, para o GRUPO, de 1995 a 2006.

O Sr. G, inclusive, foi o procurador da offshore R S/A, utilizada pelo GRUPO para figurar como sócia da A G S LTDA (vide quadro 17).

Afora as ações judiciais acima, também se verificou outras 03 (três) empresas que figuraram como partes em ações judiciais dos P.

Em 2003, os integrantes do GRUPO P depararam-se novamente com problemas, os quais culminaram com ações de busca e apreensão nos dois principais endereços das sedes administrativas do GRUPO. Na época, a A G S que já tinha sido passada em definitivo para os porteiros H D P S e J R K, utilizou o advogado do GRUPO, A L de M para assumir a responsabilidade como operador do esquema de venda de combustíveis flagrado naquela ocasião.

Além das alterações societárias, o GRUPO P promoveu na X C várias alterações de razão social e de atividade. No quadro 23 são relacionadas todas as modificações que foram processadas de 1983 até 2010, quando a empresa encerrou todas as suas atividades e operações (vide anexo 19).

Já não bastassem todas as autuações sofridas, o problema enfrentado em 2003 foi a gota d'água para que o GRUPO P se livrasse de vez da A G S LTDA. Tanto isso é verdade que J tinha abandonado a X C em outubro de 1984.

Em maio de 2004, houve então a mudança da razão social e da atividade da empresa com o objetivo de escapar dos problemas até então enfrentados.

Empresa	Início	Final	Atividade
Ind Com Imp Exp A C LTDA	16/02/1983	09/10/1990	Fabricação de destilados alcoólicos
A G S Ltda	09/10/1990	06/05/2004	Fabricação de destilados alcoólicos
V V e Z Ltda	06/05/2004	11/01/2005	Prestação de serviços de portaria, vigilância e zeladoria Ltda
V Z Ltda	11/01/2005	05/02/2010	Prestação de serviços de portaria e zeladoria Ltda

E, por fim, já não bastassem todas as provas apresentadas, foi localizado o instrumento de procuração lavrado em 10/03/1998 por H D A P S um dos porteiros do GRUPO P, e atual sócio da V, concedendo a A P amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa A G S LTDA (Atual V), CNPJ XXX.

Com base no documento, A poderia, inclusive, substabelecer no todo ou em parte, com ou sem reserva de poderes. A citada procuração foi outorgada em caráter irrevogável e irretroatável, com total isenção de prestações de contas (vide anexo 18).

Todos os artifícios utilizados pelo GRUPO para tentar mascarar a venda da A G S, e com isso escapar das vultosas dívidas advindas da administração irregular dessa e das outras empresas citadas na presente peça foram totalmente desconsiderados e desqualificados frente às provas apresentadas.

1.1.6.3 INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A

A empresa INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A é a responsável pela fabricação das bebidas vodca e caninha, marcas W e X C de P que estão em nome da J HOLDING empresa do GRUPO P.

Atualmente possui apenas o CNPJ: [omitido] ativo no cadastro da SEFAZ, inscrito sob o nº [omitido] no CGC/TE – Cadastro Geral de Contribuintes do Tesouro do Estado desde 01/06/1999, no município de Novo Hamburgo/RS. Atua no ramo de fabricação de bebidas quentes (cachaça, vodca e outras bebidas alcoólicas) de acordo com o CAE – Código de Atividade Econômica.

A empresa encontra-se localizada nas margens da rodovia RS [omitido], no número [omitido], em Novo Hamburgo.

A partir de informações constantes na base de dados da RFB e da Junta Comercial do Rio Grande do Sul – JUCERGS constatou-se que a empresa INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A, CNPJ: [omitido] (MATRIZ) também encontra-se estabelecida no mesmo logradouro, sob o complemento “A”, apesar de não constar mais do cadastro de contribuintes da SEFAZ/RS:

Conforme histórico da RFB, constatou-se que até 29/03/1999 a indústria chamava-se C S/A IND DE BEBIDAS, na Rua A A, nº 259, no município de Novo Hamburgo/RS.

Com base nessa alteração, a razão social mudou para INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS S/A, passando a operar em São Paulo, na Rodovia C B, s/n, Km , Fazenda do P, no município de B.

De acordo com dados da JUCERGS, na Ata de Assembleia Geral Ordinária de 30 de abril de 2001 foi aprovada a transferência novamente da empresa para o endereço atual em Novo Hamburgo/RS.

Atualmente possui como sócios L CORP SOCIEDAD ANONIMA – empresa OFFSHORE localizada no Uruguai – e J A M, CPF [omitido].

Ambos sócios da B já fizeram parte do quadro societário da empresa: CNPJ: [omitido] - L M FOMENTO MERCANTIL, baixada em 02/06/2005, na Rua M de S, nº [omitido], bairro Hamburgo Velho em Novo Hamburgo/RS.

De acordo com pesquisa realizada junta a Receita Federal – RF foi averiguado que J A M é o responsável pela administração da INDL B S/A.

Ainda, a L, sócia estrangeira da Industrial B, tem como representante legal o Sr. C R de F G. O seu pai, Sr. C R N G, é advogado do GRUPO P (veja-se a explanação do item supra) e representante legal da já mencionada R SOCIEDAD ANONIMA, CNPJ ABC. Consta-se que a R é outra offshore uruguaia que foi utilizada para figurar como sócia da A G S (Atual V Z). Salienta-se que pai e filho possuem diversas empresas e inclusive escritórios de advocacia registrados em seus nomes.

Em pesquisa junto à Receita Federal apurou-se que a R está ligada ao mesmo escritório de contabilidade (MLC A) que presta serviços ao GRUPO P (vide anexo).

Veja-se que logo após o cumprimento dos mandados de busca e apreensão (17/08/10), a INDL B promoveu na Junta Comercial do Estado em 24/08/10, alterações de dados e do nome empresarial. Com as alterações efetuadas ela passou a se chamar: INDUSTRIAL B DE BEBIDAS S/A (vide anexo 24).

Cabe referir que o GRUPO P utilizou por curto espaço de tempo a empresa P S/A como fabricante do rol de produtos que até então eram fabricados pela A G S LTDA. Como a venda da A G S objetivava apenas fazer com que as dívidas da empresa fossem repassadas a terceiros (no caso os porteiros do GRUPO), as marcas e demais bens móveis e imóveis foram, a partir da venda, sendo transferidos às outras empresas do GRUPO conforme se pode observar no item nº 1.1.6.2.

Os P após breve passagem da B por São Paulo, transferiram a sua planta industrial para Novo Hamburgo e passaram a partir de então a fabricar os seus produtos nessa unidade industrial.

1.2 DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Consoante já afirmado, no caso dos autos, verifica-se que a ausência de patrimônio pela empresa A G S, ora executada, decorre de verdadeira fraude perpetrada pelos seus sócios-gerentes e reais controladores, quais sejam, A P, J P, os quais foram os mentores da operação que envolveu a sucessiva abertura de empresas, com a transferência das marcas de bebidas outrora fabricadas pela executada para as demais empresas do grupo, bem como de recursos pelo pagamento de aluguéis e serviços superfaturados, com a transferência de sua administração para funcionários do Grupo P, configurando nítida simulação e abuso de direito.

Ademais, verifica-se que, consoante supramencionado, constituíam o quadro societário das empresas vinculadas ao Grupo pessoas da mesma família, qual seja, FAMÍLIA P, sendo que somente após algum tempo de funcionamento houve o ingresso de sócios-gerentes aparentemente desvinculados daquela família, mas que eram, na verdade, empregados das empresas do Grupo.

Desse modo, constata-se a existência de GRUPO ECONÔMICO FAMILIAR, uma vez que as empresas pertencentes ao grupo ou exploram a mesma atividade (fabricação e venda de bebidas alcoólicas COM A MESMA MARCA) ou atuam na “lavagem do dinheiro” proveniente das fraudes e CONFUSÃO PATRIMONIAL (comprovou-se pelo acima narrado que houve a transferência de patrimônio entre as empresas por meio da simulação do pagamento de serviços superfaturados, bem como entre as empresas e os seus sócios, tendo, inclusive, ocorrido a cessão gratuita das marcas das bebidas produzidas e comercializadas entre elas).

Em assim sendo, aplicável ao caso o disposto no art. 50 do Código Civil, *verbis*:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No caso em apreço, a intenção é responsabilizar as empresas que compõem o Grupo P e os seus sócios administradores, outrora sócios originais da empresa executada, pelos débitos ora executados, por restar configurado verdadeiro GRUPO ECONÔMICO instituído para fraudar credores, em notório ABUSO DE DIREITO, tendo perpetuado uma série de atos simulados.

Veja-se que a jurisprudência admite a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização de empresa integrante do grupo econômico da devedora. Nesse sentido, o voto da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no RESP 86502, publicado em 26/08/1996, *verbis*:

[...]

Assim, estou me pondo de acordo com os que admitem a aplicação da doutrina da desconsideração, para julgar ineficaz a personalização societária sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar a terceiros. OU, em outras palavras: 'O juiz pode decretar a suspensão episódica da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica, se verificar que ela foi

utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito' (Fabio Ulhoa Coelho, op. Cit., p. 54).

A sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, além dos casos expressamente previstos em lei (ex. art. 2º, parágrafo 2º da CLT; art. 135, II, do CTN), também decorre do princípio geral da boa-fé, base da doutrina alemã construída sobre o ponto, do princípio que veda o uso abusivo do direito, e da cláusula geral sobre a ordem pública (artigo 17 da LICC), que servem de fundamento para que se afaste pontualmente, presentes os pressupostos, a regra do artigo 20 do Código Civil.

6. Admite-se a desconsideração, para atingir empresa do mesmo grupo ou conglomerado, que se forma de fato ou de direito, quando sirva para elidir a responsabilidade por dívidas de seus integrantes.

'A jurisprudência americana em inúmeros casos tem entendido também que a personalidade jurídica de uma empresa pode ser desconsiderada para que se exija o cumprimento de obrigações por outra pessoa jurídica formalmente distinta, mas de tal modo ligadas uma à outra, que chegam a se identificar no mundo fático. Normalmente são situações onde uma pessoa jurídica controla o capital da outra, ou o de ambos é exageradamente controlado por uma só pessoa. As diretorias e administrações se confundem e os negócios dão de tal forma entrelaçados, que se torna difícil a distinção do que interessa a quem'(João Casillo, loc. Cit., p. 27)

Neste rumo, segundo **FREDIE DIDIER JR.**,

O desvio da finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial (entre os bens dos sócios e os bens da sociedade; adota-se a concepção objetiva apregoada por Fabio Konder Comparato) são os pressupostos de aplicação do *disregard doctrine*. Calixto Salomão Filho explica o critério da confusão patrimonial: **'A confusão de esferas caracteriza-se em sua forma típica quando a denominação social, a organização societária ou o patrimônio da sociedade não se distinguem em forma clara da pessoa do sócio, ou então quando formalidades societárias necessárias à referida separação não são seguidas. Com relação ao primeiro caso (confusão de denominação), pode-se mencionar o emprego de nomes semelhantes ou de fácil confusão com o nome da sociedade controladora para designar a sociedade controlada (...)** Já os demais modos de identificação da confusão de esferas baseiam-se sobretudo em critérios formais, como a existência de administração e contabilidade separadas entre sócio e sociedade.' Na verdade, quer-se, com essa técnica, impedir a utilização fraudulenta da pessoa jurídica. Fábio Ulhoa Coelho bem sintetiza a questão: haverá propósito fraudulento sempre que, encoberto pela 'máscara' da pessoa jurídica, o sócio vise a prejudicar interesse de terceiros em nome de anseios próprios.¹ (grifos nossos).

¹ DIDIER JR. Fredie. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. In DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe (Coord.), São Paulo, 2005, Editora Quartier Latin, pp. 396/397

*Outro elemento, também presente no caso, e que igualmente é apto a fundamentar o desvendar do véu da proteção societária em relação às empresas do referido grupo econômico, mesmo que estivesse isoladamente presente, segundo a citada cláusula geral da desconsideração da pessoa jurídica, é o abuso do direito, caracterizado como o *abuso do direito* societário para o fim de prejudicar terceiros de boa fé.*

O abuso de direito está definido no artigo 187 do NCC:

Art. 187. 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.

Segundo **RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR**, o art. 187, é cláusula fundamental do novel diploma civil, “(...) por que reúne, em um único dispositivo, os quatro princípios éticos que presidem o sistema: o abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos á vista.”²

Pode-se, assim, entender o abuso de direito como o exercício de um direito subjetivo, ou de uma faculdade admitida pelo sistema jurídico legal, de forma a extrapolar os limites estabelecidos pelas regras de convivência em sociedade ou pelos mandamentos fundamentais da ordem jurídica, transgredindo a finalidade social para qual foi inicialmente conferido ao seu titular.

Neste sentir vem a posição da ilustre doutrinadora **MÔNICA GUSMÃO**, ao afirmar que “Define-se abuso de direito a partir do art. 188 do, I, CONTRARIO SENSU, isto é, comete abuso de direito quem pratica atos no exercício regular de direito reconhecido. Sérgio Cavalieri Filho ensina que ‘o fundamento principal do abuso de direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia das finalidades da norma, transformando-o em ato absolutamente ilícito’. Adiante, lembra que ‘enquanto ato ilícito a conduta não encontra apoio em dispositivo legal e até é praticada contra dever jurídico preexistente, no abuso do direito a conduta é respaldada em lei, mas como a já ressaltado, fere ostensivamente o seu espírito.’”³ (grifos nossos).

Ora, resta evidente, diante de todos os fatos narrados, que os sócios e controladores do grupo econômico FAMÍLIA P valeram-se da transferência irregular de bens entre as empresas pertencentes ao grupo, bem como da transferência do

² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. PROJETO DO CÓDIGO CIVIL – AS OBRIGAÇÕES E OS CONTRATOS. In RT 775/23.

³ GUSMÃO, Mônica. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O ABUSO DO DIREITO DE SÓCIO. in Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, Rio de Janeiro, 2004

controle societário para os seus empregados, com posterior outorga de procurações aos antigos administradores, para fraudar o Fisco, ou seja, utilizaram instrumentos legais previstos no direito positivo para alcançar objetivo escuso, deixando para a pessoa jurídica sem patrimônio e cujo administrador é um empregado desprovido de bens, o passivo tributário decorrente de descumprimento de obrigações fiscais e, para as novas empresas, os créditos advindos da exploração da marca existente há anos no mercado e do fundo de comércio, de forma simulada, haja vista ter sido “vendido” para terceira empresa e posteriormente “adquirido” novamente.

Assim os referidos sócios pretendiam, abusando do direito de constituição de pessoa jurídica com personalidade distinta da de seus sócios componentes, sonegar tributos sem ter o patrimônio da empresa e atividade empresarial afetados, permanecendo as marcas X C DE P, V W, dentre outras, plenamente ativas no mercado, enquanto o passivo tributário permaneceu em nome da empresa A G S, razão social posteriormente alterada para V Z, a qual não possui qualquer patrimônio, tampouco o possui o seu sócio-gerente, H DA P S, comprovadamente o porteiro da empresa.

Em realidade, portanto, o fato gerador ocorreu no interesse de todas as empresas pertencentes ao Grupo Econômico P, bem como de seus administradores, J P, A P E L P, porquanto, através da sonegação fiscal cometida pela A G S, e OS ATOS SIMULADOS EFETUADOS, POR MEIO DO QUAL FORAM TRANSFERIDOS BENS DA SOCIEDADE, BEM COMO SUA ADMINISTRAÇÃO PARA EMPREGADOS, foi possível a injeção de capital na atividade empresarial prestada pelas demais empresas do grupo, tornando inalcançável o patrimônio, inclusive as marcas supramencionadas, deixando o credor tributário, na expressão popular, literalmente, “a ver navios”.

O ordenamento jurídico não pode pactuar com verdadeiros abusos de direito como esse, pelo qual são arquitetadas formas de burlar o erário, restando prejudicada toda a sociedade, em prol do enriquecimento dos sócios da empresa.

1.3 DA PLENA POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA EXECUÇÃO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS

Outrossim, resta claro que é plenamente possível a desconsideração da personalidade jurídica em relação à execução de débitos de natureza tributária, uma vez caracterizada utilização das formas societárias como meio de evadir-se da responsabilização pelo passivo tributário gerado pela atuação da empresa ou grupo de empresas.

É fato que os legitimados a figurar no pólo passivo da execução fiscal estão

enumerados no art. 4º da Lei de Execuções Ficiais ou Lei nº 6.830/80.⁴ Contudo, esse veicula rol de legitimados *numerus apertus* e não *numerus clausus*, pois admite, principalmente pela análise do inciso V, quando se refere a "*o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado*", que outras leis definam quem seja o sujeito passivo da execução fiscal.

O contribuinte é o sujeito passivo direto da execução fiscal, eis que sua relação com o fato gerador do tributo inadimplido é pessoal e direta. Já o responsável é devedor solidário, mesmo sem ter tido relação imediata com a obrigação, o qual se sujeita - tanto quanto o devedor - a suportar os efeitos da execução forçada da dívida tributária, mesmo sendo terceiro que não participa diretamente do fato gerador.

Neste caso, importa considerar, por primeiro, que se está a aplicar a cláusula geral de despersonalização societária, prevista em texto legal veiculado por lei federal que disciplina o próprio instituto da personalidade jurídica, qual seja o artigo 50 da Lei nº 10.406/2002, em autos de execução fiscal, na forma incidental, ou seja, não se está a criar nova hipótese tributária, mas, sim, a delimitar, com base na lei específica societária, que, para efeito de evitar-se o abuso de direito e a violação dos direitos do credor, os atos executivos podem alcançar os bens dos sócios, tornados responsáveis em função da aplicação da regra legal de desconsideração ou mesmo, **na desconsideração invertida, sujeitar aos atos executivos os bens de empresa pertencente ao grupo de empresas de titularidade dos devedores.**

Inexiste, portanto, necessidade de lei complementar a disciplinar a desconsideração, pois a esta compete, forte no artigo 146, III, "a" e "b", do CTN,⁵ apenas definir os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição Federal, mas, de forma alguma, exige-se a lei complementar para definir hipótese em que, na execução de dívidas, sejam tributárias ou não, deverá haver a aplicação da desconsideração para evitar o abuso de direito e a fraude aos credores de boa fé.

No caso em questão, não se está a dizer que as pessoas jurídicas **J, INDL B, dentre outras**, são contribuintes dos tributos devidos.

Ocorre que, havendo o abuso de direito por parte de seus controladores, **A P e J P**, os quais foram os mentores das simulações efetuadas, para as quais

⁴ Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I - o devedor;

II - o fiador;

III - o espólio;

IV - a massa;

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI - os sucessores a qualquer título.

⁵ Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(...)

foram criadas e utilizadas as empresas supramencionadas, e atualmente controlam o grupo econômico a que pertence a empresa executada e as sociedades que atualmente exploram a fabricação e comércio de bebidas, logicamente, *há que se desconsiderar a personalidade jurídicas das empresas pertencentes ao Grupo P para que o patrimônio de todas, bem como de seus sócios controladores, responda pelos débitos resultantes da atuação do grupo de empresas.*

Neste tema, da plena aplicabilidade do art. 50 do NCC em relação às execuções de dívidas tributárias, é importantíssimo citar a opinião do ilustre tributarista **RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA**, o qual assevera que "(...) *inexiste incompatibilidade entre o art. 50 e o CTN, como não existe entre outras disposições da lei civil, pertinentes a responsabilidades de sócios e administradores de pessoas jurídicas, com as que constam do Código Tributário. Destarte, embora a responsabilidade tributária seja matéria de lei complementar, não viola essa prescrição constitucional qualquer dispositivo da lei privada que trate do tema no âmbito que lhe é próprio e de maneira não colidente com as normas do CTN, tal como ocorre, por exemplo, com a responsabilidade dos sócios pela integralização do capital das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a qual está prevista no art. 1.052 do Código Civil (e antes, com outra redação, no art. 9º do Decreto nº 3.708, de 10.01.1919), e se estende para garantia do crédito tributário, por ser matéria própria da lei privada e não ofender qualquer disposição do CTN.*"⁶ (grifos nossos).

É fundamental a transcrição do seguinte julgado, oriundo do Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, exarado pela ilustre Relatora, Desembargadora Federal **MARCIANE BONZANINI**, em Agravo de Instrumento interposto contra decisão que deferiu liminar em ação cautelar fiscal, reconhecendo, em relação à execução de débitos fiscais, a desconsideração da personalidade jurídica em função da utilização das formas societárias como meio de evadir-se ao pagamento de tributos:

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida em medida cautelar fiscal nos seguintes termos: "Trata-se de medida cautelar fiscal ajuizada pela União objetivando, em sede de liminar, a obtenção de provimento jurisdicional que tornem 'indisponíveis todos os bens pertencentes às empresas Transnaza Transportes Ltda. e Naza Logística e Transportes Ltda. e aos sócios Antônio Renor Zappellini Filho e Douglas Rogério Zappellini, nos termos dos arts. 4º e 7º da Lei 8.397/1992' (fl. 12). Requereu, ainda, a extensão da medida para abarcar os bens de propriedade de Antonio Renor Zapelini, "para garantia dos débitos cujos fatos geradores tenham ocorrido durante o período da sua administração" (fl. 35). Para tal fim, afirma que a empresa Transnaza Transportes Ltda., possuidora de débitos constituídos e inscritos em dívida ativa superiores a R\$ 17.000.000,00 (dezessete milhões de reais), após sofrer fiscalização da Receita Federal de Lages, passou a empreender manobras visando à transferência de seu patrimônio para a empresa Naza Logística e Transportes Ltda., que, apesar de formalmente distinta daquela sociedade,

⁶ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. OBSERVAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PERANTE O DIREITO TRIBUTÁRIO. Revista Fórum de Direito Tributário - RFDI, Belo Horizonte, ano 5, n. 28, p. 85-130, jul./ago. 2007

com ela se confunde, haja vista a identidade de sócios, de ramo de atividade, de endereços e telefones de estabelecimentos e de nome empresarial e fantasia. Breve relato. DECIDO. (...). Portanto, a toda evidência os débitos tributário superam, e muito, o patrimônio conhecido da empresa em tela. - Não pagamento de débitos tributários vencidos. Os documentos das fls. 272/280 comprovam por si só a existência de inúmeros débitos tributários da empresa Transnaza inscritos em dívida ativa, o que demonstra a toda prova que se encontram eles vencidos. Ademais, tramitam nesta Vara Federal, três execuções fiscais em desfavor da empresa Transnaza (Processos 2006.72.06.002508-3, 2007.72.06.000824-7 e 2007.72.06.000603-2). (...) Neste contexto, em sendo a pessoa jurídica Transnaza Transportes Ltda. o sujeito passivo do crédito tributário, e tendo como sócios controladores na época dos fatos geradores dos tributos Antonio Renor Zappellini Filho e Antonio Renor Zappellini, legitimados estão para figurar no pólo passivo deste feito, ainda que posteriormente Antonio Renor Zappellini tenha se desligado da empresa. No que tange à empresa Naza Logística e Transportes Ltda. e a Douglas Rogério Zappellini, cabem as seguintes considerações. Com efeito, os documentos constantes nos autos demonstram que a empresa em tela, administrada por Douglas Rogério Zappellini (irmão de Antonio Renor Zappellini Filho e filho de Antonio Renor Zappellini), e a empresa Transnaza Transportes Ltda. confundem-se, sendo uma única e mesma empresa. Vejamos. O contrato social da empresa Transnaza demonstra que a empresa em tela foi constituída em 23 de outubro de 1987 (fls. 64/66), tendo com sócios Antonio Renor Zappellini, Antonio Renor Zappellini Filho, Luiz Carlos Zappellini e Juciane Westphal. Aos 04 de julho de 1988 desliga-se da sociedade Juciane Westphal (fls. 67/68), sendo que Luiz Carlos Zappellini retira-se em 14 de fevereiro de 1991 (fl. 70). Em 04 de fevereiro de 1998 é admitido na sociedade Douglas Rogério Zappellini (fls. 77/78). Antonio Renor Zappellini retira-se da sociedade em 18 de novembro de 2003 (fls. 120/125), portanto, após a ocorrência de diversos fatos geradores que deram origem à constituição de elevado valor em débitos tributários em face da empresa. Saliente-se que Antonio Renor Zappellini é pai de Antonio Renor Zappellini Filho e de Douglas Rogério Zappellini, o que demonstra tratar-se a Transnaza de empresa familiar. Desde sua constituição a empresa Transnaza teve como objetivo social "a exploração do ramo de transportes rodoviários de cargas em geral" (art. 3º do contrato social, fl. 64). Em 01 de julho de 2000, a empresa alterou o ramo de sua atividade para "Transportes de Cargas em geral, para transportes rodoviário de carga internacional, intermunicipal e interestadual, incluindo atividade de: locação de móveis e veículos; Depósito e armazenagem de mercadorias e produtos para terceiros" (terceira cláusula da décima alteração contratual, fl. 80). Posteriormente, acrescentou a seu ramo de atividade a importação e exportação (fls. 83/87). Em fevereiro de 2005, novo acréscimo de atividades ao objetivo social da empresa, agora incluindo a fabricação de produtos de madeira, comércio atacadista e varejista de madeira e seus derivados, extração, exploração e produção de carvão vegetal, exploração florestal e serviços relacionados a silvicultura e serviços de terraplanagem e outras movimentações de terras (fls. 131/135). Por outro lado, a empresa Naza Logística (fls. 148/149) foi constituída em 09 de agosto de 2005 por Antonio Renor Zappellini e Douglas Rogério Zappellini, que são irmãos e também sócios da empresa Transnaza. A empresa Naza, por sua vez, tem como objeto social o transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, in-

termunicipal, interestadual e internacional (fl. 148). Vê-se, portanto, que as atividades realizadas por ambas as empresas são idênticas, apenas sendo as da Transnaza mais abrangentes. Saliente-se que, embora a Transnaza tenha recentemente incluído atividades totalmente diversas do transporte em seu objetivo social, a prova dos autos é no sentido de que ela continua exercendo preponderantemente, senão exclusivamente, a atividade de transporte (fl. 58). Além dos elementos acima, que já indicam, ao menos em cognição provisória, a identidade entre as empresas Transnaza e Naza, ressalta-se a existência dos seguintes elementos adicionais: a) ambas as empresas têm uma matriz e sete filiais (fls. 60/63 e 150/153); b) embora a matriz da empresa Naza esteja situada em São Paulo, seu administrador, Douglas Rogério Zappellini, reside em Lages, sede da empresa Transnaza; c) o endereço da filial 0002 da Naza Logística é o mesmo da matriz da Transnaza (fls. 58 e 150), tendo as empresas o mesmo número de telefone; d) as filiais de ambas as empresas situadas nos municípios de Pien/RS, Montenegro/RS e Itapeceira da Serra/SP têm os mesmos endereços (fls. 61/62 e 151/153); e) o nome de fantasia da empresa Naza Logística é "Transnaza" (fl. 148); f) muitos dos veículos constantes nos arrolamentos procedidos pela Receita Federal, referente à empresa Transnaza, foram transferidos para a empresa Naza Logística (fls. 258/260, 265/267, 269/271). Registre-se, ainda, que a mudança no objetivo social da empresa Transnaza, para incluir atividades relacionadas à madeira e totalmente diversas daquelas até então realizadas, deu-se justamente após a fiscalização procedida pela Receita Federal, ocorrida em 2004. Posteriormente, e também no ano de 2005, foi ainda constituída a empresa Naza Logística, para a qual parte do patrimônio da Transnaza (e que deveria garantir os créditos tributários da Fazenda Nacional) foi ou está sendo transferido. Assim, tendo sido demonstrada a confusão patrimonial entre as empresas Transnaza Transportes Ltda. e Naza Logística e Transportes Ltda., bem como a administração comum, caracterizando-se uma empresa única, deve a medida cautelar fiscal dirigir-se também à empresa Naza e a seu administrador, Douglas Rogério Zappellini. Isso porque aplicável ao caso o art. 50 do Código Civil, que impõe a desconsideração da personalidade jurídica quando houver abuso em seu uso, caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Saliente-se, por fim, que, a despeito do esvaziamento patrimonial da empresa Transnaza, que pode tornar inexequíveis os débitos tributários, seus sócios Antonio Renor Zapellini Filho e Douglas Rogério Zappellini, e ex-sócio, Antonio Renor Zapellini, têm patrimônio particular bastante considerável, como demonstrado às fls. 32/36. Os requisitos para a concessão da liminar. Ao lado de todas as ponderações feitas ao longo da fundamentação, que consubstanciam, a meu sentir, o *fumus boni juris*, é de se notar que as atitudes dos requeridos atingidos pela indisponibilidade, em especial dos sócios das empresas Transnaza e Naza Logística, de maneira geral, contemplam manobras evasivas do patrimônio da pessoa jurídica, cuja dilapidação poderá acarretar na execução de uma dívida sem possibilidade de pagamento, já que o patrimônio remanescente será de pouca ou nenhuma valia. A propositura desta medida cautelar fiscal, por conseguinte, é instrumento voltado à solução de continuidade das ditas manobras e a concessão da liminar constitui a solução emergencial a ser prescrita, por conta do *periculum in mora*. Dispositivo. Ante o exposto, DEFIRO A MEDIDA CAUTELAR FISCAL, LIMINARMENTE, (...) Decido. A Fazenda ajuizou a presente medida cautelar fiscal baseada nos seguintes fatos: (...) Conquan-

to as empresas Transnaza e Naza Logística possuam formalmente personalidades jurídicas distintas são, em verdade, uma única e mesma empresa, sendo que esta última foi constituída com a finalidade de desviar o patrimônio da empresa Transnaza, a qual é devedora milionária da Fazenda Pública. Daí porque a justificativa de o sócio Douglas ser incluído também no pólo passivo da presente demanda. d) Desconsideração da pessoa jurídica, pois a empresa Transnaza e Naza Logística são empresas familiares, controladas por irmãos, havendo identidade de quadro societário e evidente unidade gerencial. Além disso, muitos dos seus estabelecimentos estão sediados em endereços coincidentes, possuindo, inclusive, o mesmo telefone de contato. Assim, embora formalmente distintas, não há dúvidas de que se trata de uma empresa única que abusa da personalidade jurídica, mediante má-fé e fraude, desviando sua finalidade e confundindo o patrimônio, em flagrante prejuízo aos credores. (...). Quanto aos demais argumentos trazidos pela parte agravante, para efeitos de análise de uma decisão liminar em ação cautelar fiscal, penso que o juízo de primeiro grau agiu corretamente em decretar a indisponibilidade dos bens da empresa agravante e dos seus sócios, inclusive do sócio Douglas, pois há veementes indícios de prática de irregularidades, como confusão patrimonial e transferência de bens com o intuito evidente de burlar o fisco. (...) é de se notar que as atitudes dos requeridos atingidos pela indisponibilidade, em especial dos sócios das empresas Transnaza e Naza Logística, de maneira geral, contemplam manobras evasivas do patrimônio da pessoa jurídica, cuja dilapidação poderá acarretar na execução de uma dívida sem possibilidade de pagamento, já que o patrimônio remanescente será de pouca ou nenhuma valia. A propositura desta medida cautelar fiscal, por conseguinte, é instrumento voltado à solução de continuidade das ditas manobras e a concessão da liminar constitui a solução emergencial a ser prescrita, por conta do periculum in mora." Ante o exposto, defiro parcialmente o efeito suspensivo, apenas para excluir do pólo passivo da medida cautelar o sócio Antônio Renor Zappellini. Comunique-se. Intimem-se, inclusive a parte agravada para responder. Após, voltem conclusos. Porto Alegre, 02 de setembro de 2008. Ratifico, portanto, a fundamentação expressa na decisão antes referida, apenas no que diz respeito ao periculum in mora e ao fumus boni iures. Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo. Comunique-se. Intimem-se, inclusive a parte agravada para responder. Após, voltem conclusos. (TRF4, AG 2008.04.00.043979-3, Segunda Turma, Relatora Marciane Bonzanini, D.E. 10/12/2008) (grifos nosso)⁷

No mesmo sentido e em caso análogo ao presente, no qual igualmente restou caracterizado o grupo de empresas, utilizado pelos sócios controladores como meio de evadir-se da responsabilidade tributária em relação às dívidas originárias da atividade do grupo econômico, vem a seguinte ementa, também exarada pelo Egrégio Tribunal Regional da 4ª Região, da lavra do ilustre Relator, Desembargador Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA, na qual foi aplicada a cláusula geral do artigo 50 do NCC em autos de ação de execução fiscal:

DECISÃO: 1. - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União

⁷ Fonte: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/citacao.php?doc=TRF400173961>

Federal contra decisão proferida pelo juízo de primeiro grau nos autos de execução fiscal n. 2006.72.04.005486-6, a qual não acolheu o pedido de redirecionamento contra a sócia majoritária da Massa Falida De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. Afirma que a sócia majoritária da agravada, CONSTRIL INCORPORADORA DE LUCCA LTDA., deve sofrer o redirecionamento da execução, uma vez que, segundo os documentos apresentados com o recurso, está-se diante de um grupo econômico familiar, onde há de certa forma abuso de personalidade jurídica, bem como, confusão patrimonial, entre a empresa falida e os seus sócios. Assim, com base nessa configuração de grupo econômico familiar, pede a desconsideração da personalidade jurídica da agravada, nos termos do artigo 50 do Código Civil, bem como a suspensão da decisão que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução fiscal contra a empresa CONSTRIL INCORPORADORA DE LUCCA LTDA. É o relatório. Decido. 2. - Primeiramente, ressalta-se que o pedido de redirecionamento da execução fiscal foi feito com fundamento no artigo 50 do Código Civil Brasileiro, que assim dispõe: "Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica". No caso, demonstrou a agravante que a Massa Falida DE LUCCA REVESTIMENTO CERÂMICOS LTDA. tinha como sócia majoritária, a partir da 17ª Alteração de Contrato Social (fls.70/71) a empresa CONSTRIL - Construtora e Imobiliária de Lucca Ltda, com 19.338.238,00 quotas, tendo ainda como participantes do quadro societário, Paulo Roberto de Lucca, com 159,011,00 quotas, João Batista de Lucca, com 159,010,00 quotas e Rubens Antônio de Lucca, com 3.741,00 quotas. Sobre a questão da existência de um grupo familiar que possa, pelo menos por indícios, ter realizado uma confusão patrimonial (pois se percebe que todas as empresas, principalmente a empresa COPISA - COMÉRCIO DE PISOS E AZULEJOS LTDA, CONSTRIL E IMOBILIÁRIA DE LUCCA LTDA e a massa falida de DE LUCCA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA., atuam ou atuavam no ramo imobiliário e de construção civil), valho-me dos fundamentos da sentença proferida nos embargos à execução n. 2006.72.04.004529-5, tendo em vista que se trata de uma decisão proferida através de uma cognição exauriente com amplo contraditório: (...) Nesse sentido, ao conduzir o julgamento da AC n.º. 2003.70.01.001616-0/PR (TRF4, 2ª Turma, DJU de 18/01/2006), invocando os mesmos fundamentos o Juiz Federal Leandro Paulsen ponderou: A invocação do artigo 146, III, "a", da Constituição não aparenta apontar para a inconstitucionalidade do artigo 30, IX, da Lei n.º 8.212/91. A norma constitucional mencionada é bastante clara ao definir que cabe à lei complementar não apenas tratar dos conflitos de competência e da regulação das limitações ao poder de tributar, mas também estabelecer normas gerais disciplinando os institutos jurídicos básicos da tributação, capazes de dar uniformidade técnica à instituição de tributos pelas diversas pessoas políticas. Ao impor a edição de lei complementar na definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, a Constituição não está a exigir a criação de toda e qualquer situação de responsabilidade tributária seja veiculada através de lei complementar. Na verdade, está a exigir tão-somente que as normas gerais que tratem de sujeição passiva em matéria tributária sejam fixadas por

lei complementar, deixando, por outro lado, uma margem regulamentatória para que lei ordinária venha a dispor acerca das regras específicas sobre a definição dos contribuintes e das hipóteses de responsabilidade tributária. Não é por outro motivo que o artigo 128 do CTN vem a apresentar regra genérica em matéria de responsabilidade tributária, a qual expressamente prevê a possibilidade de lei - aqui compreendida como ordinária - "atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação". A implementação de novas hipóteses de responsabilidade tributária, portanto, não ficou adstrita à reserva da Lei Complementar. Desde que não colida com os princípios extraídos do Código Tributário Nacional e também da Constituição Federal, o legislador ordinário está autorizado a disciplinar e inovar a matéria, amparado, notadamente, pelo franqueado no disposto no art. 128 do CTN, segundo o qual ... a lei pode atribuir de modo expreso 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. No mesmo sentido, vale lembrar a disposição contida no art. 124, II, do CTN, onde se confere ao legislador ordinário a possibilidade de imputar responsabilidade solidária a determinadas pessoas e na qual se amolda a solidariedade das empresas que integram o mesmo grupo econômico, ex vi do art. 30, IX, da Lei n. 8.212-91. Relevo, por imperativo, que tal possibilidade em nada se assemelha ao recente julgamento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 717717/SP (DJU 08-05-2006), cujo substrato direcionava-se à investigação da validade do art. 13 da Lei n. 8.620-93 (responsabilidade solidária dos sócios de empresas por cotas de responsabilidade limitada e o titular de firma individual pelos débitos havidos pela pessoa jurídica junto à Seguridade Social). Assim, pois, reputo haver substrato jurídico para atribuir às empresas ora embargantes o ônus de suportarem os débitos contraídos pela devedora primitiva, De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. Por outro lado, o INSS prendeu-se ao fato de que o redirecionamento já havia sido amplamente apreciado pelo Juízo, ou seja, sob o manto da preclusão. No entanto, tenho eu que a decisão acolhendo o redirecionamento não ceifou das embargantes o direito de enfrentar a questão nos embargos, com a amplitude que merece ser ela tratada. O que se faz na execução fiscal é o exame preliminar, um juízo de admissibilidade prévia, na qual são observadas as condições mínimas à inclusão de terceira pessoa no pólo passivo do processo. Não se retira das empresas, até porque não é aquele o momento processual adequado (na execução não há cognição exauriente), a possibilidade de discutir sua ilegitimidade nos embargos, que consubstanciam a via processual apropriada para se debater todos os argumentos possíveis, independentemente do desfecho dado a eventual agravo de instrumento interposto. O grupo econômico ficou caracterizado nas transferências societárias realizadas por integrantes de uma mesma família. De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. nasceu com a participação majoritária da embargante Copisa, que representava 50% do capital do novo empreendimento. Era administrada por Paulo Roberto De Lucca. O capital remanescente foi distribuído entre Rubens Antônio de Lucca e Paulo Roberto de Lucca, o primeiro sócio-gerente de Copisa. A Copisa, depois - em 1998 - retirou-se

da sociedade, mas, substitivamente, Constril, que já detinha a segunda maior parte do capital, passou à condição de sócia majoritária. Em 23-10-98 o capital social de De Lucca Revestimentos Cerâmicos estava dividido entre Constril, Paulo Roberto de Lucca, João Batista de Lucca e Rubens Antônio de Lucca. Na 19ª alteração contratual - 1º-06-2004 - o capital social da indústria cerâmica estava dividido entre os mesmos sócios e a administração reservada a João Batista de Lucca. A atual sócia majoritária de De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. detém parte deveras significativa do capital social desta última. São mais de dezenove milhões num total de dezenove milhões e seiscentos e sessenta mil cotas. A Constril nasceu como empresa imobiliária, nos idos de 1980 e teve como sócios fundadores Rubens Antônio de Lucca e Paulo Roberto de Lucca, o primeiro sócio majoritário. Em setembro de 1982, o contrato social da empresa foi alterado para abarcar outras atividades e alterar a denominação social (até então era Imobiliária De Lucca Ltda.), mas sempre tendo em seu quadro societário integrantes da família De Lucca. Paulo Roberto de Lucca sempre esteve à frente dos negócios. Já na constituição da empresa, representava conjuntamente com Rubens Antônio de Lucca a gerência da sociedade. Na 19ª alteração contratual de Constril - Construtora e Imobiliária De Lucca Ltda., Paulo Roberto De Lucca passou a exercer a gerência isoladamente, mas tendo entre seus sócios os irmãos João Batista De Lucca e Jorge Luiz De Lucca, em partes rigorosamente iguais na distribuição das cotas. Com a 20ª alteração contratual este último retira-se da sociedade, subsistindo tão-só Paulo Roberto e João Batista, o primeiro na condição de gerente. Em suma, João Batista era administrador de De Lucca Revestimentos Cerâmicos, que tem hoje como sócia majoritária Constril, que, por sua vez, tem como sócios João Batista e Paulo Roberto De Lucca, o último seu administrador e também sócio na primeira empresa. E a interligação destas empresas com Copisa Comércio de Pisos e Azulejos Ltda.? Copisa deu em garantia vários imóveis seus para a obtenção de empréstimos. Até aí não haveria problemas, não fosse o fato de a beneficiária ser justamente De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda., evidenciando o alto grau de interdependência e gerenciamento que a primeira exercia sobre a segunda. Assim, com estas considerações, impõe-se a manutenção das embargantes no pólo passivo da execução fiscal, devendo elas responder pelos débitos da empresa originariamente executada, porque presentes elementos suficientes para caracterizar a formação do grupo econômico. 3. As embargantes alegam que não fora notificadas, no âmbito administrativo, para a apresentação de defesa. De fato, não foram e jamais poderiam ter sido, à época, notificadas. É que as embargantes não eram, tecnicamente, o devedor (que é a empresa De Lucca), mas, sim, meros responsáveis, vale dizer, sua sujeição dá-se de forma indireta, no caso, por transferência, que "ocorre quando a obrigação tributária depois de ter surgido contra uma pessoa determinada (que seria o sujeito passivo direto), entretanto, em virtude de fato posterior, transfere-se para outra pessoa diferente". Nas palavras de NAVARRO COELHO: ... nos casos de responsabilidade tributária por transferência, existe uma cláusula jurídica que imputa ao responsável o dever de pagar o tributo em lugar do contribuinte. O que se transfere é o dever jurídico, que migra total ou parcialmente do contribuinte para o responsável... Assim sendo, tendo, como partes, na relação jurídica-tributária, o Fisco e o devedor, deu-se de forma escurreita o procedimento administrativo que, observando-se tais pólos, garantiu contraditório e ampla defesa ao contribuinte. O redi-

recionamento, em verdade, trata-se de distinta relação jurídica, que se forma posteriormente àquela, uma vez presentes seus pressupostos legais. Na hipótese dos autos, o redirecionamento deu-se no âmbito judicial, em meio ao processo executivo, perfazendo, os presentes embargos, exatamente, a sede propícia para o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do redirecionado. 4. (...) Esses argumentos, em princípio e para o efeito de indícios de eventual responsabilidade tributária, são suficientes para configurar um grupo econômico familiar, bem como eventual confusão patrimonial entre a empresa falida e a sua sócia majoritária, CONSTRIL INCORPORADORA DE LUCCA LTDA. (...) Portanto, diante da circunstância de existência de um grupo econômico familiar, em que a atividade de todas as empresas está voltada para a mesma finalidade econômica, resta razoável acolher o pedido da agravante para incluir a sócia majoritária, CONSTRIL INCORPORADORA DE LUCCA LTDA. no âmbito da relação jurídica dos autos de execução fiscal n. 2003.72.04.005486-6, com base no artigo 50 do Código Civil Brasileiro, c/c o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, pois a eventual confusão patrimonial configura a infração à lei. 3.- Posto isto, defiro o pedido de antecipação da pretensão recursal para determinar o redirecionamento da execução fiscal n. 2003.72.04.005486-6/SC em face da sócia majoritária CONSTRIL INCORPORADORA DE LUCCA LTDA. Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta. Publique-se. Comunique-se ao juízo de origem, dando-lhe ciência do inteiro teor desta decisão, dispensadas informações. (TRF4, AG 2008.04.00.040962-4, Primeira Turma, Relator Artur César de Souza, D.E. 24/11/2008) (grifos nossos).⁸

II – DO REDIRECIONAMENTO PROPRIAMENTE DITO

Após as considerações efetuadas, cabe elencar quais as empresas/sócios pertencentes ao Grupo Econômico Familiar que serão objeto do redirecionamento.

Consoante supramencionado, as empresas que compõem o Grupo P atualmente são vinculadas à J HOLDING S.A, CNPJ nº [omitido], a qual é detentora de várias marcas de bebidas, produzidas no momento pela INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS LTDA, CNPJ nº [omitido] e que foram cedidas pela outrora empresa A G S e P S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (atuais V Z e N S/A, respectivamente).

No cumprimento dos mandados de busca e apreensão decorrentes da ação criminal movida pela 6ª Vara Criminal de Campinas, apurou-se, por exemplo, que na Empresa de M N o porteiro é o sr. H da P S, sócio-gerente da V Z LTDA (antiga A G S). Ademais, no auto de apreensão constou “uma pasta cinza contendo documentos das empresas P S/A, JHOLDING, Empresa de Mineração, Comércio e Transportadora de Combustíveis e de J P”.

Verificou-se, conforme os fatos narrados, que o Grupo Econômico é formado por uma série de empresas que “prestam serviços” para as principais, produtoras de bebidas, em verdadeira simulação para a transferência dos valores

⁸ Fonte: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/citacao.php?doc=TRF400173107>

sonegados entre elas, contando com os mesmos sócios, sejam comprovadamente empregados do grupo, ou os próprios A E J, de modo que o redirecionamento deve ser dirigido às empresas pertencentes ao grupo, vinculadas aos negócios simulados efetuados e seus sócios-gerentes comprovadamente envolvidos no esquema fraudulento. São elas:

- **C C DE V DO S LTDA**, CNPJ [omitido], (SÓCIOS: [omitido], CPF [omitido]; e P J, CPF n° [omitido])
- **J HOLDING S.A**, CNPJ n° [omitido]; (SÓCIOS: A P, CPF [omitido]; e P J, CPF n° [omitido])
- **INDUSTRIAL B DE ALIMENTOS LTDA**, CNPJ n° [omitido];
- **N S/A INDUSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS**, CNPJ n° [omitido];
- **V Z LTDA**, CNPJ [omitido];
- **EMPRESA DE M N LTDA**, CNPJ [omitido];
- **N - N A E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, CNPJ [omitido].

De outro lado, os sócios-fundadores das empresas que compõem o grupo econômico também devem ser responsabilizados, uma vez que arquitetaram a fraude contra os credores e simulação desde o seu início e permanecem dirigindo-o. Veja-se que, quando do lançamento fiscal, apenas permanecia como sócio da empresa A P, uma vez que J P e L P já haviam se retirado.

Contudo, consoante foi possível observar pelos fatos narrados na presente petição, os irmãos A E J permaneceram à frente do grupo econômico, porquanto detinham procurações dos atuais sócios-gerentes para a prática dos atos de gestão, bem como J permanece como atual diretor das empresas exploradoras das bebidas fabricadas.

Desta forma, restando comprovado o evidente abuso de direito pelos sócios do Grupo Econômico, devem ser responsabilizados pelas obrigações fiscais, pela aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como autoriza o art. 50 do Código Civil, os sócios:

- A P, CPF [omitido];
- J P, CPF [omitido];

Cabe referir, por fim, que tais fatos já foram objeto de análise pela Justiça Federal, na medida cautelar fiscal n° [omitido], na qual foi deferida a medida liminar pelo Juiz Gueverson Rogério Farias, para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao grupo econômico e dos sócios A P E J P. Colaciona-se, a seguir, trechos da decisão referida, *verbis*:

d. Indícios de Interposição Fraudulenta de Empresas/ Existência de Unidade Econômica
Há indícios de interposição fraudulenta de empresas com a finalidade de

ocultar a identidade de seus verdadeiros proprietários, a existência de uma unidade econômica entre elas e, principalmente, dificultar a satisfação de débitos fiscais. Tais fatos correspondem, em princípio, à hipótese prevista na Lei 8397/92, art. 2º, inciso IX - prática de atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito. Ademais, ao menos quanto aos débitos em relação aos quais já houve constituição definitiva estaria também caracterizada a situação prevista no inciso V, alínea b, desse mesmo dispositivo.

De acordo com os dados colhidos na investigação promovida pela Receita Federal o início das atividades econômicas dos ora requeridos remonta ao ano de 1983, quando os irmãos [omitidos], naquela época juntamente com [omitido], começaram a produção de bebidas quentes (aguardente e vodca), dentre as quais se incluem marcas como a [omitidas] sob a pessoa jurídica [omitida]. Essa empresa teve sua denominação alterada para [omitida], e posteriormente para [omitida], com alteração então do próprio objeto social. Paralelamente ao esvaziamento da pessoa jurídica sob a qual os produtos eram originalmente fabricados, teria sido constituída outra empresa, a [omitida], a qual seguiria fabricando as bebidas mas que distribuiria significativa parcela de sua receita a outras empresas controladas pelos irmãos [omitido] (IPEI RS20100012).

III- DO PEDIDO

Ante ao exposto, requer seja reconhecida a existência de grupo econômico familiar e desconsiderada a sua personalidade jurídica de forma que as empresas pertencentes ao Grupo P, mencionadas no item nº 3, bem como seus sócios-gerentes, além dos sócios-gerentes A E J P, passem a integrar a presente execução fiscal na qualidade de executadas, uma vez que evidenciada a simulação e abuso de direito, resultando na inatividade da empresa e na ausência de bens, enquanto o grupo econômico permanece explorando as marcas e a fábrica originais, em verdadeira fraude ao erário.

Termos em que pede deferimento.

Canoas, 30 de dezembro de 2011.

LÍVIA DEPRÁ CAMARGO SULZBACH
Procuradora do Estado
OAB/RS 74.153

Exm^o Sr. Dr. Juiz da 2^a Vara Federal Tributária - SJRS
Proc. n^o 2008.71.00.022539-6/RS.
Impetrante: EMPRESA X (omitido).
Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL & OUTROS.

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu agente firmatário, comparece ante V. Ex^a, respeitosamente, nos autos do feito em epígrafe, na qualidade de entidade política a que se vincula, funcionalmente, a autoridade estadual co-impetrada, para, tempestivamente, recorrer da r. sentença de fls., via a interposição de recurso de apelação ao E. TRF- 4^a Região, REQUERENDO, a tanto, o recebimento e juntada das inclusas razões, com sua ulterior remessa à C. Instância Superior da 4^a Região, depois de se manifestar, querendo, a parte recorrida.

P. D.
Porto Alegre, 04 de Junho de 2009.

LUIZ CARLOS ADAMS COELHO
Procurador do Estado
OAB/RS 8.612

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégia Corte:

A r. sentença hostilizada comporta reforma integral, com conseqüente denegação do writ à impetrante, baixo os fundamentos a seguir ventilados:

Aprosserpar o requerimento inicial, alicerçado, basicamente, em argüição de inconstitucionalidade do art. 17, V, da LC 123/2006, acolhida pelo ínclito Juízo 'a quo', em sentença, pelo fato de a impetrante acusar preexistentes dívidas passivas tributárias para com a Fazenda Pública estadual, restará malferido, indelevelmente, o princípio da isonomia, proclamado e assegurado, em termos gerais, pelo caput do art. 5^o, da Lei Fundamental Nacional -- concebido, modernamente, como cláusula-garantia pela qual se tratam igualmente os iguais; desigualmente, os desiguais --, a par de se infringirem outros princípios e garantias constitucionais, de idêntica magnitude, adiante abordados.

Com efeito. Manifestamente, a Lei Fundamental Nacional, ao assegurar tratamento 'favorecido' às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos dos arts. 170, IX e 179, das disposições constitucionais permanentes, adotou recitado conceito de 'isonomia', mercê da ostensiva posição de inferioridade material e econômica ocupada por esses empreendedores frente aos agentes econômicos de médio e grande porte. Contudo, o conteúdo e alcance do 'favorecimento' em

apreço hão de ser – e o são, efetivamente – determinados e delimitados por outros princípios e normas de índole igualmente constitucional, que tutelam valores e finalidades tão ou mais relevantes que as objeto de indigitado ‘favorecimento’. Alguns desses princípios constam ostensivamente do texto constitucional, como, e. g., o consignado no já citado caput do art. 5º; outros, de sua vez, manifestam-se de maneira implícita – nem por isso despojados de cogência ou observância obrigatória –, como os decorrentes, logicamente, dos discriminados no art. 37, constitucional, tais os da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, que não se limitam a nortear a atuação da Administração Pública, orientando, igualmente, as demais funções de Estado, como a legislativa e a judiciária. Podem ser mencionados, ainda, outros princípios, explícitos e implícitos, que existem, precisamente, a conferir efetividade aos objetivos enunciados, em linhas gerais, nos arts. 1º e 3º, e respectivos incisos, da Lei Maior, detalhados nos capítulos relativos à saúde, à seguridade social, à segurança da coletividade e às demais necessidades públicas. O principal deles é o chamado ‘poder de tributar’, consistente na possibilidade de a entidade estatal exigir de seus súditos economicamente ativos, pessoas naturais e jurídicas, que contribuam com recursos próprios, na medida de suas posses (=princípio da proporcionalidade, que, em âmbito tributário, exprime-se como princípio da capacidade contributiva), com vistas à satisfação de mencionadas necessidades públicas e, mediatamente, à concretização dos objetivos adrede mencionados, mediante imposição de tributos – impostos, taxas e contribuições --.

Ora, ao conferir tratamento “favorecido” e “diferenciado” às micro e pequenas empresas em matérias administrativa, tributária, previdenciária e creditícia, a Lei Maior, sem poder, logicamente, recusar vigência e aplicabilidade a princípios por ela própria proclamados, como os acima citados e outros, que ainda falta mencionar, delimitou, já se o disse, o conteúdo e alcance de prefalado “favorecimento”, a ponto de evitar que esse predicado, em sendo exacerbado, derivasse para a antítese da ‘isonomia’, qual seja, o *privilégio odioso*.

Que limites seriam esses? Para começar, os calcados nos *princípios da solidariedade, da razoabilidade, do poder de tributar, da capacidade contributiva e do ato jurídico perfeito*, dentre outros. A tanto, vale assinalar que, historicamente, os empreendimentos econômicos, em sua quase totalidade, começaram pequenos, à exceção dos que já nasceram grandes em razão da conjugação de esforços de vários empreendedores ou detentores de grandes somas de capital. História à parte, certo é que, até o advento da legislação prevista no art. 179 da Constituição, a legislação tributária, em especial (é a que mais consulta aos interesses da demandante), já aplicava, bem ou mal, o princípio da proporcionalidade ou da capacidade contributiva, tributando os empreendimentos econômicos proporcionalmente a sua grandeza. *Fundamentalmente, essa atividade de imposição de tributos se operava no bojo de relações jurídicas validamente constituídas (atos jurídicos perfeitos), porquanto respaldadas nos pertinentes ditames constitucionais e infraconstitucionais tributários.*

Assim, quer-se crer que, salvo improvável equívoco do ora recorrente na apreensão da mens veiculada pelos arts. 170, IX, e 179, da Constituição da República, *nem os respectivos textos, nem o contexto normativo constitucional permitem que se conclua que o “favorecimento” em apreço seja sinônimo de “remissão” total de débitos fiscais (inclusas as contribuições previdenciárias e sociais) preexistentes e, sobretudo, validamente constituídos*. Do contrário, ter-se-á por malferidas, irremediavelmente, as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido (o de as entidades estatais cobrarem créditos tributários, lato sensu, definitivamente constituídos, via regular lançamento), sem contar a mais que provável concretização de agressão ao princípio da isonomia, preambularmente aventado. Afinal, ressaltando-se que não se está a comparar a demandante com empresas de médio ou grande porte, mas com seus iguais (micro e/ou pequenas empresas), forçoso é reconhecer que haverá quebra de aludida igualdade ao se dispensar determinada empresa de pequeno porte de atendimento ou preenchimento de requisito legal complementar a seu enquadramento no Programa ou Regime em discussão, tal o previsto no art. 17, V, da LC 103/2006, ainda que o interessado, por designios da sorte, má-condução de seus negócios, desídia ou, quiçá, relegando o cumprimento de suas obrigações fiscais, supra, a plano secundário, haja deixado de cumpri-las, em detrimento de pequeno ou microempresário que, situando-se em idêntico patamar econômico e, até, vivenciando situação de maior aprêmio financeiro, cumpriu com recitadas obrigações legais ou, pelo menos, obteve, por meios lícitos, a suspensão da respectiva exigibilidade.

Também se impõe assinalar que a Carta em vigor, baixo a fórmula utilizada na redação do art. 5º, XXXVI, preservou o princípio de ‘irretroatividade’ das leis, que vem sendo adotado desde a primeira Carta nacional, tal a Constituição Imperial de 1824.¹ E, manifestamente, o vigente art. 179, constitucional, não dispõe de abrangência ou eficácia retroativa (*ex-tunc*), mas contempla, tão-somente, situações ocorridas a partir da entrada em vigor da legislação nele prevista e do efetivo enquadramento dos interessados nos respectivos favores administrativos, tributários e creditícios, chegando, até, a prever a redução ou eliminação dos pertinentes encargos, a contar, evidentemente, de indigitado enquadramento. Sequer se poderá cogitar, na espécie, da chamada ‘retroatividade benéfica’, pois também é da tradição de nosso ordenamento jurídico que a mesma só se aplique às infrações à legislação penal, administrativa e tributária, não aos atos jurídicos perfeitos, como as obrigações fiscais contraídas pelos particulares, sujeitos passivos, nos termos de lei.

Vai daí que, permissa *maxima venia* do Ínclito Juízo a quo, a imputação de inconstitucionalidade ao art. 17, V, da LC 123/2006, consignada em sentença, não comporta prosperar. Salvo melhor juízo, a premissa a se extrair do requisito consignado naquele inciso (não possuir débito com a Previdência social, nem com as Fazendas Públicas federal, estadual e municipal) não é a de que o dispositivo

¹ Cf. Título 8º (Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros), art. 179, III.

legal complementar impede, “injustamente”, o micro ou pequeno empresário de fruir os benefícios pela mesma instituídos, mas a de que o mesmo preceito impede o sujeito passivo inadimplente de preexistentes e válidas obrigações fiscais de ser beneficiário, injustamente, de privilégio odioso, nos termos adrede ventilados.

Ademais, cotejando-se os fins perseguidos pelo regramento constitucional alusivo à imposição de tributos (munir as entidades políticas de recursos indispensáveis à satisfação das necessidades públicas essenciais, que são atuais e concretas) com os visados pelo ordenamento, também constitucional, sobre tratamento “favorecido” às micro e pequenas empresas (fomentar o seu crescimento, que se constitui em evento futuro e incerto), forçoso será concluir, em termos axiológicos, pela prevalência do primeiro sobre o segundo, retro. Afinal, se é justo contemplar essas empresas com benefícios que compreendem, dentre outras providências, a redução e, até, eliminação de suas obrigações fiscais (a despeito da dicção constitucional, isso traduzirá, em âmbito tributário, respectivamente, isenção parcial e isenção total de tributos), será justo, ainda assim, dispensá-las do cumprimento de obrigações legais preexistentes, a que se sujeitavam, indistintamente, tantos quantos portavam o predicado de micro ou pequenos empresários, proporcionalmente ao tamanho dos respectivos empreendimentos ou, quanto menos, inibir o Poder Público de compeli-los a adimplir recitadas obrigações, mediante o estabelecimento, em lei, de requisitos à fruição dos novos benefícios?

À vista da argumentação antecedente, tem-se que, longe de inviabilizar o tratamento diferenciado em apreço e, pois, de contrariar os pertinentes preceitos constitucionais, a norma legal complementar hostilizada os compatibiliza e harmoniza com os diversos princípios adrede citados. Ainda que, eventualmente, dita argumentação não venha a ser, de todo, acolhida, pelo menos contém elementos apontando, s.m.j., para a razoabilidade das disposições do art. 17, V, da LC 123/2006, o que, por si só, recomenda reconhecimento de sua constitucionalidade. É o que, no ponto, preleciona, doutrinariamente,² o insigne Min. Gilmar Mendes:

A competência outorgada ao Supremo Tribunal para decidir a ação direta de inconstitucionalidade tem desafiado a Corte a modernizar as técnicas de decisão, antes limitadas à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Consoante postulado do Direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: “The court, If possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect”. Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivizar uma norma constitucional. Há muito vale-se o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere uma decisão sobre um caso concreto

² In Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil. Ed. Saraiva, SP, 2004, p. 28.

que vincula as partes envolvidas. A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas.

Ora, a despeito de não implementar os requisitos e pressupostos à fruição dos benefícios inerentes ao vigente Simples Nacional, nos termos acima explicitados, a impetrante insiste, indebitamente, em propugnar por sua inclusão no programa ou regime em discussão, como se, diferentemente dos demais interessados, fosse detentora de particularíssimo direito subjetivo, que a dispensasse de atender aos pertinentes ditames legais complementares. Nesse particular, impõe-se assinalar que, embora a Constituição, em seu art. 146, III, d, preveja tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, isso longe está de significar que essas entidades foram “brindadas” pela Lei Maior, por assim dizer, com *laissez faire* incondicional e descontrolado, que as dispense de cumprir com seus mínimos deveres para com as entidades estatais, notadamente os alusivos a sua regularidade fiscal, a que se submete todo e qualquer particular economicamente ativo, pessoa natural ou jurídica.

Aliás, o diploma complementar hostilizado não está, por óbvio, a estabelecer normas de regulação de empreendimentos econômicos, a par das já existentes no ordenamento jurídico nacional, nem a criar novos “privilégios” e “garantias” em prol do crédito tributário, como afirmado, equivocadamente, pela recorrida. Ao revés, por força de recitado mandamento constitucional, sua função precípua é de conferir efetividade a genuíno favor ou benefício fiscal, concedido em prol de determinada categoria econômica (microempresas e empresas de pequeno porte). E, ao conceder o favor, o Estado (*lato sensu*) não só pode, como deve, legitimamente, estabelecer os casos e condições à fruição do benefício, como o de exigir que a situação fiscal dos beneficiários seja regular. *Afinal, ao enunciar o benefício ou favor fiscal em tela, o constituinte tinha em mira o desenvolvimento e fortalecimento de aventadas categorias econômicas, não a instituição de privilégios – esses, sim, odiosos –, a ponto de liberá-las, integralmente, do cumprimento de suas obrigações fiscais.*

Justamente por traduzir exceção à regra geral sobre tratamento tributário, financeiro e administrativo dispensado, comumente, pelo Poder Público aos agentes econômicos, o regramento instituidor dos benefícios alusivos ao SIMPLES NACIONAL, Lei Complementar nº 123/2006, integra o chamado Direito Excepcional, a comportar exegese estrita, nos termos do seguinte excerto doutrinário:

Consideram-se excepcionais, quer estejam insertas em repositórios de Direito Comum, quer se achem no Direito Especial, as disposições: (...) d) subtraem determinados bens às normas do Direito comum, ou do Direito Especial, com estabelecerr isenções de impostos, ou de outra maneira qualquer;

...

281- As isenções e as simples atenuações de impostos e taxas, decretadas em proveito de determinados indivíduos ou corporações, sofrem exegese estrita; e não se presumem, precisam ser plenamente provadas(1). Não se confundem, entretanto, com as comutações de tributos e multas, que se apli-

cam sem reservas, com a maior amplitude comportada pela linguagem das disposições escritas. A isenção é concedida a priori; a comutação, a posteriori.

282- O poder de tributar é soberano, embora seja o respectivo exercício condicionado pela Constituição. As delegações ou transferências desse direito, feitas pela União aos Estados e por estes a Municípios, quer em caráter permanente, quer envoltas em leis ordinárias, concessões e convênios interpretam-se estritamente. O mesmo se entenderá a respeito do poder de taxar outorgado a particulares, embora mediante contrato (1).³

Por tais fundamentos, não há cogitar, concessa maxima venia do Ínclito Juízo de primeiro grau, de “inconstitucionalidade” das disposições do art. 17, V, da LC 123/06, nem, logo, de se “contemplar” a parte recorrida não com tratamento supostamente “diferenciado”, *mas com privilégio indevido*. Nesse particular, é imperioso destacar que esse C. Pretório Regional, em recentíssima decisão, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 27 de Maio transato, externou posicionamento coincidente com recitada argumentação. A saber:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - DISPONIBILIZADO EM : 27/05/2009
PORTO ALEGRE
SEC. DA 2ª TURMA
Boletim nº 350/2009

00001 APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.71.00.008098-9/RS RELATORA : Juíza VÂNIA HACK DE ALMEIDA APELANTE : QUINTA ESSENCIA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA/ ADVOGADO : Edson Berwanger APELADO : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) ADVOGADO : José Diogo Cyrillo da Silva APELADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADOR : Luiz Carlos Adams Coelho APELADO : MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE PROCURADOR : Eduardo Gomes Tedesco EMENTA TRIBUTÁRIO. ADESAO AO SIMPLES NACIONAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. REQUISITOS. ARTIGO 17, V, LC 123/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE DÉBITO COM A FAZENDA PÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO. 1. Não poderão recolher impostos e contribuições na forma do Simples Nacional empresas que possuem débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. Dicção do artigo 17, V, da Lei Complementar n. 123/2006. 2. Referido preceptivo não se incompatibiliza com o texto constitucional, porquanto não fere qualquer dos princípios da Carta Magna, não havendo caráter discriminatório ou ofensa à isonomia em exigir que o contribuinte cumpra com suas obrigações tributárias para que possa aderir ao Simples Nacional. 3. Não obstante a interessada tenha efetuado parcelamento do débito no prazo estipulado no artigo 21-A da Resolução CGSN nº 04/2007, o fato de ter descumprido o parcelamento enseja o desenquadramento do SIMPLES NACIONAL. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,

³ Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, Rio, 1979, p. 229 e segts. Destacou-se, em negrito.

decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 12 de maio de 2009.

Baixo recitadas premissas, não será lícito cogitar de suprir, judicialmente, as exigências legais complementares à inclusão da demandante no Simples Nacional em vigor, dispensando-se-a de atender, na plenitude, aos pertinentes comandos normativos. Afinal, não custa repetir que, longe de instituir “novos” privilégios e garantias em prol do crédito tributário, a LC nº 123/2006 se atém a regular a concessão de favor fiscal a microempresas e empresas de pequeno porte, mediante atendimento, pelos interessados na fruição do favor ou benefício fiscal, a requisitos preestabelecidos no diploma complementar, a serem implementados, inexetavelmente, por todos eles.

Isto posto, o recorrente espera e requer seja dado provimento ao presente apelo, mediante denegação da segurança e inversão dos ônus sucumbenciais (pagamento das custas), como medida de lídima

JUSTIÇA.

Porto Alegre, 04 de Junho de 2009.

LUIZ CARLOS ADAMS COELHO

Procurador do Estado

OAB/RS 8.612



PARECERES



PARECER Nº 15.448

SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO.
LEI Nº 13.695, DE 24 DE JANEIRO DE 2011.
REMISSÃO DE DÍVIDAS.
PROCEDIMENTO.
NOTIFICAÇÃO EDITALÍCIA EXTRAJUDICIAL.
ACEITAÇÃO TÁCITA.
BAIXAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.
CONSUMAÇÃO.

1 Trata-se de consulta formulada pelo Secretário do Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo, em regime de urgência, indagando acerca de procedimento a ser adotado para a baixa de débitos contraídos junto ao Estado, tendo em conta a edição da novel Lei nº 13.695, de 24 de janeiro de 2011.

Dispõe o referido diploma normativo, *verbis*:

“Art. 1º - Ficam extintas, por meio de remissão total, as dívidas originárias de operações de créditos do Fundo Estadual de Apoio ao Desenvolvimento dos Pequenos Estabelecimentos Rurais – FEAPER –, criado pela Lei n.º 8.511, de 6 de janeiro de 1988, e alterações posteriores, do Fundo de Terras do Estado do Rio Grande do Sul – FUNTERRA/RS -, instituído pela Lei n.º 7.916, de 16 de julho de 1984, e alterações posteriores, e do FUNDO PRÓ-RURAL 2000, instituído pela Lei n.º 11.002, de 18 de agosto de 1997, e alterações posteriores.

§ 1º - A remissão refere-se ao valor principal apurado, aos encargos financeiros e demais cominações legais incidentes sobre o contrato.

§ 2º - A remissão de que trata o 'caput' deste artigo aplica-se aos contratos efetivados até 31 de dezembro de 2002, com recursos do FUNTERRA e do FEAPER, aos contratos efetivados até 30 de julho de 2005, com recursos do FUNDO PRÓ-RURAL 2000, aos contratos efetivados até 31 de dezembro de 2005, com recursos obtidos através da Lei n.º 11.944, de 21 de julho de 2003, que dispõe sobre concessão de crédito para a juventude rural do Estado do Rio Grande do Sul, na modalidade de investimentos e aos créditos oriundos do Programa Troca-Troca de Sementes, cujas liberações ocorreram até 31 de janeiro de 2008.

§ 3º - V E T A D O

Art. 2º - V E T A D O

Art. 3º - Os benefícios desta Lei são aplicáveis às dívidas em cobrança judicial, ficando condicionados à expressa renúncia a qualquer defesa, recurso, bem

como a ações tendentes a revisar os débitos e eventuais encargos, sucumbências, formalizada nos autos dos respectivos processos.

Parágrafo único - Nos casos de liquidação das dívidas em cobrança judicial, o devedor ficará isento do pagamento de honorários advocatícios.

Art. 4º - A remissão prevista nesta Lei implica em renúncia a qualquer pretensão futura do Estado, extinguindo-se definitivamente o crédito, exceto se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, cabendo ao Poder Executivo repor, no prazo de até 4 (quatro) anos, o montante dos valores renunciados aos respectivos fundos.

Art. 5º - A Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo dará ampla publicidade da medida prevista nesta Lei, realizando reuniões para esclarecimentos com os diversos segmentos sociais, entidades e beneficiários.

Art. 6º - A Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo encaminhará aos beneficiários termo de ciência da remissão.

Art. 7º - A aplicação desta Lei não gera direito à repetição de indébito.

Art. 8º - Esta Lei entra em vigor no prazo de 90 (noventa) dias de sua publicação." (v. fls. 02-03)

O titular da Secretaria consulente, evidenciando a relevância da Lei para o setor rural, articula seus questionamentos nos seguintes termos:

a) Qual o procedimento deverá ser adotado pela Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo e pela Caixa/RS para a aplicação da Lei? Basta a baixa dos débitos ou há a necessidade de alguma espécie de formalização por Termo assinado pelos devedores para a quitação, mesmo o Estado, a PGE e a CAIXA/RS terem ciência e já terem se manifestado da dificuldade de encontrar inúmeros devedores? (sic)

b) Em havendo necessidade, a formalização dos Termos deve ser observada somente para os processos já ajuizados ou também para os que se encontram em fase administrativa?

c) Em havendo a necessidade de formalização dos Termos, em caso de condomínio, a quitação dar-se-á somente com a assinatura de todos participantes ou de um só, mesmo o Estado, a PGE e a CAIXA/RS terem ciência e já terem se manifestado da dificuldade de encontrar inúmeros devedores?

d) O 'zeramento' do processo de cobrança, tido e entendido como baixa administrativa, pode ser concretizado com o simples acostamento ao mesmo de cópia da Lei publicada? (v. fls. 09-12)

Além dos citados documentos, instruem o expediente administrativo o Of. PDPE nº 753/2010, subscrito pela Dirigente da Equipe de Assuntos Bancários desta Procuradoria-Geral do Estado (fl. 04); MEMO COORD/PI nº 112/2010, lavrado pela Coordenadora Adjunta da Procuradoria do Interior (fl. 05); MEMO 6º PRE-42/10, exarado pelo Coordenador da 6ª Procuradoria Regional, em Santana do Livramento (fls. 06-07); e MEMO nº 075/10, de autoria do Coordenador da 18ª Procuradoria Regional, em Erechim (fl. 08). Em todos esses documentos é noticiada a extrema dificuldade em localizar os devedores e bens passíveis de penhora.

É o relatório.

2 Passa-se, de imediato, ao enfrentamento de cada uma das questões suscitadas:

a) Qual o procedimento deverá ser adotado pela Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo e pela Caixa/RS para a aplicação da Lei? Basta a baixa dos débitos ou há a necessidade de alguma espécie de formalização por **Termo assinado pelos devedores** para a quitação, mesmo o Estado, a PGE e a CAIXA/RS terem ciência e já terem se manifestado da dificuldade de encontrar inúmeros devedores? grifou-se.

A mera baixa dos débitos não é suficiente para formalizar a remissão.

Primeiramente, a própria Lei nº 13.695/11 exige a expedição de termo de ciência aos devedores, consoante seu art. 6º. Examine-se-o mais detidamente:

Art. 6º - A Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo encaminhará aos beneficiários **termo de ciência da remissão**. Grifou-se.

Há de se atentar, porém, que o específico termo de ciência previsto na Lei não importa necessariamente em “Termo assinado pelos devedores”, conforme questionado acima. Naquele, tem-se a só cientificação do devedor; neste, mais, requerer-se-ia sua manifestação formal, o que não previu a Lei.

Essa diferença adquire grande relevo na medida em que, conforme exposto, há inúmeros devedores não localizados, o que tornaria inviável a obtenção de assinaturas para que a remissão gerasse seus efeitos.

Isso significa que o “Termo assinado pelos devedores” – cogitado pelo consulente – não apenas tornaria inócua a Lei, como frustraria o espírito que subjaz à sua criação: a liberação dos pequenos produtores de débitos que seriam por eles possivelmente impagáveis e sua reinserção no mercado de crédito, com a alavancagem da pequena economia rural no Estado.

Assim, não sendo exigida pela Lei nº 13.695/11 “Termos assinados pelos devedores”, tal qual perquirido em “a”, não é exigível da Secretaria que os formalize para a remissão das dívidas.

A questão, porém, tem outro enfoque a ser considerado.

Remissão é matéria regida pelo Código Civil, que a disciplina em seus arts.

385 e seguintes. No estabelecimento de requisitos para a operacionalização do instituto, dispõe o referido Texto:

Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro. Grifou-se.

A remissão, como se verifica, exige a **concordância do devedor** para que se implemente. Quanto a esse especial tópico, leciona CÉSAR FIÚZA:

Tradicionalmente, vem-se entendendo a remissão como ato jurídico bilateral, por ser imprescindível a anuência, ainda que tácita, do devedor. Ninguém pode ser obrigado a aceitar o perdão. Há, todavia, quem advogue tese contrária, considerando-a ato jurídico unilateral, independente, pois, de qualquer manifestação do devedor.

Realmente, ninguém pode ser obrigado a aceitar perdão, ainda que as razões sejam de foro íntimo. O pagamento é também direito do devedor. Mas a simples recusa não desfaz o ato do perdão. Em outras palavras, a manifestação de vontade no sentido de perdoar é íntima, interna. Independe, pois, de ato do devedor. Depende somente do credor. A aceitação do devedor apenas concretiza o perdão já existente. Tão-somente o materializa. **É pela aceitação que a remissão produz efeitos na esfera patrimonial do devedor. Sem ela, o perdão existe, só que não produzirá efeitos patrimoniais para o devedor.** (Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 10 ed., 2007, p. 385). Grifou-se.

Esse pressuposto, no entanto, faz com que se recaia no mesmo entrave visto anteriormente: a inviabilização da remissão de dívidas dos devedores não encontrados. A aceitação pelo remido, se não era demandada na Lei nº 13.695/11, é aqui ordenada pela Lei Civil. Como, destarte, proceder nesses casos, sendo forçosa a anuência do devedor de impossível localização?

A solução consiste na publicação de **Notificação Editalícia Extrajudicial** em jornal de grande circulação na capital e interior do Estado, dando-se ciência a esses devedores do perdão da dívida (com o que se cumpre o mencionado art. 6º da Lei nº 13.695/11). Nesse mesmo Edital, abre-se prazo para que se manifestem **caso não aceitem** dito perdão (com o que se atende o art. 385 do Código Civil).

Recomenda-se a **inversão da regra posta no Código Civil** – manifestação de não aceite, em lugar de aceitação – por mais de um fundamento: primeiro, pelo **princípio da economicidade**, porquanto seria muitíssimo oneroso ao Estado obter manifestação expressa de concordância de todos os devedores, aparelhando formalmente milhares de termos de aceitação de perdão de dívidas (recorde-se que o Estado perdoou dívidas na ordem de R\$ 60.000.000,00, não sendo admissível que despenda mais recursos para concretizar esse perdão); segundo, pelo **princípio da razoabilidade**, pois a lógica induz ao raciocínio de que tal perdão haverá de ser aceito, por certo, pela totalidade dos beneficiados.

Transcorrido o prazo estipulado para eventual não aceitação do benefício (30 dias, hipoteticamente), ante o silêncio do devedor, ter-se-á a aceitação tácita

do perdão da dívida. Guarnecendo esse entendimento, veja-se JORGE CESA FERREIRA DA SILVA:

Não existem exigências formais para a remissão, ainda que se trate de remissão causal com presença de ânimo de doar. Essa, aliás, é compreensão tradicional no direito brasileiro, como comprova o art. 1.221 do Esboço de Teixeira de Freitas. A forma só será importante do ponto de vista eficaz, quando for relevante como prova ou para o cancelamento de determinada inscrição. Também será observável a forma quando for veiculada em outro negócio jurídico que a exija, como é o caso do testamento. (cf. Carvalho Santos, op. cit., p. 164; Starck, Roland e Boyer, op. cit., p. 194). Grifou-se.

Além disso, **a manifestação do devedor pode se dar pelo silêncio, quando concludente** (cf. Brox/Walker, op. cit., p. 140). (Adimplemento e Extinção das Obrigações – Comentários aos arts. 304 e 388 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 535). Grifou-se.

O importante é que essa providência, frise-se, não deve ser adotada somente para devedores não localizados, mas para **todo o contingente de pessoas ou grupos que contraíram aqueles empréstimos**. Em verdade, aproveita-se o Edital para cientificação e chamamento de todos os beneficiários da Lei. Em quaisquer casos, fluido o prazo sem manifestação de inconformidade, ter-se-á a **aceitação tácita da remissão**.

Em síntese, há de ser emprestada interpretação razoável acerca do “termo de ciência” da Lei nº 13.695/11 e da “aceitação” do Código Civil. Assegura-se a teleologia de cada um desses atos, sem penalizar, no entanto, o sujeito responsável pelo perdão das dívidas.

b) Em havendo necessidade, a formalização dos Termos deve ser observada somente para os processos já ajuizados ou também para os que se encontram em fase administrativa?

Questão prejudicada pelo exposto retro (“a”).

c) Em havendo a necessidade de formalização dos Termos, em caso de condomínio, a quitação dar-se-á somente com a assinatura de todos participantes ou de um só, mesmo o Estado, a PGE e a CAIXA/RS terem ciência e já terem se manifestado da dificuldade de encontrar os inúmeros devedores?

Questão prejudicada pelo exposto retro (“a”).

d) O 'zeramento' do processo de cobrança, tido e entendido como baixa administrativa, pode ser concretizado com o simples acostamento ao mesmo de cópia da Lei publicada?

Não. Nos processos administrativos competirá à autoridade responsável formalizar a baixa, acostando cópia da Lei e do Edital tão logo transcorrido o prazo nele inscrito, em não havendo negativa à remissão.

Nos processos judiciais, com o pedido de extinção do processo com julgamento do mérito (“quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação” – Código de Processo Civil, art. 269, inc. V), deverá ser juntada cópia do Edital que atestará a fluência do prazo, sem oposição do devedor, e a consequente satisfação ao requisito da Lei Civil.

3 Em conclusão, cumpre à Secretaria do Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo notificar por Edital os beneficiários da remissão operada pela Lei nº 13.695, de 24 de janeiro de 2011, cientificando-lhes e assinando-lhes prazo para se que manifestem, caso não aceitem tal perdão. Silentes os devedores remetidos ao cabo desse período, promovem-se as respectivas baixas administrativas e judiciais, ultimando-se os procedimentos da remissão.

Solicita-se trâmite prioritário dos presentes autos administrativos, por deradeiro, atendendo-se ao pedido de urgência deduzido pelo consulente.

É o parecer.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2011.

MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM

Procuradora do Estado

Processo n.º 001106-15.00/11-4

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.448, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM.

Restitua-se o expediente à Secretaria do Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo.

Em 22 de março de 2011.

**Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.**

PARECER Nº 15.536/12

MULTA PENAL. EXECUÇÃO FISCAL. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À ESPÉCIE. NÃO OBRIGATORIEDADE DE AJUIZAMENTO. ENQUADRAMENTO NOS LIMITES MÍNIMOS ONDE VIABILIZADO O NÃO AJUIZAMENTO DE EXECUTIVOS FISCAIS DAS MULTAS PENAIS INSCRITAS EM DÍVIDA ATIVA. AUTORIZAÇÃO PARA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DA DECISÃO QUE EXTINGUE A EXECUÇÃO FISCAL. ART. 2º DA LEI ESTADUAL N. 9298/91.

REVISÃO DOS PARECERES 13.467/02 E 14.891/08.

Nos expedientes administrativos – EA 044213-1000/09-9, 44190-1000/09-7, 44173-1000/09-1, 44172-1000/09-9, 41213-1000/09-7 e 441689-1000/09-6, discute-se a possibilidade de não interposição de recursos de decisões que determinaram a extinção das execuções fiscais ns. 10901603310, 10901603818, 10901603566, 10901603612, 10901636813 e 10901603981, todas oriundas da 6ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, em que não obtido sucesso na localização do executado ou seu patrimônio, extinguiu a execução fiscal e determinou a baixa do processo de execução para a Vara Criminal, a fim de que a parte executada cumpra medida alternativa.

A presente consulta, encaminhada pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, portanto, trata da possibilidade de revisão parcial dos Pareceres PGE 13.467 e 14.891, que regulam a cobrança em juízo, pela PGE, da multa penal.

A questão tem origem em pedido de dispensa de recurso formulada pela Dirigente da Equipe de Contencioso e Recursos Fiscais e de promoção do Coordenador da Procuradoria Fiscal, sendo o expediente instruído com uma série de questionamentos internos da PGE, principalmente oriundos da Procuradoria do Interior, visando provocar nova regulação sobre a matéria.

Cinge-se a questão jurídica ora sob consulta na obrigatoriedade ou não de ajuizamento dos processos relativos a multas penais inscritos em dívida ativa, quando não alcancem o valor mínimo para ajuizamento de executivos fiscais, conforme previsão expressa do art. 2º da Lei Estadual n. 9298/91, porquanto tem sido entendimento até agora assente de que a inscrição em dívida ativa não retira o caráter penal da multa, pelo que não poderia ser regulada por tal dispositivo.

É a breve síntese.

Breve síntese sobre a forma de cobrança das multas penais

A celeuma envolvendo a cobrança da multa penal inicia-se com a alteração do art. 51 do Código Penal, realizado pela Lei n. 9268, de 01 de abril de 1996. A partir da alteração a multa impaga deixou de ser convertida em pena de detenção para ser considerada dívida de valor.

A forma original

Art. 51 – A multa converte-se em pena de detenção, quando o condenado solvete deixar de pagá-la ou frustrar a execução.

foi sucedida pela redação atual

Art. 51 - Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

A partir de tal mudança surgiram uma série de discussões, tal como a relativa à natureza jurídica assumida pela multa penal convertida em dívida de valor, a legitimidade para sua execução (MP ou PGE) ou mesmo os prazos de prescrição (penais ou tributários).

Restou definida, por exemplo, a legitimidade das Procuradorias Estaduais em detrimento do Ministério Público para a promoção da execução das penas de multa, bem como a necessidade de sua inscrição em dívida ativa e a proibição de sua conversão em detenção. Tais questões são tratadas adequadamente e à exaustão pelo Parecer PGE n. 13.467.

Outra questão que se colocou polêmica é o tocante à prescrição da pena de multa, em razão da sobreposição de artigos a tratar do tema (CP e CTN), e principalmente sobre a existência de um caráter dúplice após a alteração do Código Penal: ou é penal ou é mera dívida de valor. A partir daí, o Parecer n.º 14.891 acabou por revisar o Parecer n.º 13.467, afirmando que o prazo prescricional para a pena de multa é o definido na lei penal, ou seja, no art. 114 do Código Penal, não se aplicando o art. 174 do Código Tributário Nacional, tal como preconizava o Parecer revisado.

Assim o fez o Parecer n.º 14.891 porquanto entendia que, *verbis*: “Registre-se que, embora a multa penal, pelo seu descumprimento, transforme-se em “dívida de valor”, com objetivo de tornar mais efetiva sua cobrança, permanecem aplicáveis os princípios penais. Ou seja, não deixou de ser pena.”

Faz-se a recuperação do trato da questão no âmbito desta Procuradoria-Geral do Estado e, conseqüentemente, nos Tribunais, exatamente para ressaltar o ponto fulcral envolvendo a celeuma em relação à multa penal. Conforme entendemos, a matéria gerou discussões sobre legitimidade para a cobrança, juízo competente, destinatário do produto de sua arrecadação, prazo prescricional, etc., exatamente porquanto não se definiu qual sua natureza jurídica.

Em suma, muito embora a nova redação do art. 51 do Código Penal a tenha convertido em “dívida de valor”, grande parte das interpretações com que se depara não conseguem assumir essa nova situação jurídica da multa penal, apegando-se demasiadamente à sua origem penal. Note-se que, com o passar do tempo, a jurisprudência vai deferindo esse desapego à origem penal, reafirmando o que parece já estar claro no texto da lei.

Assim ocorreu com a definição das varas da Fazenda Pública como foro competente para a promoção da execução, da legitimidade das Procuradorias do Estado para seu ajuizamento, da necessidade de inscrição em dívida ativa, etc.

Pois esse apego à origem penal da multa parece estar no âmago da negativa de aplicação da não obrigatoriedade de ajuizamento, caso ora em análise. Conforme verifica-se dos Pareceres 13.467/2002 e 14.891/2008, as razões para a inaplicabilidade do chamado limite mínimo para ajuizamento (ou, corretamente, da não obrigatoriedade de ajuizamento) está no caráter penal da multa, que lhe impõe a inderrogabilidade, já que distintos valores nominais não poderiam determinar uma postura distinta por parte do Estado. Neste sentido:

Parecer 13.467/2002

Como a inscrição em dívida ativa não retira o caráter penal da multa, não existe possibilidade de extinção da multa penal em razão de seu valor irrisório. A multa não pode ser extinta por esse fundamento, pois uma das características da pena é sua inderrogabilidade, isto é, a certeza de seu cumprimento. Assim, torna-se inaplicável à espécie legislação liberatória do ajuizamento de demandas em razão do valor do débito.

São, por conseguinte, inaplicáveis às multas criminais as normas gerais de anistia fiscal, bem como as de fixação de piso, a partir da qual a inscrição em dívida ativa e a execução fiscal dos demais créditos podem ser promovidas.

Parecer 14.891/2008

Tendo em vista que a multa penal, não obstante a modificação legislativa permaneça com seu caráter de pena, há que se discutir acerca da subsistência dos efeitos penais da sentença condenatória.

Nessa linha de raciocínio, em que somente a execução da pena de multa é extrapenal, parece acertado o entendimento exarado no parecer da lavra da Dra. Kátia Menegol, no sentido de que não existe a possibilidade de extinção da multa penal em razão do valor irrisório.

Este é, aliás, o entendimento também no âmbito da União. A Portaria n. 49/2004, do Ministério da Fazenda, ao autorizar a não inscrição em dívida ativa da União dos débitos inferiores a R\$ 1.000,00 (art. 1º, I) e ao autorizar o ajuizamento de execuções fiscais em relação aos débitos inferiores a R\$ 10.000,00 (art. 1º, II), excepcionaliza a multa penal (art. 1º, §1º).

De acordo com a lógica então adotada, temos uma natureza jurídica mista para a cobrança civil da multa penal, que constitui “dívida de valor” por força de lei, mas não abandona sua natureza penal.

Essa mistura de naturezas jurídicas, diga-se, é um dos grandes problemas que enfrenta o direito – seja em que ramo for –, pois permite-se ao intérprete não seguir nenhuma lógica, utilizando o regime que bem entenda conforme sua convicção pessoal. É em razão disso a diversidade de interpretações na matéria em questão.

O que determinou a competência da justiça cível para processar tais feitos? O que determinou a legitimidade da PGE para cobrar tais créditos? Certamente o caráter civil da dívida de valor.

Na mesma linha, onde residiria a impossibilidade de aplicação da não obrigatoriedade de ajuizamento ou o prazo prescricional? O reconhecimento do caráter penal da multa.

Em nenhum dos casos, entretanto, encontra-se na legislação penal ressalva para manutenção de uma certa “natureza penal” na multa aplicada. Ao contrário, a nova redação do art. 51 é clara ao tratar a “multa penal” como “dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Logo, parece que uma vez remetida à Fazenda Pública para inscrição e cobrança **como dívida de valor** serão aplicadas todas as normas de cobrança da dívida ativa, no caso a prevista na Lei Estadual n. 9.298/91 e Lei n. 6.830/76. Não há, no caso, mais qualquer ingerência ou interferência da esfera penal, desde o momento em que a multa assume caráter de dívida de valor.

Em razão disso bem agiu a União Federal, através da Portaria n. 49/2004, proveniente do **Ministério da Fazenda**, quando resolveu excetuar os créditos oriundos de multa penal dos limites de não inscrição e não ajuizamento. Assim o fez exercendo **competência própria** para tratar daquelas “dívidas de valor”; e não porque assim o determina a nova redação do art. 51 do Código Penal.

Nesse ponto, deve-se atentar que o limite para ajuizamento – ou melhor, a não obrigatoriedade de ajuizamento - constitui uma opção técnico-discricionária colocada àquele responsável pelo trato com tais ações; e não uma proibição de ajuizamento ou direito subjetivo do potencial executado. Assim ocorre, porquanto o legislador deu-se conta dos altos custos dos processos judiciais e da necessidade de não movimentar a máquina judicial sem que possa colher deste ato alguma efetividade.

Cada dia mais deve restar claro que o ajuizamento não constitui a única forma de cobrança, sendo cada dia mais discutidos os limites de recurso ao Poder Judiciário. Assim, até que ponto é razoável movimentar a máquina judicial – aqui incluídos todos os agentes do processo, inclusive a PGE – quando ausente qualquer possibilidade de efetividade?

Parece-nos claro, portanto, que a partir do momento em que a multa penal é convertida em “dívida de valor”, como tal deve ser tratada. Não custa lembrar que a redação anterior tinha por objeto exatamente a sua conversão em pena alternativa, o que foi abandonado pelo legislador. Ou seja, a opção do legislador foi exatamente a de abandonar o caráter penal da multa a partir do momento em que a converte em “dívida de valor”.

A partir desse momento, tanto a inscrição quanto a cobrança regulam-se pelas regras próprias de cobrança das dívidas de valor inscritas na dívida ativa, não mais remanescendo qualquer caráter penal nesta “dívida de valor”, salvo na origem do título (certidão de dívida ativa).

E na cobrança da dívida ativa não há qualquer ressalva, exceptuando as certidões que tem origem em multas penais dos limites para a possibilidade de não ajuizamento.

Entretanto, ausente qualquer exceção legal, nada impede ao Procurador-Geral do Estado, por exemplo, editar Portaria regulando o exercício dessa discricionariedade técnica (tal como fez a União em seu âmbito, através da Portaria n.º 49/2004). Nesse caso, poderia, por exemplo, exigir pesquisas administrativas em cadastros e somente exigir o ajuizamento, mesmo abaixo do mínimo legal, nos casos em que localizado o devedor e/ou seu patrimônio. Aliás, tal entendimento seria inclusive conforme a antiga redação do art. 51 do CP, que somente convertia a pena de multa em detenção, quando comprovada a solvência do executado. Logo, pressupunha a localização de patrimônio disponível.

O que parece claro, isto sim, é a inexistência de qualquer ressalva, seja pelo Código Penal, seja pela Lei Estadual, em relação a tratamento diferenciado das certidões de dívida ativa que tiverem como origem uma multa penal para fins de obrigatoriedade de ajuizamento.

Ainda, deve ser destacado que a utilização do Poder Judiciário para satisfação das dívidas é uma questão técnica que está atrelada diretamente à efetividade, em nada estando relacionada à disponibilidade do crédito em cobrança ou do valor do bem constitucionalmente protegido. Não se deve olvidar que os débitos inscritos em dívida ativa protegem o patrimônio público, cuja característica é a indisponibilidade. A grande parcela dos créditos inscritos tem origem tributária, amplamente protegidos pela ordem constitucional e igualmente indisponíveis. Destaca-se, com isso, que a dispensa de ajuizamento de créditos inscritos não significa, de nenhuma forma, não cobrar tais créditos.

Significa, ao contrário, que o custo de cobrança é demasiado alto para os créditos em tela ou, tal como sugerido, que de nada vale a movimentação da máquina judicial se não há sequer indícios da localização do devedor ou de seu patrimônio.

Por fim, não bastasse toda a questão jurídica, verifica-se que no plano fático as execuções fiscais ajuizadas com base em multas penais não alcançam qualquer efetividade na quase totalidade dos casos. Tanto que, não obstante o teor Parecer n. 14.891/2008, recentemente foi editada a Lei n. 13.591/2010, que estabeleceu para 2 anos o prazo para alcançar alguma efetividade nas execuções fiscais envolvendo multas.¹

Outrossim, essa falta de efetividade - que nada mais produz além de frustração dos operadores do direito - aliada à falta de uma afirmação do caráter civil e irrevogável das multas após sua conversão em dívida de valor, tem levado a entendimentos como os que se observam em alguns julgados da 6ª Vara da Fazenda Pública, que remetem as certidões de dívida ativa que expressam as referidas "dívidas de valor", para a Vara Criminal, a fim de seja convertidas em outras penas alternativas. Em outras palavras, fazendo exatamente o contrário do que fez o legislador ao dar nova redação ao art. 51 do Código Penal.

¹ Lei n.º 13.591, de 28 de dezembro de 2010.

Art. 1º - Os Procuradores do Estado poderão, desde que autorizados pelo Procurador-Geral do Estado, desistir de ações de execução fiscal, sem a renúncia do crédito, e requerer a respectiva extinção:

IV - nos processos de execução de multa penal, após 2 (dois) anos, sem que tenham sido localizados bens passíveis de penhora, esgotadas as buscas pelos meios administrativos e judiciais.

Concluindo:

1. A partir da conversão em dívida de valor, a multa penal regula-se pelas normas que tratam da inscrição e cobrança na/da dívida ativa, ou seja, como dívida de valor, não mais mantendo qualquer relação jurídica com o direito penal de onde oriunda;

2. Nesse ponto, a presente orientação revisa os Pareceres 13.467/2002 e 14.891/2008, na parte em que fazem remissão à regulação pelo direito penal;

3. No caso da consulta, é aplicável o art. 2º da Lei Estadual n.º 9298/91, tanto no que se refere à dispensa de recurso, quanto no que trata da não obrigatoriedade de ajuizamento;

4. A matéria relativa à não obrigatoriedade de ajuizamento poderá ter tratamento geral, seja por lei estadual que exceptue as certidões de dívida ativa que tenham origem em multas penais, ou através de Portaria do Procurador-Geral do Estado.

É o Parecer.

Porto Alegre, 26 de outubro de 2011.

MAX MÖLLER,

Procurador do Estado

Processo nº 044213-10.00/09-9

Acolho as conclusões do PARECER n.º 15.536/12, da Procuradoria Fiscal, de autoria do Procurador do Estado Doutor MAX MÖLLER.

Encaminhe-se ao Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos.

Em 11 de janeiro de 2012.

Bruno de Castro Winkler,

Procurador-Geral do Estado, em exercício.

Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;

b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)s autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publica-

ção assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.



