BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

ISSN 2237-4515

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

SETEMBRO/OUTUBRO 2010

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho.

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - B. CEPGE v. 34 - n. 5 - set./out. 2010

Sumário

Editorial
Estamos no caminho certo 211

Cursos e Eventos
Cursos do Centro de Estudos 213
Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado 213
Eventos em parceria com outras instituições 216

Jurisprudência
Ação Civil Pública – Cadeia Pública de Mogi Guaçu. Lotação. Transferência dos Presos 219

Peças e Julgados
Execução Fiscal – Prescrição. Impossibilidade de Reconhecimento. Não Caracterização de Inércia da Fazenda. Demora Decorrente do Mecanismo da Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ 229

Pareceres
Rescisão do Contrato de Trabalho – Saldo em Desfavor do Empregado. Inscrição como Dívida Ativa. Cobrança em Execução Fiscal. Impossibilidade 235

Ementário
Consultoria 243
Ementário Judicial 249
Ementário Judicial Tributário-Fiscal 256

Expediente

Procuradoria Geral do Estado

Procurador Geral do Estado
Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo

Procurador Geral do Estado Adjunto
Marcelo de Aquino

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Carmen Lúcia Brandão

Subprocuradora Geral da Consultoria
Rosina Maria Euzebio Stern

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Ary Eduardo Porto

Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Procurador do Estado Corregedor Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Procuradora do Estado Ouvidora Geral
Flávia Cherto Carvalhaes

Assessoria

Anadil Abujabra Amorim, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristiana Correa Conde Faldini, Daniela Fernandes Anselmo Gonçalves Rodrigues, Fernanda Ribeiro de Mattos Luccas, Flávia Cherto Carvalhaes, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Inês Maria Jorge dos Santos Coimbra, Jacqueline Zabeu Pedroso, Jaques Lamac, José Luiz Borges de Queiroz, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Olavo José Justo Pezzotti, Paola de Almeida Prado, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosely Sucena Pastore, Tatiana Gaiotto Madureira, Vera Lúcia Gonçalves Barbosa, Virgilio Bernardes Carbonieri e Wladimir Ribeiro Júnior.

Conselho da PGE

Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, Rosina Maria Euzebio Stern, Ary Eduardo Porto, José Luiz Borges de Queiroz, Eduardo José Fagundes, Marcos Mordini, Marcelo de Carvalho,Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Antonio Augusto Benini, Clayton Eduardo Prado, Daniel Smolentzov, Fernando Franco, Rogério Pereira da Silva e José Renato Ferreira Pires.

Centro de Estudos

Procurador do Estado Chefe
Carlos José Teixeira de Toledo

Assessoria
Clayton Alfredo Nunes, José Luiz Souza de Moraes e Roberto Ramos

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia Ulson Pizarro Werner

Vice-Diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Ana Paula Manenti Santos, Caio Cesar Guzzardi da Silva, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Celso Luiz Bini Fernandes, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner eTatiana Capochin Paes Leme

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, procurador responsável José Luiz Souza de Moraes, Rua Maria Paula, 67, 10º andar, Bela Vista, CEP 01319-001 – São Paulo – SP - Brasil. Telefone: (11)3104-1417 – Fax: (11)3104-1583. Home page: www.pge.sp.gov.br. E-mail: servicodedivulgacao@pge.sp.gov.br.

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 2.000 exemplares

As colaborações poderão der encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Estamos no caminho certo

O estudo do direito administrativo disciplinar vem passando por profunda evolução. O tema, que em outros tempos era objeto de poucas linhas em obras destinadas ao direito administrativo em geral, passou a tomar corpo e a receber maior atenção dos nossos doutrinadores. É comum nos dias de hoje depararmos com vários títulos sobre a matéria, o que é bem visto pelo Poder Público, na medida que se oferecem maiores subsídios científicos para os operados desse ramo do direito.

Essa especial atenção ao campo disciplinar também fez por merecer tratamento diferenciado, por parte do Estado de São Paulo, no trato dos procedimentos de natureza punitiva envolvendo o seu quadro de servidores. Para tanto, foi editado o Decreto n. 54.050, de 20 de fevereiro de 2009, criando a Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, centralizando a máquina punitiva estatal, até então diluída em Unidades Processantes Permanentes espalhadas pelas vinte e cinco Secretarias de Estado instaladas na Capital.

Como era de se esperar, a instalação do novo órgão efetivamente deu um novo rumo aos expedientes disciplinares no âmbito da Administração Pública estadual. Passados nove meses desde a sua instalação em 28 de setembro de 2009, a Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares pode ser considerada um sucesso, por conta da celeridade que conseguiu imprimir os feitos disciplinares – num total atual de 4.515 expedientes –, dando-lhes maior vazão.

Apenas para se ter uma idéia, entre setembro de 2009 e junho de 2010 foram alcançadas as seguintes metas:

(a) 941 processos/sindicâncias foram concluídos, relatados e encaminhados para as Secretarias de Estado para decisão final;

(b) 883 procedimentos disciplinares punitivos foram instaurados por intermédio de novas portarias;

(c) 3.438 depoimentos foram tomados, entre interrogatórios e oitivas de testemunhas.

Essa evolução é resultado do trabalho de equipe dos onze procuradores do estado que atualmente presidem os procedimentos, que por conta da proximidade física, passaram a desenvolver um trabalho em conjunto, resolvendo de forma coletiva questões que outrora tinham que enfrentar de maneira individualizada.

O convívio diário passou a ser recheado de constantes debates sobre o tema disciplinar, enriquecendo num primeiro momento os próprios colegas procuradores que, ao mesmo tempo que trazem suas dúvidas, também contribuem com sugestões, pensamentos e teses para o aprimoramento na condução dos processos; num segundo instante, não há dúvida que a Administração Pública colhe os frutos daquele projeto inicial de centralização dos feitos em um só órgão, sob os cuidados da Procuradoria Geral do Estado.

Os bons resultados, no entanto, não decorrem exclusivamente da atuação da Coordenadoria e dos procuradores do estado muito bem instalados no prédio da sede da Procuradoria Geral do Estado. A participação dos colegas lotados nas Procuradorias Regionais espalhadas pelo Estado merece o devido destaque, por conta das cartas precatórias que são encaminhadas para diligências no âmbito de sua respectiva competência territorial, em especial para oitiva de servidores. Tal providência, aliás, trouxe duas grandes benesses ao Estado: (a) a primeira consistente na redução do tempo que o servidor se afastava do local do trabalho para ser ouvido em audiência, pois ao invés de se deslocar até a Capital, passou a ser ouvido na Procuradoria Regional mais próximo de seu local de trabalho; (b) a segunda, de aspecto econômico, por conta da diminuição dos gastos com deslocamentos dos servidores, inclusive pagamento de diárias.

Ainda como motivo do alcance de metas está a efetiva participação do corpo funcional da Coordenadoria, formado por servidores escolhidos nas Pastas, detentores de um perfil técnico-profissional altamente qualificado.

Mas o trabalho é incessante. A redistribuição de processos entre as bancas tem se demonstrado uma necessidade constante para manter o equilíbrio na carga de serviço dos presidentes, por conta da disparidade no número de expedientes punitivos oriundos de cada Secretaria.

Enfim, ultrapassada a fase de implantação da Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, muito ainda há por fazer para a consolidação do novo órgão. O crescimento dos conflitos de ordem disciplinar é constante. Cada dia que passa surgem novos desafios. Cabe, assim, a cada um de nós, continuar a dar a sua parcela de contribuição para o sucesso desse processo. Lembrando o pensador Robert Collier, "sucesso é a soma de pequenos esforços, repetidos o tempo todo".

LEVI DE MELLO
Procurador do Estado Chefe
Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares

Cursos do Centro de Estudos

15, 16 e 17/09 – 7ª Reunião Técnica de Engenharia da PGE, realizada em Apiaí.

27.09 – Encontro de Procuradores das Autarquias sobre Precatórios, realizado no auditório da Escola Superior da PGE.

27.10 – Debate Nacional sobre o Anteprojeto do Novo CPC, realizado no auditório do Centro de Estudos.

28.10 – Sistema RH – Folha – Validação de dados pessoais e estágio probatório – Treinamento realizado pelo CRH/PGE, no auditório do Centro de Estudos.

28 e 29.10 – 46º Curso de Atualização Jurídica, realizado no Centro de Convenções do Hotel Sofitel Jequitimar, Guarujá, SP.

Aulas da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado

01.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Crises do processo: Formação do processo civil. Suspensão do processo: espécies. Causa prejudicial. Extinção do processo com resolução de mérito e sem resolução de mérito, com enfoque nos pressupostos processuais. Recursos em espécie. Recurso especial. Requisitos legais e regimentais. Prequestionamento e matéria de ordem pública. O artigo 543 e o regime de prejudicialidade. Efeitos e meios processuais de acréscimo de efeitos. Julgamento de recursos repetitivos.

02.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Processo de execução: A natureza jurídica e estrutura do processo de execução. Início, crises e fim do processo de execução. Os pressupostos processuais na execução. Incidentes processuais. Exceções e objeções no processo de execução. Efeitos do processo de execução. A estabilização de seu resultado. O procedimento no processo de execução. Análise do tema à luz do anteprojeto do Código de Processo Civil. Abordagem

do anteprojeto do Código de Processo Civil. Tutela juridicional executiva: A tutela jurisdicional executiva no contexto da jurisdição. A importância da execução para a prestação da tutela jurisdicional. Características da função executiva. Limites objetivos e subjetivos da tutela jurisdicional executiva. Sincretismo processual. Máximo sincretismo no anteprojeto do Código de Processo Civil.

03.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito do Estado – Princípio da isonomia e ações afirmativas.

08.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Condutas do réu: O direito de defesa o direito de ação: sínteses das posições das partes. O conteúdo do direito de defesa. O princípio da eventualidade. O não exercício do direito de defesa e a revelia. O conteúdo do direito de defesa: respostas e suas modalidades: Contestação e exceção. Incidentes. Impugnações. Modificações trazidas pelo anteprojeto do Código de Processo Civil. Ações autônomas incidentais: Procedimento. Reconvenção. Pressupostos. Ações dúplices. Reconvenções sucessivas. Ampliação ou restrição subjetiva. Pedido contraposto. Ação declaratória incidental. Analogia e limites como resposta do réu. Legitimidade ativa e passiva. Sentença e coisa julgada. A extinção, no anteprojeto do Código de Processo Civil, da reconvenção e da declaratória incidental.

09.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Cumprimento de sentença condenatória: Prazo para o cumprimento e seu termo inicial. A multa moratória instituída: sua natureza, imposição e exigibilidade. A impugnação ao cumprimento de sentença. Disciplina processual comum entre o regime do cumprimento de sentença e a execução extrajudicial. A nova sistemática do cumprimento de sentença que condena ao pagamento de soma no anteprojeto do Código de Processo Civil. Responsabilidade patrimonial e fraude de execução: características. Diferenciação de fraude contra credores. A averbação da distribuição da execução. Abordagem do tema em face do anteprojeto do Código de Processo Civil.

15.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Teoria geral da prova: A verdade e a função da prova. O objeto da prova e o seu ônus. Fatos que não dependem de prova. Poder probatório do juiz. Provas típicas e atípicas. Provas ilícitas. Provas em espécie. Inovações tecnológicas de sua utilização na apuração de fatos relevantes para o processo. Meios de prova e as inovações impostas ao processo no campo probatório. Inversão dinâmica da prova no anteprojeto do Código de Processo Civil. Os meios coercitivos no campo probatório. Abuso do processo: A conduta das partes e seus desvios. Diferenciação de modalidades de abuso processual. Regime sancionatório. Atos atentatórios à dignidade da Justiça. Atos atentatórios à administração da Justiça. Suas sanções. Litigância de má-fé. Multas processuais. Resultados práticos da exacerbação das sanções processuais. A responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil.

16.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Execução fundada em título executivo extrajudicial: A disciplina vigente nesse tipo de execução. A petição inicial da execução: indicação de bens à penhora. Arresto executivo. A concentração dos atos executivos. Fases da execução extrajudicial. Remição de bens. Novo prazo para pagamento. Possibilidade de pagamento parcelado. Análise do tema no anteprojeto do Código de Processo Civil. Execução provisória: Conceito. Finalidade e natureza jurídica. Execução provisória completa. O retorno das partes ao estado anterior. Responsabilidade objetiva. Caução e hipóteses de dispensa. Execução provisória e título extrajudicial. Abordagem do anteprojeto do Código de Processo Civil.

17.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito do Estado – Evolução histórica dos direitos fundamentais e o Estado regulador e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, segurança social e proibição de retrocesso.

29.09 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Sentença: Conteúdo. Requisitos. Estrutura. Capítulos de sentença. O convencimento do juiz e o raciocínio probatório. A motivação. Invalidades da sentença. Alteração. O novo regime no anteprojeto. Coisa julgada: Limites objetivos e subjetivos. Eficácia preclusiva. Relativização. Duplo grau obrigatório. Coisa julgada e ações que a envolvem. Coisa julgada inconstitucional.

28.9 – Módulo de Filosofia do Direito – 1º Ciclo de Palestras – Direito e cinema.

30.09 – Responsabilidade patrimonial e sua dinâmica: Patrimônio sujeito à execução. A responsabilidade patrimonial e as impenhorabilidades. Penhorabilidade relativa. Penhora: As inovações no regime de penhora. Alteração da ordem legal de preferência. A penhora: âmbito da penhorabilidade e sua expansão. Substituição dos bens penhorados. Penhora ***on line***. Depósito e avaliação. Os meios de expropriação: Arrematação, Adjudicação, Alienação por iniciativa particular e usufruto de móvel ou imóvel. Pagamento do credor. Remição. A expropriação de bens no anteprojeto do Código de Processo Civil.

01.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito do Estado – Ação civil pública. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

06.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Recursos: Teoria geral. Princípios. Juízo de admissibilidade recursal. Requisitos. Efeitos (expansivo, translativo, suspensivo). Recurso adesivo Fungibilidade. Medidas de suspensividade. Recursos em espécie: Agravo. Modalidades. Conteúdo. Efeitos. Procedimento. Apelação e pendência do recurso de agravo. O agravo de instrumento como regra na execução. Agravos em recurso especial e extraordinário. Requisitos.

07.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Execução contra a Fazenda Pública: Procedimento. Peculiaridades. Sistema constitucional de pagamentos (precatório). Limites da aplicação das regras das Leis ns. 11.232/2005 e 11.280/2006. A execução contra a Fazenda Pública no novo modelo processual. O cumprimento de obrigação de pagar quantia certa no regime do anteprojeto do Código de Processo Civil. Execução de divida ativa da Fazenda Pública: Procedimento. Garantias processuais. Regras especiais e gerais. Regime de subsunção. Limites de aplicação das normas da execução extrajudicial.

08.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito do Estado – Jurisdição e separação funcional dos poderes. Funções essenciais à Justiça.

19.10 – Módulo de Filosofia do Direito – 1º Ciclo de Palestras – Direito e economia.

20.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil – Embargos de declaração. Natureza. Cabimento. Hipóteses ordinárias e extraordinárias. Efeitos. Limites. O artigo 557 e o julgamento dos embargos de declaração. Embargos infringentes. Novo regramento e hipóteses de cabimento. Aplicação do artigo 515, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil no julgamento dos embargos infringentes. Recurso extraordinário. Requisitos legais e regimentais. Prequestionamento e matéria de ordem pública. Efeito devolutivo restrito. O artigo 543 e o regime de prejudicialidade. Efeitos e meios processuais de acréscimo de efeitos.

22.10 – Curso de especialização *lato sensu* em Direito do Estado – O processo de municipalização no Brasil. A autonomia do Município.

28.9 – Módulo de Filosofia do Direito – 1º Ciclo de Palestras – Direito e literatura.

Eventos em parceria com outras instituições

01.09 – Congresso "O Novo Direito Ambiental por Michel Prieur", promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União.

09.09 – Planejamento e Organização de Eventos Empresariais e Governamentais, promovido pelo IBRADEP.

10.09 – Jornada de Estudos sobre o Juizado Especial e a Fazenda Pública – Lei 12.153/2009, realizado no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, em parceria com o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo e com a Escola da Advocacia Geral da União em São Paulo.

11.09 – Contabilidade para não Contadores, promovido pelo Centro de Treinamento Cenofisco.

13.09 – 10º Seminário: Os Novos Rumos da Terceirização de Serviços em face da IN n. 2/2008 e alterações posteriores, promovido por BAC – Pesquisa, Treinamento e Eventos.

14.09 – Oficina Centro de Memórias em Perspectiva, promovido pela Fundação Mario Covas.

15.09 – XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, em Belo Horizonte.

20, 21 e 22.09 – Congresso Luso-brasileiro de Direito Constitucional, realizado pelo Instituto Pimenta Bueno de Direito Constitucional, pelo Centro de Estudos e pela Escola Superior da PGE.

24.09 – Seminário "Crimes Tributários – Aspectos Práticos e Tendências Atuais da Doutrina e da Jurisprudência", promovido pela FiscoSoft Informações Fiscais.

28 e 30.09 – Oficina de Licitação e Contratos, promovido pela Fundação Prefeito Faria Lima, CEPAM – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal.

08.10 – Simpósio Básico de Licitações, promovido pela Editora NDJ.

13 e 14.10 – Treinamento sobre Pregão Eletrônico, promovido pela Escola Fazendária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

13, 14 e 15.10 – Treinamento para Utilização do Sistema PGE.net, promovido pela Softplan.

15.10 – Simpósio Básico de Contratos Administrativos, promovido pela Editora NDJ.

20 e 21.10 – Treinamento sobre Pregão Eletrônico, promovido pela Escola Fazendária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

20.10 – XXIV Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo IDEPE – Instituto Geraldo Ataliba.

25.10 – Jornada de Estudos NDJ – Direito Administrativo, promovido pela Editora NDJ.

28 e 29.10 – Ferramenta de Gestão e Concessão de Benefícios Previdenciários, promovido pela Escola Fazendária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

Ação Civil Pública – Cadeia Pública de Mogi Guaçu. Lotação. Transferência dos Presos

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 994.03.064859-2/Mogi das Cruzes (344.434.5/8-00)
Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo
Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 994.03.064859-2, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo *ex officio*, sendo apelado Ministério Publico, acordam, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. v.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Soares Lima (Presidente sem voto), Thales do Amaral e Ana Luiza Liarte.

São Paulo, 15 de março de 2010.

RUI STOCO
Relator

———————

VOTO

EMENTA: Recurso *ex officio* e Apelação Cível. Ação civil pública. Pretensão do Ministério Público dirigida à transferência de presos que excedem o limite de lotação da Cadeia Pública de Mogi Guaçu, assim como que seja o estabelecimento destinado exclusivamente à custódia de presos provisórios dessa comarca, e ainda à cominação de obrigação de construir dependências próprias para os menores infratores. Ação julgada procedente na origem. Inadmissihilidade. Flexibilização da intangihilidaile do mérito administrativo

reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, notudamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas. Entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é legítima a interferência do Judiciário quando se trate de garantir a eficácia de "direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional". Entendimento que não vem sendo aplicado por essa Corte, no que respeita a questões concernentes à política carcerária. Hipótese – política carcerária – que não se reveste da condição de dever constitucional expressamente cometido ao Estado, inserindo-se num plano de programa, objetivo, meta, não de puro e imediato dever, tal como ocorre com a concretização do direito à saúde e à educação. Sujeição da política carcerária – porque não sujeita ao mesmo imediatismo de alguns poucos direitos sociais – a um escalonamento (graduação) na implementação de políticas públicas, imposto pela "reserva do possível", cujo discrímen de prioridades incumbe à Administração Pública, e não ao Judiciário, sob pena de ofensa à separação de poderes (art. 2º da CF). Precedentes deste Tribunal de Justiça e do CNJ. Ação que deve ser julgada improcedente. Sentença reformada. Recursos providos. 1) A linha que separa os casos que têm por objeto o direito à saúde e ao ensino dos que se referem a direito de adequado estabelecimento penitenciário – de forma genérica – é tênue, mas perceptível e definível e, portanto, diferenciadora. Apenas aqueles direitos sociais que se traduzem numa vontade expressa e determinada do constituinte, no sentido de cometer ao Estado uma prestação positiva a concretizá-los, autorizam a intervenção judicial. Nesses casos a norma constitucional transcende ao programático, ao esperado, atingindo o *status* de imposição de dever estatal, não sendo, contudo, a hipótese dos autos. 2) Em consequência, se por um lado a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada pelo Estado para o só fim de exonerar-se de obrigações constitucionais, com aniquilação de direitos fundamentais, por outro, tem-se que os condicionamentos impostos por ela ao processo de concretização dos direitos de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Vistos,

I - Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

Segundo consta, o Ministério Público ingressou com a presente ação, aduzindo, em síntese, que a Cadeia Pública de Mogi Guaçu padece de superlotação – o que compromete as condições sanitárias do estabelecimento, assim como as condições de segurança, diante do risco iminente de rebeliões –, bem como não possui unidades especializadas na custódia de adolescentes infratores.

Sustenta que a situação ofende não só a Constituição Federal, mas também tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Com esses fundamentos, requereu a procedência da ação, para o fim de cominar ao Estado de São Paulo, sob pena de multa, a obrigação de remover para estabelecimentos adequados a população carcerária de Mogi Guaçu; remover para estabelecimentos adequados os presos provisórios que excedam a capacidade máxima, assim como todos aqueles oriundos de outras cidades ou comarcas; não permitir a permanência de nenhum preso definitivo no estabelecimento em foco, nem dos provisórios que excedam capacidade deste; não receber nenhum outro preso; construir dependência própria para os menores infratores; subsidiariamente, construir uma cadeia pública, distante de residências e escolas, destinada apenas ao recolhimento de presos provisórios da comarca.

A Fazenda Pública apresentou contestação a fls.

A liminar foi parcialmente deferida a fls., posteriormente suspendida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça.

A r. sentença julgou procedente a ação, para o fim de determinar ao Estado de São Paulo a obrigação de:

a) remover, da Cadeia Pública de Mogi Guaçu para locais adequados, os presos provisórios de outras comarcas, presos condenados definitivamente, atuais e futuros, e os presos que excederem a capacidade máxima do estabelecimento;

b) abster-se de receber presos oriundos de outras comarcas ou condenados definitivamente ou que excedam a capacidade máxima do estabelecimento;

c) construir dependência especial, separada dos locais para custódia provisória de adolescente infrator, tudo no prazo de seis meses a contar do trânsito em julgado da sentença.

Há recurso oficial do Juízo

A Fazenda do Estado, inconformada, apelou a fls., aduzindo indevida incursão do Judiciário no mérito de ato administrativo discricionário.

Anota-se que o recurso é tempestivo, foi recebido, processado e contrariado .

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II - Impõe-se, desde logo, enfatizar que a questão é tormentosa e, aparentemente, longe de ser pacificada pelos Tribunais.

Aliás, a própria e excelente sentença de fls., da lavra do culto magistrado André Rossi reconheceu e demonstrou que, no âmbito deste Egrégio Tribunal de Justiça, a questão não é pacífica, havendo corrente favorável à tese defendida e à pretensão do Ministério Público (Apel. n. 144.854-5/6, rel. Des. Antônio Villen) e corrente contrária (Apel. n. 192.780-5/4, rel. Des. Roberto Bedaque).

Como se verifica, acerca do tema há duas correntes junsprudenciais bem definidas, cada uma dando à questão solução diametralmente diversa.

Uma, considerando que a questão se resolve no plano da estrita legalidade, admitindo, portanto, a interferência do Poder Judiciário. Outra, que a considera relativa a questões sob reserva e decisão de governo, na qual o Judiciário não pode interferir.

O entendimento deste relator avizinha-se desta última corrente.

As agruras enfrentadas por aqueles inseridos no sistema penitenciário brasileiro, cujo tratamento quase desumano, já de algum tempo, vem sendo amplamente divulgado no âmbito midiático, não são desconhecidas por este relator e não deixam de reiteradamente sensibilizar, posto que o sistema de repressão, condenação e punição do infrator não significa que no cumprimento da pena se avilte e imponha condições inadmissíveis de encarceramento.

Cumprir pena não significa "expiar" a pena, padecendo, sofrendo e se humilhando.

De outra banda, também não se nega que ao longo dos anos, a antes absoluta intangibihdade do mérito administrativo vem recebendo contornos menos rigorosos e mais dúctil, admitindo, em casos específicos, contraste por parte do Judiciário.

Abalizada doutrina sustenta, aliás, estribada na lição do administrativista português Queiró, que "o tato de não se poder dizer o que é, não significa que não se possa dizer o que não é". O certo é que tal intervenção judicial vem tomando vultoso papel nas questões relativas à implementação de políticas públicas.

Na esteira do que já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular c executar políticas públicas, revela-se possível, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento de encargos polílico-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de *direitos sociais e culturais* impregnados de estatura constitucional" (STF - RE n. 410.715/SP, 2ª T., rel. Celso de Mello, *DJ*, de 03.02.2006, grifamos).

Como se pode ver, a tendência consubstancia-se numa verdadeira "judicialização" das decisões de governo concernentes ao cumprimento das prestações cometidas ao Estado, e que são condições para o exercício de direitos sociais com expressa previsão constitucional e admitidos como essenciais.

O caso dos autos, conquanto se alinhe a essas hipóteses – de cumprimento de direitos sociais – não se insere naqueles em que o colendo Supremo Tribunal Federal admite a intervenção judicial.

Com efeito, não restam dúvidas de que o fim colimado no presente processo remete-se a interferir numa decisão de governo, referente ao planejamento e execução de política pública, especificamente relativa à questão carcerária.

Da mesma forma, não se questiona que a pena, diante do que propugna o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, inc. III da CF), além de seu caráter retributivo, tem finalidade, que deve ser preponderante, de ressocialização do sentenciado, de modo a permitir-lhe o retorno ao convívio social, o que só pode ser atingido num ambiente que propicie ao encarcerado seu desenvolvimento como ser humano.

Sabe-se, ainda, que o respeito à dignidade também envolve meios e modos, ou seja, instalações adequadas (condignas) aos provisoriamente custodiados e tratamento digno no plano material e sociocultural.

III - Nada obstante, e feito esse breve exórdio, cumpre ressaltar que a jurisprudência da Corte Suprema no Brasil vem se inclinando no sentido de que a "judicialização" das políticas públicas não se estende àquelas referentes à política penitenciária, como se infere dos seguintes precedentes:

> "A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas aguardem por idêntica solução. O próprio magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento de verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 a 167 da Constituição Federal." (STF – RE n. 365.299/SC, rel. Carlos Velloso, j. 16.11.2005).

> "O Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil pública visando à imposição, ao governo estadual, de obrigação de fazer consubstanciada na construção de estabelecimento prisional adequado. O Tribunal de Justiça local afirmou que o reconhecimento da pretensão deduzida pelo Ministério Público afrontaria ao princípio da 'separação dos poderes', vez que 'no presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do Poder Executivo, na medida que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra'. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE n. 365.299,

relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ*, de 09.12.2005. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, parágrafo 1º, do RISTF." (STF – RE n. 422.298, rel. Eros Grau, j . 28.06.2006).

Nesse mesmo sentido, confiram-se os seguintes importantes julgados dessa Suprema Corte:

1. STF – RE n. 403.806/PR, rel. Cezar Peluso, j. 30.07.2007, e

2. STF – RE n. 401.758/GO, rel. Gilmar Mendes, j. 22.02.2008.

A linha que separa os casos que têm por objeto o direito à saúde e ao ensino dos que se referem a direito de adequado estabelecimento penitenciário – de forma genérica – é tênue, mas perceptível e definível e, portanto, diferenciadora.

Como não se desconhece, a doutrina social da Igreja, as filosofias igualitárias e humanistas, a Constituição Mexicana de 1917 e a alemã de 1919 foram marcos importantíssimos na configuração de uma "segunda geração" de direitos fundamentais – os chamados direitos econômicos e sociais (cf. Teori Albino Zavascki, Direitos fundamentais de terceira geração, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, n 15, p. 227-232, 1998).

Do que infere que apenas aqueles direitos sociais que se traduzem numa vontade expressa e determinada do constituinte, no sentido de cometer ao Estado uma prestação positiva a concretizá-los, autorizam a intervenção judicial. Nesses casos a norma constitucional transcende ao programático, ao esperado, atingindo o *status* de imposição de dever estatal.

Não é esse o caso dos autos nem se insere na hipótese *sub examine*.

Como se depreende dos julgados colacionados, a questão carcerária não foi tratada de forma expressa e específica na Constituição Federal, não se referindo, portanto, a "direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional", pelo que inviável a "judicialização" de sua solução.

É imperioso esclarecer que não se está aqui a admitir a legitimação de qualquer abuso ou maltrato dirigido a presos, provisórios ou condenados, nem a adolescentes aos quais foi imputada a prática de algum ato infracional.

O que se pretende é, exclusivamente, analisar a situação à luz da conjuntura socioeconômica brasileira.

Diante de um escalonamento constitucional de objetivos e metas – e há um efetivo escalonamento, já que o constituinte, em alguns poucos casos, cometeu expressamente ao Estado o dever de concretizar o direito, notadamente os sociais – é razoável que se priorizem aqueles exaltados pelo constituinte.

Isso porque os recursos empregados nas prestações estatais são limitados, inviabilizando a satisfação de todos os requisitos à configuração de uma sociedade utópica.

Vale dizer, dentro de um processo gradativo – como é o de satisfação de direitos sociais - é legítimo o estabelecimento de prioridades – eis que a denominada

"reserva do possível" impede sejam alocados recursos concomitantes no cumprimento de todas as atividades consideradas de interesse da sociedade – sendo que a determinação dessas prioridades incumbe à Administração Pública e não ao Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com as prestações cometidas expressamente ao Poder Público pela Constituição, que admitem contraste, sob o aspecto da legalidade.

Naquele caso – como no dos autos – a situação é de mérito administrativo que escapa à apreciação judicial.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça, não reproduzidos na r. sentença recorrida:

> "Ação Civil Pública – Registro. Cadeia pública. Reforma e adequação das instalações existentes. 1. Ação civil pública. Não se trata de interesse difuso da sociedade, mas sim de interesse coletivo de pessoas determinadas, no caso os presos dessa cadeia pública, a um ambiente seguro e salubre. Correta a via escolhida e a legitimação extraordinária do *Parquet*. 2. Obrigação de fazer. A jurisprudência vem se inclinando no sentido de que não cabe ao juiz interferir nas prioridades do Executivo com relação à realização de obras e destiuação de dinheiro público, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF) e à necessidade de prévia dotação orçamentária (art. 167 da CF). Não se vê fundamento para o juiz, ao invés do administrador, definir a ordem em que essas reformas e construções serão realizadas. 3. Cadeia pública. Não se admite que o prédio seja mantido nas condições de insalubridade e insegurança que os autos descrevem, nem que os presos sejam submetidos à superlotação e ao tratamento desumano ali existente. Necessidade de providências pelo Juiz Corregedor dos Presídios. Apelo voluntário e reexame necessário provido para julgar a ação improcedente. Expedição de ofício ao Corregedor Geral da Justiça." (TJSP – Apel. n. 550.092-5/3-00,10ª Câm. Dir. Público, rel. Torres de Carvalho, j. 30.03.2009).

> "Ação Civil Pública – Interdição de cadeia pública de Paulínea e transferência dos presos que ali estão recolhidos. O que se espera do administrador público é que ele seja competente e cumpra com o seu dever de bem gerir o bem público, mas não pode o Poder Judiciário substituir sua vontade, sua opção de como conduzir a Administração. Recurso provido." (TJSP – AI n. 819.841-5/2-00, 11ª Câm. Dir. Público, rel. Pires de Araújo, j. 05.10.2009).

> "Ação Civil Pública – Obrigação de fazer. Remoção imediata de presos superiores ao número de vinte para outro estabelecimento prisional, cumulada com obrigação de fazer consistente no não recolhimento de presos acima desta quantidade, sob pena de multa diária. Exigência formulada pelo Ministério Público. Inadmissibilidade. Intromissão coiistitucionalmente vedada na esfera da competência do Executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Sentença de procedência. Re-

cursos – oficial e voluntário – providos." (TJSP – Apel. n. 721.215-5/7-00, 7ª Câm. Dir. Público, rel. Guerrieri Rezende, j. 09.02.2009).

"Ação Civil Pública – Obrigação de Fazer dirigida ao Estado de São Paulo, sob pena de multa diária. Alegação de carência da ação rejeitada. Determinação judicial de imediata transferência de presos e desativação de cadeia pública, em vista da falta de condições para a devida execução das penas. Descabimento. Normas gerais despidas de autoaplicabilidade, dependentes de regulamentação. Omissão do Poder Executivo não configurada. Autonomia administrativa dos Estados, que observam critérios de conveniência e oportunidade na execução das respectivas obras. Judiciário que não pode determinar prioridades orçamentárias, nem substituir critérios discricionários. Precedentes da jurisprudência. Ação improcedente. Recurso provido." (TJSP – Apel. n. 628.928.5/2, 3ª Câm. Dir. Público, rel. Oliveira Passos, j. 21.11.2007).

IV - Cumpre, ainda, ressaltar que questão parelha e com a mesma direção foi apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

"O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de administração penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF n. 45)." (CNJ – PCA n. 200810000008454, rel. Cons. Jorge Maurique – 67ª Sessão, j. 12.08.2008, *DJU*, de 01.09.2008).

Mostra-se oportuno transcrever parte do voto do relator, no julgamento acima referido:

"Por outra banda, não é de competência isolada do Poder Judiciário a definição das políticas públicas atinentes à administração penitenciária, não podendo, ainda, se imiscuir nos assuntos pertinentes ao Poder Executivo, sob pena de violar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88). A questão é fundamentalmente de eleição de prioridades governamentais de competência do Poder Executivo, cuja efetivação possui seus mecanismos próprios no atual regime democrático. Qualquer invasão dessa competência poderia criar situação de conflito que eventualmente poderá redundar em usurpação dos critérios de oportunidade e conveniência privativos da Administração. É ela que detém o planejamento de curto, médio e longo prazo, na busca da melhor acomodação dos presos, não se mostrando razoável desconsiderá-los mediante tomada de medidas graves e de enorme repercussão no sistema como um todo, como ocorre no caso de uma interdição prisional. O Estado, portanto, possui limitações em seu campo de atuação. Esse limite de atuação do Estado foi

conceituado na *cláusula da reserva do possível (Vorbehah des Moglichen)*, a qual adveio da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) por ocasião da análise da constitucionalidade das normas administrativas que limitavam o ingresso no curso de medicina da Universidade de Hamburgo (BverGE 33/333). Importante mencionar que o nosso Supremo Tribunal Federal adotou o mecanismo por ocasião dos julgamentos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF (cujos fundamentos foram posteriormente renovados no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP), de relatoria do Ministro Celso de Mello [...]."

V - Impõe-se, ainda, enfatizar e deixar acentuado que, se por um lado a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada pelo Estado para o só fim de exonerar-se de obrigações constitucionais, com aniquilação de direitos fundamentais, por outro, tem-se que os condicionamentos impostos por ela ao processo de concretização dos direitos de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

VI - Assim, considerando que o disposto no artigo 2°, da Constituição Federal – princípio da separação dos poderes – obsta o acolhimento da pretensão deduzida no presente processo, outra solução não se mostra cabível que não a improcedência da ação.

Por fim, para efeito de eventual prequestionamento visando à oposição de recursos para os Tribunais Superiores, tem-se que não houve ofensa ou negativa de vigência a qualquer disposição de lei federal, nem se vislumbra a inconstitucionalidade de qualquer desses preceitos ou teses frente à Carta Magna.

VII - Em razão do exposto, dão provimento ao recurso voluntário e à remessa oficial, reformando a r. sentença recorrida, para o fim de julgar improcedente a presente ação.

RUI STOCO
Relator

Execução Fiscal – Prescrição. Impossibilidade de Reconhecimento. Não Caracterização de Inércia da Fazenda. Demora Decorrente do Mecanismo da Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz da 1ª Vara da Fazenda Púbica da Comarca de Diadema

Autos n. 1900/2001 – Execução Fiscal
Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo
Apelado: Poliama Termoplásticos Ltda.
CDA 190.126.710

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua Procuradora que esta subscreve, nos autos da execução fiscal em referência, inconformada com a sentença de fls., vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, interpor o presente recurso de apelação requerendo sejam as razões em anexo remetidas ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Requer, outrossim, que as intimações pertinentes a este feito sejam publicadas em nome da subscritora e das Procuradoras do Estado Doutoras Ana Lúcia Ikeda Oba, Maria Lia Pinto Porto Corona e Mônica Tonetto Fernandez.

Termos em que pede deferimento.

Diadema, 19 de fevereiro de 2008.

AIRA CRISTINA R. BRUNO DE LIMA
Procuradora do Estado

———————————

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,

1. Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença proferida em primeira instância, que julgou extinto o processo em razão da suposta ocorrência de prescrição, na forma do artigo 269, IV, do Código de Processo Civil.

2. Como restará demonstrado, a decisão recorrida não pode prevalecer, de modo que a Fazenda requer, primeiramente, seja exercido o juízo de retratação por parte do d. Juízo de primeira instância. Caso assim não entenda, requer-se a remessa dos autos para exame do E. Tribunal *ad quem*.

I - Síntese dos fatos

3. Para melhor análise do caso, a Fazenda pede vênia para fazer um breve relato dos fatos.

4. A executada é contumaz devedora dos cofres públicos, sendo que na execução em tela cobra-se o ICMS declarado e não pago dos meses de janeiro e fevereiro de 2001.

5. O débito em questão foi inscrito na dívida ativa em agosto de 2001, sendo a execução fiscal ajuizada em outubro de 2001. O despacho que recebeu a inicial data de 1º de novembro de 2001, conforme Certidão de Dívida Ativa acostada às fls.

6. Na primeira tentativa de localização do executado – feita em 27 de novembro de 2002 (mais de um ano após o ajuizamento da ação e a ordem judicial de citação) –, o oficial de justiça certificou o encerramento das atividades da executada. Os autos foram enviados à Fazenda apenas em abril de 2003, oportunidade em que foi requerido o sobrestamento do feito por 180 dias. Apesar do pedido de sobrestamento por seis meses, o processo só retornou para a Fazenda em junho de 2004 (mais de um ano depois, conforme fls.).

7. Dias após a abertura de vista, em 28.06.2004, a Fazenda requereu a corresponsabilização dos sócios, nos termos do artigo135, III, do Código Tributário Nacional. Observe-se que, na própria petição de corresponsabilização, a Fazenda já destacou que a citação deveria ser feita por edital, uma vez que os endereços dos sócios já tinham sido diligenciados negativamente em outra execução fiscal. Essa afirmação veio acompanhada dos documentos que a comprovavam, conforme fls.

8. Esse d. Juízo recorrido deferiu a corresponsabilização dos sócios, determinando sua citação por edital, em despacho proferido em 18.02.2005. Ocorre que, por razões que a Fazenda desconhece, a publicação do edital só decorreu em março de 2007, ou seja, mais de dois anos após a determinação judicial, e quase três anos depois do pedido da Fazenda!!! Em outubro de 2007, o processo foi extinto, por reconhecimento de prescrição.

II - Os motivos que ensejam a reforma da r. sentença recorrida – a não ocorrência de prescrição *in casu*

9. Entendeu o d. Juízo *a quo* ter ocorrido a prescrição do direito de ação da apelante. *Concessa venia*, não houve prescrição no caso em tela.

10. O instituto da prescrição somente diz respeito ao credor inerte, que deixa de perseguir seu crédito por desídia ou falta de interesse. Não é o caso da Fazenda do Estado.

11. A cronologia dos fatos, por si só, demonstra que a demora na citação da executada e seus sócios não pode, de forma alguma, ser imputada à Fazenda. Ao contrário, desde o início do processo verifica-se que a delonga no andamento do caso decorreu do grande lapso temporal entre as determinações judiciais e seu efetivo cumprimento pelo respectivo cartório.

12. Como acima mencionado, sintetizando, tem-se a seguinte situação:

- out./2001: ajuizamento da execução fiscal;
- nov./2001: despacho ordenando a citação;
- nov./2002: certidão negativa de citação (após 1 ano da ordem judicial);
- abr./2003: vista dos autos para a Fazenda;
- abr./2003: pedido de sobrestamento da Fazenda, por 180 dias;
- jun./2004: abertura de vista para a Fazenda (depois de 1 ano!!);
- jun./2004: pedido da FESP para citação por edital;
- fev./2005: deferimento da citação por edital;
- mar./2007: publicação do edital;

13. Como se observa, não houve, em momento algum, desídia da Fazenda. O pedido de citação por edital ocorreu em junho de 2004, foi deferido em fevereiro de 2005 (oito meses depois) e o edital foi publicado apenas em março de 2007 (dois anos depois da ordem judicial e quase três anos após o pedido da Fazenda!!!).

14. Se atraso houve na citação, a responsabilidade deve ser imputada exclusivamente ao cartório judicial, que demorou a dar cumprimento a ordem do d. Juízo ***a quo***. A Fazenda não pode sofrer os efeitos da prescrição quando não foi ela quem deu causa ao atraso processual.

15. Segundo o tributarista Paulo de Barros Carvalho, "não se pode falar em curso da prescrição enquanto não se verificar a inércia do titular da ação" (*Curso de direito tributário*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 313). E, como destacado, em momento algum houve inércia da Fazenda do Estado.

16. Nossos Tribunais são pacíficos no sentido de que a demora na citação, por motivos de morosidade da Justiça, não justifica a decretação da prescrição. A matéria é, inclusive, objeto de súmula do E. Superior Tribunal de Justiça: "Súmula n. 106: Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência."

17. Em consonância com a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem decidindo da mesma forma. Confiram-se alguns recentíssimos julgados:

"Apelação – Execução fiscal. Prescrição. Decisão que a reconheceu de ofício. Não existência de inércia da Fazenda Municipal. Descabimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ. Recurso provido." (14ª Câmara de Direito Público A – Comarca: Peruíbe – Rel. Wilson Julio Zanluqui – j. 31.01.2008).

"Execução fiscal – Ausência de citação. Prescrição. Reconhecimento. Inadmissibilidade. Inexistência de inércia do credor. Demora no processamento decorrente do acúmulo de serviço. Aplicação da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido." (14ª Câmara de Direito Público A – Comarca: Ribeirão Preto – Rel. Cândido Alexandre Munhóz Pérez – j. 31.01.2008).

"Apelação – Execução fiscal. Não existência de inércia da Fazenda Municipal. Descabimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ. Recurso provido." (14ª Câmara de Direito Público A – Comarca: Bragança Paulista – Rel. Wilson Julio Zanluqui – j. 31.01.2008).

"Apelação – Execução fiscal. Prescrição. Decisão que a reconheceu de ofício. Não existência de inércia da Fazenda Municipal. Descabimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ. Recurso provido." (14ª Câmara de Direito Público A – Comarca: Campos do Jordão – Rel. Wilson Julio Zanluqui – j. 31.01.2008).

"Recurso de Ofício – Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Alegação de prescrição. Não existência de inércia da Fazenda Municipal. Descabimento. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência da Súmula n. 106 do STJ. Recurso provido." (14ª Câmara de Direito Público A – Comarca: Guarujá – Rel. Wilson Julio Zanluqui – j. 31.01.2008).

"Agravo de Instrumento – Execução fiscal municipal. Atos processuais realizados a partir da citação declarados nulos. Prescrição. Inadmissibilidade. Analogia à Súmula n. 106 do STJ. Resguardado o direito de defesa. Recurso não provido." (15ª Câmara de Direito Público – Comarca: Itapetininga – Rel. Arthur Del Guércio – j. 17.01.2008).

"Execução fiscal – Embargos. Prescrição. Embora tenha decorrido mais que cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação, no caso concreto, não se pode acolher a prescrição, eis que a demora na citação não ocorreu por desídia da credora e sim por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, nos termos da Súmula n. 106 do STJ." (14ª Câmara de Direito Público – Comarca: São Vicente – Rel. Marcondes Machado – j. 25.10.2008).

18. E nem poderia ser diferente, mormente ao considerarmos a realidade da Justiça brasileira. A prevalecer o equivocado entendimento esposado na r. sentença recorrida, a ocorrência de prescrição nos processos judiciais estaria à mercê da celeridade (ou não) dos cartórios, o que não pode se admitir.

19. Diante do exposto, a Fazenda requer:

(i) primeiramente, o juízo de retratação do I. Julgador de primeira instância, tendo em vista restar patente o equívoco na decretação da prescrição, *in casu*; e

(ii) caso não ocorra a retratação – o que se cogita apenas a título de argumentação – seja a r. sentença reformada por esse E. Tribunal, no sentido de se reconhecer a não ocorrência da prescrição, determinando-se o prosseguimento do feito executivo.

Em assim decidindo, esse E. Tribunal estará corroborando com a mais colimada Justiça!

Diadema, 19 de fevereiro de 2008.

AIRA CRISTINA R. BRUNO DE LIMA
Procuradora do Estado

ACÓRDÃO

Apelação n. 908.261.5/9-00 ou 994.09.306.428-9 –
10ª Câmara de Direito Público
Apte: Fazenda Estadual
Apdo: Poliama Termoplásticos Ltda. e outros
Origem: Anexo Fiscal (Diadema) – Proc. n. 11.586/01 ou 1.900/01
Juiz Helmer Augusto Toqueton Amaral

EXECUÇÃO FISCAL – ICMS. Imposto declarado e não pago. Artigos 174 do Código Tributário Nacional e 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil. Prescrição. 1. Prescrição. A disposição do artigo 8º, parágrafo 2º da Lei Federal n. 6.830/80 é complementada pelo disposto nos artigos 219 do Código de Processo Civil e 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional. A prescrição é interrompida pela citação pessoal do devedor e não apenas pelo despacho que ordena a citação, retroagindo a interrupção, se for o caso, e desconsiderada a demora causada pelo mau funcionamento do serviço judiciário (Súmula n. 106 do STJ), à data da propositura da ação. 2. Prescrição. Interrupção. A Fazenda requereu a citação por edital dentro do prazo prescricional e a partir daí a demora foi da Justiça; não há como imputar à exequente demora pelo deferimento e realização de citação requerida dentro do

prazo. Sentença que reconheceu a prescrição. Apelo da Fazenda e reexame providos para afastar a prescrição e determinar o regular prosseguimento do feito. Aplicação do artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil.

1. A sentença de fls. reconheceu a prescrição e julgou extinta a execução, com fundamento no artigo 269, IV, do Código de Processo Civil. Apela a Fazenda; diz que o débito refere-se a ICMS devido nos meses de janeiro e fevereiro de 2001; a dívida foi inscrita em agosto de 2001, a execução ajuizada em outubro de 2001 e o despacho que recebeu a inicial é de novembro de 2001; a demora na citação válida não pode ser imputada à Fazenda, que não ficou inerte; a delonga no andamento decorreu do grande lapso temporal entre as determinações judiciais e o seu efetivo cumprimento pelo cartório; a demora da citação se deu por morosidade da justiça. Pede a reforma da decisão e o afastamento da prescrição com a determinação de prosseguimento do feito.

Apelo tempestivo e isento de preparo. Sem contrarrazões, visto não haver defensor constituído nos autos.

É o relatório.

2. Tem-se por constituído o crédito tributário na data da apresentação da GIA, não mais se falando em decadência. O prazo prescricional, que corre a partir daí, é interrompido apenas pela citação pessoal feita ao devedor nos termos do artigo 174, parágrafo único, I, do Código Tributário Nacional, na redação anterior.

A dívida foi inscrita no dia 15.08.2001 e a execução foi ajuizada em 17.10.2001; a diligência foi realizada sem sucesso. Em 28.06.2004, a credora requereu a citação por edital, que foi deferida em 18.02.2005 e realizada apenas em 06.03.2007. A Fazenda requereu a citação por edital dentro do prazo prescricional e, a partir daí, a demora foi da Justiça; não há como imputar à exequente demora pelo deferimento e realização de citação requerida dentro do prazo.

Assim sendo com base no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao apelo da Fazenda e ao reexame necessário para afastar a prescrição e determinar o regular prosseguimento do feito.

São Paulo, 23 de dezembro de 2009.

TORRES DE CARVALHO
Relator

Rescisão do Contrato de Trabalho – Saldo em Desfavor do Empregado. Inscrição como Dívida Ativa. Cobrança em Execução Fiscal. Impossibilidade.

Processo: PROCON n. 943/2009 (PGE n. 16847-157703/2010)
Parecer: PA n. 83/2010
Interessada: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon

Assunto: Dívida Ativa – Crédito de fundação pública. Saldo verificado em desfavor de empregado público, após rescisão do contrato de trabalho e descontos sobre verbas rescisórias. Inscrição e cobrança em execução fiscal. Impossibilidade. Falta de competência da Administração para praticar o ato administrativo de acertamento e liquidação do crédito. Necessidade de ajuizamento de ação de conhecimento com pedido condenatório. *Embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua dívida ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza, mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. À míngua dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.*

1. Vêm estes autos à Procuradoria Administrativa, por determinação do Procurador Geral do Estado, para análise sobre a possibilidade de cobrança de certo crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) por meio de inscrição como dívida ativa e aparelhamento de execução fiscal.

2. Trata-se, em suma, de rescisão de contrato de trabalho de empregado daquela fundação pública, de que resultou saldo em desfavor do trabalhador no valor de R$ 422,85, depois de descontadas das verbas rescisórias quantias tais como o salário relativo ao prazo do aviso prévio não cumprido, atrasos, faltas, vale-transporte, vale-refeição e vale-alimentação.

3. Segundo o histórico elaborado pela entidade empregadora, o empregado pediu demissão sem aviso prévio; todavia, não concordou com o desconto correspondente e recusou-se ao pagamento do saldo negativo exibido no termo de rescisão contratual. A área técnica da Fundação manifestou-se pela a regularidade do desconto e pela possibilidade da cobrança do débito em demanda na Justiça

do Trabalho ou, uma vez apurado o valor líquido e certo em processo administrativo, mediante a inscrição como dívida ativa.

4. Instada a opinar, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania reputou dirimidas no âmbito da Fundação Procon as questões oriundas da rescisão do contrato de trabalho, salvo a que diz respeito à forma de recebimento do crédito. Esse montante, conforme salientado no parecer, constitui dívida ativa não tributária e, nessa condição, deve ser objeto de inscrição e cobrança pela Procuradoria Fiscal, após procedimento administrativo de apuração realizado pela própria entidade credora. Por essa razão, o órgão opinativo sugeriu a oitiva da Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso acerca da "competência para o procedimento administrativo e a mais adequada forma de cobrança do crédito".

5. A Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, primeiro por sua Assessoria, negou a possibilidade de inscrição como dívida ativa do crédito apurado pela Fundação Procon porque, advindo de uma relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, não figuraria entre aqueles relacionados no parágrafo 2º do artigo 39 da Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964. Invocou julgados do Superior Tribunal de Justiça que restringem a amplitude do conceito de dívida ativa e encoivarou, ainda, os seguintes argumentos: o empregado público que contesta a dívida a si imputada tem direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pela Justiça do Trabalho; os descontos refletidos no termo de rescisão do contrato de trabalho, como os referentes a atrasos e faltas, devem ser objeto de prova pela empregadora; a cobrança da dívida ativa há de ser racionalizada, sobretudo no que atine aos créditos de pequeno valor; e a matéria de impugnação contida nos eventuais embargos à execução fiscal envolveria matéria trabalhista, de regime jurídico diferenciado.

6. O Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, ao propor a oitiva desta especializada ao Chefe da Instituição, acrescentou que "o Sistema da Dívida Ativa, administrado pela Procuradoria Geral do Estado, não está preparado para o controle e gestão de 'dívidas de natureza trabalhista', que possuem regras próprias de atualização monetária, prazos de prescrição diferenciados, fundamento legal próprio de enquadramento do débito, etc.".

Relatados, à análise.

7. Em princípio, não vejo como excluir do conceito de dívida ativa nenhum crédito do Estado, que se dotou deste *poder* – melhor, *poder dever*, pois voltado ao exercício duma função pública pela Administração – de constituir, por ato de supremacia, seu próprio título executivo.

8. Fracassam, a meu ver, interpretações que entreveem uma terceira espécie de créditos da Fazenda Pública, os quais, infensos ao regime do artigo 39 da Lei federal n. 4.320, de 17 de março de 1964, não seriam dívida ativa tributária, tampouco não tributária.

9. O parágrafo 2º desse artigo[1] não dá margem a suspeita: dívida ativa não tributária são "os demais créditos da Fazenda Pública", ou seja, todos os créditos que não provêm de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multa.

10. O longo rol que se segue na lei a essa definição é exemplificativo – note-se a inequívoca locução conjuntiva *"tais como"* que o introduz, a indicar a intenção do legislador de ampliar ao máximo a incidência da norma, rechaçando interpretações que viessem a ignorar o vasto espectro das obrigações pecuniárias que têm o Estado na posição de credor.

11. Não por outra razão, os estudiosos do assunto têm destacado a "consciência da abrangência do conceito de dívida ativa que inclui, portanto, *quaisquer débitos de terceiros com a Fazenda Pública, independentemente da natureza*, após apuradas a sua liquidez e certeza".[2]

12. Alcança-se idêntica conclusão pelo exame da Lei Federal n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da matéria pelo viés da cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública. O artigo 2º dessa lei[3] é generoso em predicações da dívida ativa, ora remetendo ao conceito da Lei federal n. 4.320/64 (*caput*), ora ressalvando decorrer de "*qualquer valor*" cuja cobrança a lei atribua às pessoas políticas e autarquias (§ 1º), ora aludindo ao englobamento de encargos legais ou contratuais (§ 2º).

13. A jurisprudência atual tem-se firmado nesse entendimento irrestrito da dívida ativa, consoante aponta a ementa de recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça, conduzido pela Ministra Eliana Calmon, relatora do acórdão:

> "Processo Civil – Civil. Cessão de crédito rural. Medida Provisória n. 2.196-3/2000. Presunção de constitucionalidade. CDA. Requisitos. Artigo 349 do Código Civil de 2002. Inovação objetiva da dívida. Execução fiscal. Titularidade do crédito. Validade. Dívida ativa não tributária. Inscrição em dívida ativa. Incidência de encargos decorrentes. Validade. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo. Transcrição de ementas.

---

1 *Verbis*: "Artigo 39 - [...] § 2º - Dívida ativa tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e dívida ativa não tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais."

2 MACHADO JUNIOR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 28. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997. p. 86 (g.n.)

3 *Verbis*: "Artigo 2º - Constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 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. § 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado dívida ativa da Fazenda Pública. § 2º - A dívida ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato."

1. Embora o Superior Tribunal de Justiça como Corte de Justiça possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela Emenda Constitucional n. 32/2001.

2. *Cabível a cobrança via execução fiscal de quaisquer créditos titularizados pela Fazenda Pública. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*

3. Inexistência de inovação objetiva do crédito cedido pela inscrição em dívida ativa, fato gerador que autoriza a incidência de novos encargos dela decorrentes.

4. É requisito formal da comprovação do dissídio jurisprudencial o confronto analítico entre os julgados em testilha para evidenciar a semelhança fática e a conclusão jurídica diversa. A transcrição de ementas, neste contexto, equivale à deficiência do recurso, nos termos da Súmula n. 284 do STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido."[4]

14. No entanto, penso que uma questão central tem sido negligenciada nesse debate sobre a cobrança dos créditos da Fazenda Pública. Diz respeito à competência para a apuração da certeza e da liquidez de tais valores, ato administrativo que antecede a inscrição como dívida ativa e sem o qual inscrição não pode haver.

15. É antiga a lição de que "para a prática do ato administrativo a *competência* é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo"[5]. A competência decorre sempre da lei[6], que a distribui de acordo com a função pública que há de ser desempenhada: "A ação administrativa do Estado desdobra-se segundo preceitos legais estabelecidos. A iniciativa da Administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a proceder em nome do Estado."[7]

16. O conteúdo jurídico da competência é, para o direito administrativo, mais extenso que a simples divisão de atribuições entre pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, porque, ao dispor sobre competência, a lei *outorga um poder* de editar atos que amiúde excedem a esfera jurídica de seu emissor – o "poder extroverso" a que aludia Renato Alessi – e, portanto, autoriza a formação de uma relação de prerrogativa e sujeição típica do que se convencionou chamar de regime jurídico administrativo[8]. Por essa perspectiva, a competência compreende

---

4 STJ – REsp n. 1.121.743/RS, 2ª Turma, j. 18.02.2010 (g. n.).

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

6 TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 3.

7 Sobre o regime jurídico administrativo, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59 e ss.

8 Confira-se, a esse respeito: ESTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1976. p. 179 e ss.

não apenas a *titularidade*, pela qual um sujeito administrativo prefere aos demais para o exercício da função pública; abarca, também, a *potestade* necessária a esse exercício.[9]

17. O mesmo fenômeno não cerca os atos da Administração regidos pelo direito privado: para eles, cuja produção obedece a "condições de emanação" (expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello[10]) estranhas às estabelecidas pelo direito administrativo em torno da competência, finalidade, forma, motivo e objeto, a regra de competência é mera regra de organização, de repartição interna de tarefas (segundo o princípio metajurídico da divisão do trabalho), porquanto o sujeito que os pratica não o faz investido de nenhum outro poder afora aquele de representação reconhecido pela lei civil.

18. Com a memória dessa distinção deve ser interpretado o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei federal n. 6.830/80[11], que determina seja a inscrição da dívida ativa levada a efeito pelo "órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito". Ao demandar competência, a lei confere um tratamento de direito administrativo ao ato de liquidação e acertamento do crédito, visto que a competência não tem valor e conteúdo propriamente jurídicos senão no direito administrativo; por conseguinte, tal ato há de pertencer à categoria dos *atos administrativos* propriamente ditos, hábeis a ostentar ao menos alguns dos atributos decorrentes do exercício duma prerrogativa pública.

19. Assim editado, o ato de apuração da liquidez e certeza de um crédito da Fazenda Pública reveste-se de exigibilidade (que corresponde ao que alguns autores têm denominado *privilège du préalable*) e precede a inscrição da dívida ativa como genuíno *ato-condição*, definido por Hely Lopes Meirelles como "todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização"[12]. Esse encadeamento de atos a lei bem o reconhece, pois a inscrição só pode gerar a "presunção de certeza e liquidez" (art. 3º, *caput*, da Lei federal n. 6.830/80) à medida que se produza como "controle administrativo de legalidade" (art. 2º, § 3º, da mesma lei) do ato de apuração a que se seguiu.

---

9 Confira-se, a esse respeito: ESTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de derecho administrativo*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1976. p. 179 e ss.

10 Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos da Administração regidos pelo direito privado não constituem verdadeiros atos administrativos, na medida que "o direito administrativo só lhes regula as condições de emanação, mas não lhes disciplina o conteúdo e os correspondentes efeitos" (*Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 383). O mesmo doutrinador concebe *ato administrativo* como a "declaração de Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional" (Ibidem, p. 385).

11 *Verbis*: "Artigo 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."

12 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 172.

20. No direito tributário, o ato de liquidação e acertamento do crédito é o *lançamento*. Povoando o domínio dos atos administrativos, tem por efeito jurídico justamente o de "*dotar o direito de crédito, que lhe preexiste, de exigibilidade*, ou confirmá-lo, extinguindo-o na hipótese de homologação tácita ou expressa do pagamento"[13]. A inscrição da dívida ativa tributária, destarte, também pressupõe a existência de um ato administrativo precedente, cujo nome – lançamento – não tem o condão de obliterar a ideia.

21. Logo, embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua dívida ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza, mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. À míngua dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.

22. Na hipótese dos autos, nenhuma lei confere ao Estado ou, mais especificamente, às pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, competência para apurar a liquidez e a certeza do crédito decorrente de contrato de trabalho[14]. A produção do termo de rescisão desse contrato pela repartição, a indicar crédito da Fazenda, não é manifestação de uma *competência*, mas de uma *capacidade* que é exercida por qualquer empregador, público ou particular. Não há, sem dúvida, ato administrativo.

23. De outra parte, a despeito da criativa e bem intencionada sugestão da Consultoria Jurídica de origem, o procedimento sancionatório previsto nos artigos 62 e seguintes da Lei estadual n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998, não se destina à apuração da certeza e liquidez de créditos do tipo, que em nada se relacionam à obrigação resultante da imposição de uma penalidade administrativa. Grosso modo, cuida-se aqui de deveres de *indenização* por não ter o trabalhador cumprido o prazo do aviso-prévio e *restituição* por ter-se locupletado com remuneração a que não faria jus.

24. Na verdade, qualquer processo administrativo que objetivasse apurar a liquidez e certeza do crédito do empregador, fosse instaurado em roupagem punitiva ou não, redundaria em ato decisório nulo – se não por outros vícios, certamente pelo de competência, porque, como exposto, nenhum órgão ou agente a tem sobre o objeto perseguido.

25. A questão da competência para a apuração da liquidez e certeza de créditos não tributários da Fazenda Pública não vem recebendo da jurisprudência a atenção que seria desejável. De toda sorte, já foi ao menos tangenciada pelo Superior Tribunal de Justiça em certo julgamento. O ministro relator para o acórdão,

---

[13] BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 784 (g. n). Da leitura dessa mesma obra, aprende-se que, não obstante o Código Tributário Nacional defina o lançamento como procedimento administrativo (art. 142), a doutrina evoluiu para considerá-lo legítimo ato administrativo, a não confundir-se com o caminho jurídico percorrido até sua edição (Ibidem, p. 783-784).

[14] Se lei nesse sentido houvesse, teria de ter sido editada pela União, dada a competência privativa dela para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, inc. I, da CF).

embora não escondendo uma visão restritiva do conceito de dívida ativa, advertiu em reforço de argumentação que determinada autarquia federal "exorbitou no exercício de sua competência prevista no invocado artigo 12, III, do Decreto n. 1.911/96, eis que ali se trata de apuração da liquidação e certeza de créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades da autarquia, não sendo razoável e plausível conceber que se utilize da via de inscrição em dívida ativa para propor execução fiscal com o fim de obter ressarcimento dos danos causados ao seu patrimônio em virtude de acidente automobilístico".[15]

26. Esta Procuradoria Administrativa também já se posicionou a respeito do tema, ainda que incidentalmente, quando do exame da repactuação de contratos administrativos por força da extinção da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). À indagação sobre a possibilidade de inscrição na dívida ativa dos valores que a Administração viesse a concluir terem sido pagos a maior durante a execução do contrato, a Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos respondeu negativamente, e asseverou: "As indenizações devidas à Fazenda Pública só podem ser inscritas na dívida ativa quando revestidas das características de liquidez e certeza. Aliás, nos termos do Código de Processo Civil, a liquidez e certeza da dívida é requisito essencial do título a ser cobrado mediante ação de execução (art. 586)."

27. De tudo, por não poder ser validamente editado, no caso em exame, o ato administrativo de acertamento e liquidação do crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon), a inscrição como dívida ativa desse crédito e a consequente cobrança pela via da execução fiscal não me parecem cabíveis. A propositura de ação de conhecimento com pedido condenatório em face do empregado público é caminho natural.

Este o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de junho de 2010.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado

[15] STJ – REsp n. 330.703/RS, 1ª Turma, rel. Ministro Garcia Vieira, j. 16.10.2001.

Consultoria

110) Ato Administrativo – Anulação. Provimento. Nomeação

Dada a competência privativa do governador para prover os cargos da Administração Direta do Estado (art. 47, V, CE), também é do chefe do Executivo a competência para invalidar, por vício de nulidade, o provimento de tais cargos. Assim, mesmo quando se entender cabível a anulação da posse – com a consequente declaração da insubsistência da nomeação – a competência para a invalidação será do governador. Quando se constata, posteriormente à posse, que o funcionário não preenche condições de escolaridade e/ou habilitação profissional legalmente exigidas para o provimento do cargo no qual está investido, deve-se proceder à invalidação do ato de nomeação. A anulação da posse, com a consequente declaração da insubsistência da nomeação, deverá se verificar quando os pressupostos fáticos do caso concreto examinado coincidirem, em seus pontos essenciais, com a situação fática versada no Parecer PA-3 n. 79/99 ou no Parecer PA n. 273/2007, nos quais se concluiu, respectivamente, que "os atos de nomeação e posse, se o candidato estiver respondendo a processo administrativo disciplinar, são praticados sob implícita condição resolutiva" e que "também a posse de funcionários que estão sendo processados criminalmente deve ser considerada sob condição resolutiva implícita". (Parecer PA n. 199/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 05.03.2010).

111) Concurso Público – Reserva de vagas. Portadores de deficiência

Visão monocular. Interpretação do artigo 4º do Decreto n. 3.298/1999 dada pelos Tribunais Superiores. Sistema constitucional de proteção à pessoa com deficiência. Aplicação da Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça. Reconhecimento da visão monocular como deficiência passível da proteção ditada pelo artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. (Parecer PA n. 23/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 02.03.2010).

112) Contagem de Tempo

Funcionária que esteve afastada, nos termos dos artigos 65 e 66 do Estatuto, de 21.12.1992 a 31.01.1995, para prestar serviços à empresa Banespa S/A – Serviços Técnicos e Administrativos (Baneser). Período que, nos termos do artigo 81, I, "a" do Estatuto, pode ser computado "para efeito de concessão de adicional por

tempo de serviço, sexta-parte, aposentadoria e disponibilidade". Necessidade, porém, de que a prova de tal tempo de serviço seja feita por meio de certidão emitida pelo INSS. (Parecer PA n. 021/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23.03.2010).

113) Despesa Pública – Adicional de insalubridade

Salário-complemento de categorias profissionais específicas. Decisões judiciais. Vinculação ao salário mínimo. Lei Complementar n. 432/85. Decreto-Lei n. 5.452/43 (CLT). Lei federal n. 4.950-A/66. Impossibilidade. Súmula Vinculante n. 4. Adoção da diretriz jurisprudencial traçada pelo Supremo Tribunal Federal, de fixação do adicional e do piso salarial até a edição de lei tratando dessas matérias. Precedente: Parecer PA n. 225/2008. (Parecer PA n. 26/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 01.04.2010).

114) Inconstitucionalidade – Lei municipal. Drogarias e farmácias. Venda de alheios. Ação direta. Minuta

A Lei municipal de Araraquara n. 6.367/2006, que autoriza e regula a venda de mercadorias alheias e serviços estranhos às atividades sanitárias em farmácias e drogarias, é inconstitucional, por ofensa aos artigos 24, XII, da Constituição Federal e 144 da Carta Estadual. Precedente analisado no Parecer PA n. 277/2007, que examinou lei estadual de teor similar (Lei n. 12.623/2007). Matéria apreciada no Parecer PA n. 146/2009. Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta ao Tribunal de Justiça do Estado. Pedido de medida cautelar. (Parecer PA n. 12/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 28/01/2010 – ADI n. 990.10.057262-8).

115) Licença-prêmio – Servidor regido pela Lei estadual n. 500, de 13.11.1974

Concessão do benefício quando ocupante de cargo em comissão (arts. 16, I, e 20, I da LC n. 180, de 12.05.1978). Precedente: Parecer PA-3 n. 55/97. Artigos 181, IX e 209 e seguintes da Lei n. 10.261, de 28.10.1968. Estatuto dos Funcionários Públicos (EFP). Lei Complementar n. 1.048, de 10.06.2008. Restrita a possibilidade de fruição, que se admite apenas no vínculo estatutário: artigo 47 da Lei n. 500. Súmula de Uniformização de Jurisprudência Administrativa n. 21 e artigo 2º da Lei Complementar n. 1.048/2008. (Parecer PA n. 161/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 16.12.2009).

116) Parceria – Entidade privada de apoio à Administração Pública

Previsão estatutária de indicação de representantes do Estado para participar da gestão do ente. Impossibilidade

de participação de agentes públicos como representantes do Estado. Princípio da legalidade. Questão apreciada no precedente Parecer PA n. 229/2008. Reafirmação de seus termos. (Parecer PA n. 150/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23.03.2010).

117) Previdência Social

Os servidores públicos contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho submetem-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), previsto no artigo 201 da Constituição Federal. Não se aplica a tal categoria de servidores o Regime Próprio de Previdência Social previsto no artigo 40 da Carta Magna. (Parecer PA n. 210/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 03.03.2010).

118) Previdência Social – Polícia Militar. Pensão mensal. Direito adquirido

Exame da situação dos contribuintes facultativos da Caixa Beneficente da Polícia Militar do Estado, em face da revogação expressa do dispositivo legal que lhes servia de arrimo (art. 7º da Lei n. 452/74) pela Lei Complementar n. 1.013/2007. Revogação que, na verdade, já houvera ocorrido tacitamente, desde o advento da Emenda Constitucional n. 20/98 (Reforma da Previdência). Extinção da categoria de segurados facultativos do Regime Próprio de Previdência dos Militares (RPPM) paulista a partir de 15.12.1998, não havendo direito adquirido a ser resguardado, mesmo no tocante aos inscritos na CBPM antes dessa data. Dever de restituição das quantias recolhidas a título de contribuição previdenciária pelos segurados facultativos, desde a assunção dessa condição (inscrição), em face do princípio da moralidade administrativa e seus consectários (boa-fé e vedação ao enriquecimento sem causa). Condições. Revisão das pensões mensais concedidas após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/98. Ratificação da orientação expendida ao ensejo do Parecer PA n. 85/09, prolatado a propósito de situação análoga (contribuintes facultativos do Regime Próprio dos Servidores Públicos – RPPS). (Parecer PA n. 2/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 17.02.2010).

119) Previdência Social – Regime próprio. Contribuintes facultativos

Questão analisada no precedente Parecer PA n. 85/2009. Prescrição. Dívida passiva da Fazenda Pública. Em caso de reparação civil e de ressarcimento de enriquecimento sem causa, o prazo de prescrição é o do artigo 206, parágrafo 3º, incisos IV e V, do Código Civil. Derrogação, nesses casos, do prazo quinquenal fixado no Decreto n. 20.910/1932. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. (Parecer PA n. 15/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 12.02.2010).

120) Processo Administrativo Disciplinar – Reintegração judicial

Processo Administrativo Revisional n. 2-01/2005. Constituição Federal, artigos 41, parágrafo 2º, e 8º do ADCT. Constituição Estadual, artigos 136 e 138, parágrafo 3º. Lei estadual n. 10.261, de 28.10.1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos), artigos 30 a 32. Lei Complementar n. 180, de 12.05.1980, artigos 31 a 33. Precedentes: Pareceres PA ns. 253/2003 e 11/2005. Administrativa – recurso, pedido de reconsideração ou revisão providos administrativamente, ou por revisão de ofício (Súmula 473 do STF). Pareceres PA ns. 172/2006 e 93/2007. Investigadores de polícia. Revisão. Artigos 122 a 128 da Lei Complementar estadual n. 207, de 05.01.1979. Lei Orgânica da Polícia (LOP), com a redação dada pela Lei Complementar n. 922, de 02.07.2002. Reintegração em decorrência de vício insanável do procedimento (art. 122, *caput*, da LOP). Pena disciplinar tornada sem efeito. Recomposição integral, efeitos *ex tunc*. Precedentes: Pareceres PA-3 n. 98/2001, PA ns. 405/2004 e 93/2007. Prescrição. Constituição Federal, artigos 5º, XXXV e 37, *caput*, parágrafos 5º e 6º. Constituição do Estado, artigo 111. Suspensão (art. 4º, parágrafo único, do Dec. federal n. 20.910, de 06.01.1932). Pareceres PA ns. 25 e 26 de 2005 e 298/2006). Imprescritibilidade para a declaração de nulidade absoluta. Prazo quinquenal para efeitos pecuniários (pretensões condenatórias: Súmulas ns. 443 do STF e 85 do STJ), salvo prazo mais benéfico em favor da Fazenda Pública. Princípios da segurança jurídica e da estabilidade, da supremacia do interesse público e da razoabilidade. Renúncia por parte da Administração depende sempre de lei autorizadora. Princípio da indisponibilidade do interesse público. Precedentes: Pareceres PA ns. 5 e 136/2003. Desnecessidade de submissão ao governador, tratando-se de pagamento de vencimentos atrasados, e não de indenização. Parecer AJG n. 1.308/2006. Observação atinente a atenção especial para Recurso em Mandado de Segurança n. 156.418-0/1-00, em face da possível violação de princípios constitucionais (CF, art. 37; CE, art. 111), de disposição expressa de lei (§ 4º do art. 14 da Lei n. 12.016, de 07.08.2009) e jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça. (Parecer PA n. 18/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 18.03.2010).

121) Terceirização – Contrato de prestação de serviços de transporte

Locação de veículos com motoristas. Questão analisada no precedente Parecer PA n. 203/2002. Reiteração de seus termos. (Parecer PA n. 203/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 29.01.2010).

122) Torneio Metropolitano de Canoagem Maratona – Convênio

Artigo 116 da Lei federal 8.666, de 21.06.1993. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Decreto estadual 52.418, de 28.11.2007.

Transferência voluntária de Recursos. Programa "São Paulo: Do Lazer e do Esporte Total". Ação: "Campanhas e Captação de Eventos Esportivos para São Paulo". Plano Plurianual (PPA) 2008/2011. Lei estadual n. 13.123, de 08.07.2008. Eleições. Período eleitoral. Condutas vedadas. Lei federal n. 9.504, de 30.09.1997, alterada pelas Leis ns. 11.300, de 10.05.2006, e 12.034, de 29.09.2009, artigos 73 a 78. Instrução 131, Classe 19ª. Resolução n. 23.191 do Tribunal Superior Eleitoral. Lei Complementar federal n. 101, de 04.05.2000. Lei de Responsabilidade Fiscal, artigos 21, parágrafo único, e 42. Precedentes: Pareceres PA n. 169/2009 e GPG/CONS n. 4/2010. Conveniência de ser feita consulta ao Tribunal Regional Eleitoral, em face das consequências que podem advir na hipótese de se considerar que a celebração está abrangida pelas vedações estipuladas no artigo 73 da Lei n. 9.504, seja no inciso VI, seja no parágrafo 10 (suspensão da atividade, multa, cassação de registro ou do diploma, inelegibilidade e improbidade administrativa). Entendimento de que se trata de hipótese distinta e pode o Estado celebrar o ajuste com a associação, pois o inciso VI não abrange associações privadas, e não se trata de distribuição gratuita de bens e serviços, como referido no parágrafo 10, afastada também a incidência da conduta vedada referida no inciso IV do artigo 73, especialmente em face do disposto na cláusula 9ª da minuta-padrão de convênio, que guarda conformidade com o disposto no parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal. (Parecer PA n. 46/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 14.04.2010).

123) Tributário – Repetição de indébito. Taxa judicial. Custas e emolumentos

Reiteram-se as conclusões adiantadas no Parecer PA n. 323/2006. Nesse sentido, as custas e emolumentos pagos pelos usuários de serviços cartoriais constituem tributo, da espécie taxa (Parecer PA-3 n. 50/98). Sua receita, num primeiro momento, pertence ao Estado, que transfere uma parte ao particular que, na condição de agente delegado, do ponto de vista administrativo, os exerce, ainda que, *de facto*, ele retenha consigo essa parte dos rendimentos. Se houver repasse a maior ao Estado, não se trata de pagamento indevido de tributo por contribuinte ou responsável, a ensejar a repetição de indébito tributário, mas mero enriquecimento sem causa, a ser tratado pelas normas próprias do direito civil e do direito financeiro. Circunstância excepcional, na hipótese, de pedido de restituição formulado por ex-interventor e ex-responsável (em conjunto com outro) de serventia de foro judicial ainda não oficializada, porquanto seu antigo titular valeu-se da regra do artigo 31 do ADCT. Mostra-se inadmissível estender-se, nesses casos, a interventores e responsáveis, um direito que o legislador constituinte outorgou apenas aos que eram titulares de cartórios do foro judicial à época em que a Carta de

1988 entrou em vigor, o que – aliado ao fato de o interessado não ter sido o único que fora designado interventor e responsável – tornaria impossível, se devida, a devolução do total postulado neste processo. De outra parte, desde a demissão do antigo titular, o cartório já se devia ter por estatizado, a teor do artigo 11 da Lei estadual n. 4.952, de 27.12.1985 – sendo que o Provimento do Conselho Superior de Magistratura (previsto no parágrafo único desse dispositivo), para tais efeitos, configura ato declaratório, com eficácia retroativa –, de tal modo que as custas e emolumentos tinham de ser, desde então, recolhidas ao erário, conforme prescreve o artigo 9º, parágrafo 2º, do referido diploma legal. Pela improcedência do pleito repetitório. (Parecer PA n. 73/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 05.03.2010).

124) Tributário – Taxa de prevenção e extinção de incêndio

É lícita, em tese, a cobrança contra o Estado, pelos Municípios, de taxa de prevenção e extinção de incêndios, pois remunera serviços garantidores do uso seguro de edificações, predominantemente de interesse local, e que não se confundem com as atividades de defesa civil levadas a cabo pelos Corpos de Bombeiros. A incidência do tributo não se afasta pela existência de convênios de colaboração celebrados pela Secretaria da Segurança Pública com as Prefeituras Municipais. Precedente: Parecer PA n. 191/2009. (Parecer PA n. 5/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 27.01.2010).

125) Vantagens Pecuniárias – Licença-prêmio em pecúnia

Nem mesmo o Poder Judiciário pode conceder vantagens funcionais além das previstas em lei, a pretexto de reparar suposta injustiça. O Supremo Tribunal Federal vem albergando tal orientação jurídica desde a edição da Súmula n. 339, assim redigida: "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia". Assim sendo, a pretensão de que os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão ou aqueles admitidos nos termos da Lei n. 500/74, afastados para exercer cargos em comissão junto às Secretarias da Fazenda ou do Planejamento, possam se beneficiar do artigo 14 da Lei Complementar n. 1.079/2008, só poderá ser alcançada mediante alteração legislativa. (Parecer PA n. 133/2009 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16.03.2010).

Ementário Judicial

126) Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Decisão que determina a subida do recurso especial inadmitido. Artigo 258, parágrafo 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Não incidência. Requisitos formais preenchidos. Agravo não conhecido

1. Não é cabível agravo regimental contra decisão do relator que, dando provimento ao agravo, nos termos do artigo 258, parágrafo 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, determina a subida do recurso especial inadmitido na origem. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, entretanto, tem entendido ser cabível a interposição de agravo regimental, quando a irresignação do recurso referir-se aos requisitos de admissibilidade do próprio agravo de instrumento. 3. A alegação de intempestividade do recurso especial não se refere à regularidade do agravo de instrumento. 4. Agravo regimental não conhecido. (STJ – AgR AI n. 1.161.253/SP (2009/0037828-7) – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 10.11.2009).

127) Agravo Regimental – Agravo de instrumento. Recurso especial. Reabertura de prazo. Informações prestadas via internet. Natureza meramente informativa. Ausência de justa causa

As informações prestadas via internet têm natureza meramente informativa, não possuindo, portanto, caráter oficial. Assim, eventual erro ocorrido na divulgação destas informações não configura justa causa para efeito de reabertura de prazo, nos moldes do artigo 183, parágrafo 1°, do Código de Processo Civil. (EREsp n. 503.761/DF, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ*, de 14.11.2005). Agravo regimental improvido. (STJ – AgR AI n. 1.207.081/RJ (2009/0174780-9) – Rel. Min. Sidnei Beneti – j. 24.11.2009).

128) Civil e Processual – Execução movida contra filha que possui 16 % da cota parte de imóvel. Bem de família. Viúva meeira e filhos. Embargos de terceiros. Lei n. 8.009/90 suscitada pelos recorrentes. Rejeição nos embargos à execução da executada. Inocorrência de preclusão. Recorrentes não faziam parte no processo de embargos à execução. Possibilidade. Recurso especial provido

I. Inobstante afastada pela instância ordinária a aplicação da Lei n. 8.009/90 à penhora havida nos autos da execução movida à filha da viúva meeira deste imóvel, tem-se que a questão pode ser reavivada em embargos de terceiro opostos pela própria viúva e demais filhos, que não integravam aquele processo.

II. Proteção que atinge a inteireza do bem, a fim de evitar a frustração do escopo da Lei n. 8.009/90, que é a de evitar o desaparecimento material do lar que abriga a família. III. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.105.725/RS (2008/0252865-9) – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 22.06.2010).

129) Direito Processual Civil – Decisão concessiva de pedido liminar. Agravo de instrumento. Ação principal sentenciada. Perda de objeto. Agravo que discute também questão relacionada às condições da ação. Irrelevância

Em regra, sentenciada a ação principal, perde o objeto o agravo de instrumento interposto contra a decisão que concede ou nega a antecipação dos efeitos da tutela ou o pedido liminar. Precedentes. Nessa circunstância, é irrelevante o fato do agravo de instrumento insurgir-se também contra alguma das condições da ação, pois essa matéria pode ser devolvida ao Tribunal em sede de preliminar na apelação. Ademais, em se tratando de questão relativa às condições da ação, cognoscível de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição nos termos do artigo 267, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, mesmo que não tenha sido incluída nas razões daquele recurso, poderá ser levada posteriormente ao conhecimento do Tribunal. Não há, pois, que se cogitar de cerceamento de defesa. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 1.074.149/RJ (2008/0154471-9) – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 01.12.2009).

130) Embargos de Divergência – Embargos do devedor. Sentença após o advento da Lei n. 11.232/2005. Apelação. Cabimento. Aplicação do princípio da fungibilidade. Possibilidade. Dúvida objetiva. Caracterização. Embargos providos

1. Se, no bojo de embargos à execução ajuizados antes do advento da Lei n. 11.232/2005, é prolatada sentença posteriormente a esse novel diploma, a via recursal adequada para elevar a causa à instância *ad quem* é a apelação, e não o agravo de instrumento. 2. Ante a inexistência de erro grosseiro, é admissível a aplicação do princípio da fungibilidade para apreciar como apelação eventual agravo de instrumento interposto na hipótese acima. 3. Embargos de divergência providos. (STJ – EREsp n. 1.043.016/SP (2008/0159648-1) – Rel. Min. Massami Uyeda – j. 10.03.2010).

131) Processual – Agravo regimental em face de acórdão que julgou recurso especial. Colegiado. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Não conhecimento

1. A interposição de agravo regimental contra decisão colegiada constitui erro grosseiro e inescusável, tendo em vista sua previsão exclusiva para atacar decisão monocrática do relator, o que obsta a aplicação do princípio

da fungibilidade recursal. Precedentes jurisprudenciais desta Corte: AA REsp n. 503303/PR, desta relatoria, *DJ*, de 13.10.2003; AI REsp n. 403345/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ*, de 09.12.2002; AD REsp n. 329428/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ*, de 02/09/2002; AI REsp n. 251832/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ*, de 13.08.2001 e AgR ED AI n. 186.620, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ*, de 11.06.2000. 2. Agravo Regimental não conhecido. (STJ – AgR REsp n. 915.907/SC (2007/0002990-4) – Rel. Min. Luiz Fux – j. 17.11.2009).

132) Processual Civil – Agravo regimental em agravo de instrumento. Instrução deficiente. Ausência de inteiro teor do acórdão recorrido (art. 544, § 1º, do CPC)

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é dever do agravante zelar pela correta formação do instrumento de agravo, apresentando juntamente com a petição recursal o inteiro teor das peças obrigatórias de que trata o artigo 544, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, pois a ausência de qualquer delas leva ao não conhecimento do agravo, sendo inviável sanar eventual irregularidade nesta instância excepcional. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgR AI n. 1.254.837/MG (2009/0223462-2) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 09.03.2010).

133) Processual Civil – Desconsideração da personalidade jurídica. Ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. Não ocorrência. Artigos 125, I, do Código de Processo Civil, 20 do Código Civil de 1916, 3º, parágrafo 2º, e 10 do Decreto n. 3.708/1919, 6º da Lei de Introção ao Código Civil. Incidência das Súmulas ns. 182 e 211 do STJ e 284 do STF. Legitimidade ativa da sociedade. Existência

1. Não há por que falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Incidem as Súmulas ns. 182 do STJ e 284 do STF na hipótese em que a argumentação veiculada no recurso não guarda correlação com o fundamento utilizado na decisão recorrida. 3. Desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade, tem ela, assim como os respectivos sócios, interesse de recorrer do correspondente decisório. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ – REsp n. 715.231/SP (2005/0000607-2) – Rel. Min. João Otávio de Noronha – j. 09.02.2010).

134) Processual Civil – Lei n. 11.232, de 23.12.2005. Cumprimento da sentença. Execução por quantia certa. Juízo competente. Artigo 475-P, inciso II e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Termo inicial do prazo de 15 dias. Intimação na pessoa do advogado pela publicação na

imprensa oficial. Artigo 475-J do Código de Processo Civil. Multa. Juros compensatórios. Inexigibilidade

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o artigo 475-J combinado com os artigos 475-B e 614, II, todos do Código de Processo Civil, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada. 2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% prevista no artigo 475-J, *caput*, do Código de Processo Civil. 3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no primeiro grau de jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado. 4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ – REsp n. 940.274/MS (2007/0077946-1) – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – Rel. p/Acórdão Min. João Otávio de Noronha – j. 07.04.2010).

135) Processual Civil – Recurso especial. Ação declaratória de nulidade de alteração contratual. Acórdão recorrido. Reforma da sentença por maioria de votos. Extinção do feito sem resolução de mérito. Não cabimento de embargos infringentes. Artigo 530 do Código de Processo Civil. Interesse processual. Existência. Distinção entre interesse substancial e processual. Incursão da corte de origem no mérito da demanda. Ofensa ao artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Preliminar de ausência de condições da ação que há de ser afastada. Retorno dos autos à origem

1. À luz do artigo 530 do Código de Processo Civil, não é suscetível à interposição de embargos infringentes o acórdão que, por maioria de votos, extingue o processo sem resolução de mérito (Precedentes: AgR REsp n. 890246/MA, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe*, de 11/09/2008; e REsp n. 923805/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, *DJe*, de 30.06.2008). 2. A motivação contrária ao interesse da parte ou mesmo omissa

em relação a pontos considerados irrelevantes pelo *decisum* não se traduz em ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil. 3. A ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 4. O interesse de agir ou interesse processual, como condição da ação, não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir é instrumental e secundário, surge da necessidade da parte de obter através da tutela judicial a proteção a seu interesse substancial. 5. Segundo a doutrina especializada: "Haverá o interesse processual sempre que o provimento jurisdicional pedido for o único caminho para tentar obtê-lo e tiver aptidão a propiciá-lo àquele que o pretende. Depois, quando reconhecida existência do interesse de agir, o juiz conceder-lhe-á ou não o bem da vida, conforme o caso (e essa será a decisão de mérito)." (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 309-310). 6. ***In casu***, é inequívoco o interesse de agir dos autores da demanda anulatória, herdeiros do falecido sócio da H&B Incorporadora de Imóveis Ltda., vez que fundada sua pretensão no reconhecimento da nulidade da alteração contratual da empresa, levada a registro pelo sócio remanescente, que o fez com esteio em documentos que se verificaram fraudulentos. 7. A aferição da ocorrência ou não da apontada falsificação documental, bem como do alcance dos efeitos oriundos da nulidade eventualmente constatada, é matéria que escapa à preliminar verificação pelo julgador do preenchimento das condições da ação, sendo indevida a extinção do feito sem resolução do mérito, quando a razão para tal resulta do exame do conteúdo meritório da própria demanda. 8. A verificação acerca da correspondência da situação jurídica descrita pelo autor à verdade, bem como a aferição do potencial protetivo da ordem jurídica para a posição afirmada pelo mesmo, consiste no próprio mérito da demanda, ou seja, no interesse substancial que, por óbvio, não pode ser confundido com o interesse processual. 9. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à origem, para prosseguimento do julgamento das demais matérias veiculadas em sede de apelação. (STJ – REsp n. 1.051.376/DF (2008/0089516-0) –Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 03.12.2009).

136) Processual civil – Recurso especial. Ação de execução. Penhora em conta corrente. Valor relativo à restituição de imposto de renda. Vencimentos. Caráter alimentar. Impenhorabilidade. Artigo 649, IV, do Código de Processo Civil

Trata-se de ação de execução, na qual foi penhorada, em conta bancária, quantia referente à restituição do imposto de renda. A devolução do imposto de renda retido ao contribuinte

não descaracteriza a natureza alimentar dos valores a serem devolvidos, quanto se trata de desconto parcial do seu salário. É impenhorável o valor depositado em conta bancária, referente à restituição do imposto de renda, cuja origem advém das receitas compreendidas no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil. A verba relativa à restituição do imposto de renda perde seu caráter alimentar, tornando-se penhorável, quando entra na esfera de disponibilidade do devedor. Em observância ao princípio da efetividade, mostra-se desrazoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor seja impossibilitado de obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, gozam de impenhorabilidade absoluta. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 1.150.738/MG (2009/0143763-6) – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 20.05.2010).

137) Processual civil – Recurso especial. Agravo retido. Necessidade de interposição oral e imediata contra decisões proferidas em audiência de instrução. Exigência criada pela Lei n. 11.187/2005. Decisão proferida durante o período de vacatio legis desse diploma. Inaplicabilidade da nova redação do parágrafo 3º do artigo 523 do Código de Processo Civil

Apenas com a entrada em vigor da Lei n. 11.157/2005, que trouxe nova redação ao parágrafo 3º do artigo 523 do Código de Processo Civil, apresenta-se obrigatória a interposição oral e imediata do recurso de agravo retido contra decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução. Não se aplica a exigência de interposição oral e imediata do agravo retido na hipótese em que a decisão interlocutória impugnada foi proferida em audiência realizada antes da vigência da Lei n. 11.187/2005. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 894.507/DF (2006/0229171-0) – Rel. Min. Nancy Andrighi – j. 17.12.2009).

138) Processual Civil – Recurso especial. Embargos de terceiro. Penhora de elevadores de hotel. Impossibilidade

I. É inadmissível a penhora de elevadores de imóvel em que funciona um hotel, porquanto, além de estarem incorporados à estrutura do prédio, são bens essenciais para a realização da atividade e o seu desligamento importará em inviabilidade da própria utilização do bem, como um todo. II. Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, desconstituir a penhora efetuada. (STJ – REsp n. 786.292/RJ (2005/0165382-6) – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – j. 20.04.2010).

139) Processual Civil – Recurso especial. Execução provisória. Conversão do arresto em penhora por oficial de justiça. Desne-

cessidade da lavratura de auto de penhora. Artigo 475-J, parágrafo 1º do Código de Processo Civil. Ausência de violação. Ciência inequívoca do executado acerca da constrição

1. Promovida a conversão do arresto em penhora por oficial de justiça, e tendo o executado ciência inequívoca da prática do referido ato, torna-se despicienda, ante sua inutilidade para o processo, a lavratura do auto de penhora, vez que já constituída a mesma pela mencionada conversão. 2. O artigo 475-J, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil não estipula obrigatoriedade da lavratura do auto de penhora, estabelece apenas que, em havendo prática do referido ato, deve dele ser intimado o executado, na pessoa de seu advogado ou representante legal, para que, querendo, ofereça impugnação, no prazo de quinze dias. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – REsp n. 1.162.144/MG (2009/0201024-2) – Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina – j. 06.05.2010).

140) Questão de Ordem – Repercussão geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental

1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no parágrafo 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, aplica decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do Supremo Tribunal Federal, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao Supremo Tribunal Federal apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem. (STF – QO AI n. 760.358/SE 0 – Tribunal Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 19.11.2009 – *DJe*, de 18.02.2010).

Ementário Judicial Tributário-Fiscal

141) Administrativo – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Artigo 248 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Infração administrativa. Prescrição. Inaplicabilidade do artigo 226 do Estatuto

1. O artigo 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina seja aplicado o Código Penal aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente ali definidos. 2. O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o mencionado dispositivo, aplica as regras do Código Penal quanto à prescrição das medidas socioeducativas. 3. As infrações administrativas, tipificada no artigo 258 do ECA, diferentemente, por falta de previsão legal expressa, não seguem as regras do Código Penal. 4. Em se tratando de sanção administrativa, a multa imposta por força do artigo 258 do ECA segue as regras de direito administrativo e não penal, sendo quinquenal o prazo prescricional. Precedentes da Seção de Direito Público (REsp n. 820.364/RN, desta relatora, *DJ*, de 11.09.2007 e REsp n. 850.227/RN, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 27.02.2008). 5. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 898.568/RN (2006/0238160-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 05.05.2009).

142) Apelação – Mandado de Segurança

Liberação de veículo independentemente do pagamento da multa e das custas de estadia. Ordem concedida em primeiro grau. Decisório que não merece subsistir. Apreensão que não caracterizou ilegalidade ou abuso de poder. Prova preconstituída incapaz de demonstrar o direito alegado. Evidente ausência de direito líquido e certo a amparar a concessão da segurança. Reexame necessário (pertinente na espécie) e recurso de apelação providos. (TJSP – Apelação n. 861.918.5/7-00 – 8ª Câmara de Direito Público – Rel. Rubens Rihl – j. 25.03.2009).

143) Conflito de Competência – Falsidade praticada com o fim exclusivo de lesar o Fisco, viabilizando a sonegação do tributo. Absorção

1. Cometida a conduta descrita no artigo 299 do Código Penal com a finalidade de suprimir ou reduzir tributo, fica absorvido o delito de falsidade eventualmente perpetrado, pois praticado como meio para a consecução do crime-fim (sonegação fiscal). *Crime contra a ordem tributária*. Artigo 1º da Lei n. 8.137/90. Delito material. Consumação. Local do efetivo prejuízo sofrido pelo Fisco. 1. Tratando-se a infração penal prevista no artigo 1º da Lei n. 8.137/90 de delito material, sua consumação ocorrerá no local em que se verificou o prejuízo provocado pelo crime. 2. Conflito conhecido

para declarar-se competente o Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo, o suscitado. (STJ – CC n. 102.866/PR (2009/0017159-1) – j. 25.03.2009 – Rel. Min. Jorge Mussi).

144) ICMS – Serviços públicos estaduais próprios, delegados, terceirizados ou privatizados de água, luz, telefone e gás. Igrejas e templos de qualquer crença. Contas. Afastamento. "Guerra fiscal". Ausência de configuração

Longe fica de exigir consenso dos Estados a outorga de benefício a igrejas e templos de qualquer crença para excluir o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas contas de serviços públicos de água, luz, telefone e gás. (STF – ADI n. 3.421/PR – Tribunal Pleno – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 05.05.2010). *DJe*, de 27.05.2010.

145) Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – Isenção. Crédito. Anulação. Regra versus exceção

Consoante dispõe o parágrafo 2º do artigo 155 da Carta da República, a isenção ou a não incidência acarretam, em regra, a anulação do crédito referente a operações anteriores, devendo a exceção estar prevista expressamente em lei. *Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Isenção. Crédito. Substituição tributária. Inteligência do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal*. Em direito, descabe confundir institutos, expressões e vocábulos. O preceito da alínea "b" do inciso II do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal não é afastado ante a circunstância de o contribuinte atuar, em fase toda própria, inconfundível com a responsabilidade tributária direta, como substituto tributário, cumprindo perquirir a existência ou não de recolhimento do imposto, na primeira condição, quando da saída final do produto. (STF – RE n. 199.147/RJ – Tribunal Pleno – Rel. Min. Nelson Jobim – Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio – j. 16.04.2008). *DJe*, de 13.11.2008.

146) Mandado de Segurança – Compensação do débito tributário. Impossibilidade

Pretendida a compensação do débito tributário com os créditos decorrentes de cessão (precatórios judiciais) para fins de adesão ao PPI do ICMS. Impossibilidade. Ausência de direito líquido e certo. Inteligência dos artigos 78, parágrafo 2º, do ADCT e 170 do Código Tributário Nacional. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação com revisão n. 815.887.5/2-00 – 1ª Câmara de Direito Público –Rel. Danilo Panizza – j. 24.03.2009).

147) Mandado de Segurança – Substituição tributária. Revenda de automóveis

Alegação de valores restituíveis, recolhidos a maior por conta da divergência entre a base de cálculo presumida

e a efetivada no momento da operação tributada. Alegação, ainda, de inconstitucionalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Pretensão ao creditamento de tais importâncias e à possibilidade de posterior transferência ao substituído. Sentença de improcedência. Apelo do impetrante. Impossibilidade do creditamento. Ausência do direito postulado. Ilegitimidade ativa para pleitear restituição de valores com base na inconstitucionalidade da inclusão do IPI na base de cálculo, quando, em princípio, o encargo tributário é repassado ao consumidor final. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Apelação com Revisão n. 4456275500/Mauá – 9ª Câmara de Direito Público – Rel. João Carlos Garcia – j. 11.03.2009).

148) Processual Civil e Tributário – Apresentação de créditos na falência. Prestação de contas apresentada pelo síndico. Créditos tributários de pequeno valor. Habilitação. Caso concreto. Possibilidade

1. Não viola o artigo 535 do Código de Processo Civil o acórdão que soluciona a controvérsia com base em fundamento prejudicial ao ponto sobre o qual não houve enfrentamento no âmbito do Tribunal de origem. 2. Os artigos 187 e 29 da Lei n. 6.830/80 não representam um óbice à habilitação de créditos tributários no concurso de credores da falência; tratam, na verdade, de uma prerrogativa da entidade pública em poder optar entre o pagamento do crédito pelo rito da execução fiscal ou mediante habilitação do crédito. 3. Escolhendo um rito, ocorre a renúncia da utilização do outro, não se admitindo uma garantia dúplice. Precedentes. 4. O fato de permitir-se a habilitação do crédito tributário em processo de falência não significa admitir o requerimento de quebra por parte da Fazenda Pública. 5. No caso, busca-se o pagamento de créditos da União, representados por 11 (onze) inscrições em dívida ativa, que, todavia, em sua maioria, não foram objeto de execução fiscal em razão de seu valor. Diante dessa circunstância, seria desarrazoado exigir que a Fazenda Nacional extraísse as competentes CDAs e promovesse as respectivas execuções fiscais para cobrar valores que, por razões de política fiscal, não são ajuizáveis (Lei n. 10.522/2002, art. 20), ainda mais quando o processo já se encontra na fase de prestação de contas pelo síndico. 6. Determinação de retorno dos autos ao Tribunal de origem para verificação da suficiência e validade da documentação acostada pela Procuradoria da Fazenda Nacional para fazer prova de seu pretenso crédito. 7. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.103.405/MG (2008/0244823-0) – Rel. Min. Castro Meira – j. 02.04.2009).

149) Processual Civil e Tributário – Base de cálculo do ICMS. Exportação. *Quantum*. Valor recebido pelo vendedor. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

1. O valor da operação deve ser entendido como o valor do câmbio do

dia do fechamento do contrato e recebimento do numerário, e não o valor do câmbio no dia da saída da mercadoria. 2. Ajustado o preço, esta é a base de cálculo do tributo. Incabível a correção cambial para o dia da saída do produto, porque se constitui apropriação da variação cambial pelo Fisco. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ – AgR REsp n. 925.231/RS (2007/0028694-3) – Rel. Min. Humberto Martins – j. 20.11.2008).

150) Processual Civil e Tributário – Embargos de declaração. ICMS. Embargos à execução fiscal. Majoração de alíquota de 17% para 18% declarada inconstitucional. Exclusão da alíquota majorada. Validade da CDA. Contradição. Equívoco na parte dispositiva

1. Esta Corte entende que a exclusão da CDA do percentual equivalente à majoração da alíquota de ICMS declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não implica em sua nulidade, sendo perfeitamente destacável do valor excutido. Precedentes. 2. Constatada a existência de contradição na parte dispositiva do julgado, merecem acolhida os embargos de declaração, para sanar equívoco, a fim de que conste "recurso especial parcialmente provido, somente para declarar a nulidade da CDA na parte em que visa à cobrança da inconstitucional majoração do ICMS" ao invés de "recurso especial provido". 3. Embargos de declaração acolhidos. (STJ – EREsp n. 855.017/SP (2006/0132823-6) – Rel. Min. Eliana Calmon – j. 02.04.2009).

151) Recurso Especial – Tributário. ICMS. Creditamento. Mercadorias alheias à atividade-fim do contribuinte. Impossibilidade

1. "Esta Corte tem-se manifestado no sentido da possibilidade de creditamento dos valores despendidos para aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado. Todavia, a hipótese dos autos se subsume à exceção prevista no parágrafo 1º do artigo 20 da Lei Complementar n. 87/96, pois os bens adquiridos pelo executado foram empregados na construção do prédio onde funciona o hipermercado. Neste caso, por serem aplicados em atividade alheia à finalidade da empresa, a aquisição dos referidos bens não dão direito ao creditamento pretendido" (REsp n. 860.701/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ*, de 17.5.2007). 2. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.062.839/RS (2008/0118607-3) – Rel. Min. Denise Arruda – j. 10.02.2009).

152) Substituição Tributária

Transferência de créditos de ICMS, para fins de ressarcimento de valor pago a maior, sem a prévia fiscalização do Fisco, nos termos do Decreto n. 41. 653/97 Inadmissibilidade de transferência da totalidade do crédito ao sujeito passivo por substituição sem a comprovação de impossibilidade de utilização do imposto pelo próprio contribuinte e sem a obediência do parcelamento estabelecido pelo referido Decreto. Recursos oficial e da Fazenda do Estado providos. (TJSP –

Apelação com Revisão n. 3242185600/São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Rel. Antonio Carlos Malheiros – j. 16.12.2008).

153) Tributário e Processual Civil – Recurso Especial. Cessão de direito sobre crédito-prêmio de IPI. Inclusão de empresas cessionárias no polo ativo da execução da sentença. Ação ordinária (declaratória) transitada em julgado. Impossibilidade. Ausência de consentimento expresso da Fazenda. Não configuração da preclusão *pro judicato*

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por União Com. Imp. Exp. Ltda. em face de decisão do juízo singular que indeferiu pedido de inclusão, no polo ativo da execução da sentença proferida na Ação Ordinária n. 89.00.13622-4, de empresas cessionárias de direitos de créditos-prêmio de IPI reconhecidos em decisão judicial. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento ao agravo. Recurso especial da empresa apontando violação dos artigos 471, 473 567, II, e 42, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil além de dissídio pretoriano. A empresa recorrente, cessionária dos direitos reconhecidos referentes ao crédito-prêmio de IPI, invoca, primeiro, violação do artigo 567, II, do Código de Processo Civil, afirmando que como se cuida de execução de título judicial, a questão atinente à substituição processual pleiteada há de ser definida na forma do preceito citado e, segundo, alega nulidade da decisão que revogou o decisório que deferiu a substituição processual, sustentando, nesse âmbito, violação dos artigos 471 e 473, do Código de Processo Civil. 2. O objeto de discussão no recurso especial é a possibilidade de inclusão da empresa cessionária no polo ativo da execução de sentença já transitada em julgado. Pretende futuramente proceder à compensação dos valores próprios que lhe foram cedidos (créditos-prêmio de IPI) com débitos de terceiros. Alega-se, ainda, afronta aos artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil por configuração da preclusão *pro judicato*. 3. O artigo 567, inciso II, deve ser interpretado e aplicado em harmonia com o artigo 42, parágrafo 1º, ambos do Código de Processo Civil. A regra do artigo 42, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil só pode ser afastada quando a cessão for efetivada antes do ajuizamento da demanda, caso em que o cessionário detém legitimidade ativa para ingressar em juízo porque lhe foram transferidos, com a cessão, todos os direitos, ações e pretensões pertencentes aos cedentes. 4. O cessionário de crédito reconhecido por sentença transitada em julgado só pode promover execução de decisão contra a Fazenda Pública se esta consentir expressamente com a cessão. 5. Apreciando caso similar, oriundo da mesma Ação Ordinária n. 89.00.13622-4, a 1ª Turma desta Corte negou provimento ao Recurso Especial n. 803.629/RS, recorrente Indústria de Calçados Cairú Ltda - Massa Falida e

outros, *DJ*, de 26.06.2006, não permitindo a inclusão das cessionárias no polo ativo da ação executiva. 6. Precedentes: REsp n. 962.096/RS, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. 04.10.2007; REsp n. 803.629/RS, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, *DJ*, de 26.06.2006; REsp n. 331.369/SP, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, *DJ*, de 05.11.2001. 7. Afasta-se o entendimento adotado nesta decisão quando há autorização constitucional para a cessão. 8. A conclusão final do voto condutor do julgamento do Tribunal *a quo* é da inexistência de prova robusta nos autos no sentido de indicar a existência concreta do crédito cedido, por meio de elementos contábeis incontroversos, submetidos à perícia judicial, de molde a evidenciar a verossimilhança inconteste do interesse postulado no processo. 9. Não procede a insurgência recursal atinente à invocada nulidade da decisão que revogou a decisão deferitória da substituição processual por violação dos artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil. Conforme salientado no acórdão impugnado, "não há falar em preclusão *pro judicato*, pois não é impossível ao julgador a revogação da decisão anteriormente dispondo sobre a viabilidade das substituições processuais, porque se trata de questão de ordem pública, sem olvidar, nos termos do artigo 473 do Código de Processo Civil, tal instituto é aplicável somente entre as partes, não se estendendo ao julgador, quando mais se utiliza do poder de cautela para tutelar o interesse público". 10. Recurso especial não provido. (STJ – REsp n. 955.005/RS (2007/0119099-0) – Rel. Min. José Delgado – j. 26.02.2008).

154) Tributário – ICMS. Mandado de segurança. Representante do Estado. Intimação pessoal. Aquisição de energia elétrica. Creditamento. Empresa de telecomunicação. Prestação de serviços que não se confunde com industrialização. Artigo 33, II, "b", da Lei Complementar n. 87/96. Inaplicabilidade

1. A partir da sentença, o representante do Estado deve ser intimado pessoalmente de todas as decisões proferidas em mandado de segurança. 2. Nas instâncias ordinárias, é imprescindível a intimação pessoal da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, embora essa providência seja dispensada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 3. A Fazenda Pública foi intimada pessoalmente do acórdão em 06.02.2007 e interpôs o recurso especial em 08.03.2007. Tempestividade reconhecida. 4. O princípio da não cumulatividade por si só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica. 5. O consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo artigo 33, II, "b", da Lei Complementar n. 87/96. 6. Hipótese em que o Tribunal de origem equiparou a empresa de telecomunicação à indústria, com base na interpretação da legislação federal (Decreto

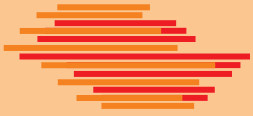
do Conselho de Ministros n. 640/62). 7. Em princípio, a discussão quanto à natureza da atividade empresarial (se é industrial ou não) atrairia a incidência da Súmula n. 7 do STJ. No presente caso, de modo peculiar, a definição da natureza industrial foi fixada pela instância de origem tão só com base na interpretação da legislação federal (em especial do Dec. n. 640/62). 8. O debate recursal, ***in casu***, é estritamente de direito, pois basta interpretar a definição legal da atividade industrial para fins de tributação e verificar se nela se abarcam as empresas de telecomunicação. 9. Desnecessidade de perquirir sobre a natureza do Decreto n. 640/62, se é legislação federal para fins de análise pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o conteúdo dessa norma é incontroverso, não demandando a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. 10. Análise da violação de dispositivos da legislação federal posterior ao Decreto n. 640/1962, em especial o artigo 33 da Lei Complementar n. 87/1996, interpretado à luz do conceito de industrialização dado pelo Código Tributário Nacional (art. 46, parágrafo único), além do Regulamento do IPI e da Lei Geral de Telecomunicações. 11. Em matéria tributária, a definição de atividade industrial é dada pelo Código Tributário Nacional, lei posterior ao citado Decreto n. 640/62. "Considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo" (art. 46, parágrafo único, do CTN). O artigo 4º do Regulamento do IPI detalha a atividade industrial, nos limites fixados pelo Código Tributário Nacional. 12. Prestação de serviço não se confunde com atividade industrial. 13. As empresas de telecomunicações prestam serviços (art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações). Essa acepção é adotada pela Constituição Federal, ao definir a competência tributária relativa ao ICMS (art. 155, II). 14. Os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS (e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins da tributação. 15. É inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, nos termos do artigo 33, II, "b", da Lei Complementar n. 87/96, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais. 16. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 984.880/TO (2007/0208971-9) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 18.12.2008).

155) Tributário – ICMS. Obrigação acessória. Transmissão eletrônica de dados. Legalidade. Razoabilidade. Violação do sigilo fiscal não comprovada. Benefício fiscal concedido a atacadistas. Isonomia. Inexistência de violação.

1. Hipótese em que a impetrante, associação que congrega supermercados, impugna a exigência de transferência eletrônica de dados relativos ao ICMS para o Fisco. Argumenta

que houve ofensa aos princípios da legalidade e da razoabilidade, além de possibilidade de violação do sigilo fiscal. Ademais, impugna benefício fiscal concedido apenas a empresas preponderantemente atacadistas, o que seria anti-isonômico. 2. O dever de registrar e prestar informações ao Fisco, relativas às operações comerciais tributadas pelo Estado, é previsto expressamente pela Lei estadual n. 12.670/96, que delegou ao regulamento a forma e o meio para sua realização. 3. O Decreto n. 24.569/97 (com a redação dada pelo Dec. n. 25.562/99) simplesmente esclareceu como a escrita fiscal seria apresentada ao Fisco (transferência eletrônica). 4. Inexiste ofensa ao princípio da legalidade. 5. O regulamento deixa claro que a obrigação de transferir dados eletronicamente aplica-se apenas ao contribuinte "que emitir documentos fiscais ou escriturar livros fiscais em equipamento que utilize ou tenha condição de utilizar arquivo magnético ou equivalente" (art. 285, § 1º, do Dec. n. 24.569/97). Assim, o pequeno estabelecimento varejista que, à época, não utilizava computadores para escriturar sua movimentação mercantil não seria compelido a cumprir a norma impugnada. 6. O envio de dados eletronicamente, mediante programas de computador fornecidos pelo próprio Fisco, é muito mais célere e menos oneroso que a entrega de livros e documentos em papel. Eventuais dificuldades na utilização do programa pelos contribuintes, noticiadas genericamente pela impetrante, não podem ser aferidas no âmbito do mandado de segurança, pois é impossível dilação probatória. 7. A normatização observa o princípio da razoabilidade. 8. O direito ao sigilo fiscal deve ser sempre garantido, qualquer que seja o meio pelo qual os dados fiscais são fornecidos pelo contribuinte (em papel ou por meio eletrônico). Ausência de relação entre a forma de entrega das informações e o direito invocado. 9. A impetrante não aponta caso concreto de violação do sigilo, apenas especula que "é do conhecimento geral da população que a transmissão eletrônica de dados é algo extremamente fácil de ser violado". Inexiste prova de que o direito ao sigilo fiscal tenha sido desrespeitado. 10. A Lei estadual n. 13.025/2000 previu redução de base de cálculo às empresas preponderantemente atacadistas que aderirem ao Sistema Informatizado Estadual (SISIF). A impetrante argumenta que isso não seria isonômico, pois as empresas atacadistas recolheriam menos ICMS. Como consequência, as varejistas (caso dos supermercados) teriam menos crédito a ser apropriado e, assim, recolheriam mais imposto. 11. O ônus econômico do tributo estadual é transferido aos adquirentes das mercadorias, até o consumidor final. A diminuição do tributo cobrado dos atacadistas reduz o preço da mercadoria vendida ao varejista. Em compensação, faz decrescer também o crédito a ser apropriado pelo supermercado. 12. Diminuir a tributação no meio da cadeia mercantil (na venda do atacadista para o

varejista) implica simples diferimento do ICMS, que será majorado nas etapas seguintes. Isso porque, quando o supermercado vende a mercadoria ao consumidor final, recolherá o montante de ICMS correspondente à redução conferida à operação anterior (venda do atacadista para o varejista), já que o seu crédito foi reduzido. 13. A redução da base de cálculo em favor apenas do atacadista em nada alterará a tributação global do ICMS. O consumidor final será onerado da mesma forma, com ou sem o diferimento do tributo estadual. 14. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia. 15. Recurso ordinário não provido. (STJ – RMS n. 15.597/CE (2002/0155543-3) – Rel. Min. Herman Benjamin – j. 03.03.2009).



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO