

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVEMBRO/DEZEMBRO 2011

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Editorial

Editorial.....	3
----------------	---

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos.....	7
Eventos do Centro de Estudos..	7
Eventos em parceria com outras instituições	7
Eventos relevantes à Procuradoria-Geral do Estado	7

Peça e Julgado

Apelação em Habeas Data. Ouvidoria Pública. Sigilo quanto à identidade do denunciante.....	9
--	---

Doutrina

A persecução penal nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/90.....	41
--	----

Parecer

Contrato Administrativo. Despesa Pública. Princípio da Anualidade. Compra única com execução fracionada. Duração do contrato adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Inscrição como restos a pagar. Impossibilidade de empenho de despesa que deva ser realizada apenas em exercício financeiro futuro.	75
--	----

Ementário

Consultoria	83
Contencioso Geral	84
Contencioso Tributário-fiscal	86

Expediente

Procuradoria-Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado

Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto

José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete

Sylvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria

Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do

Contencioso Geral

Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do

Contencioso Tributário-Fiscal

Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral

José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria

Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibebe Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Gironlo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Escola Superior da PGE

Diretora

Patrícia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora

Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Fernando César Gonçalves Pedrinho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500. Home Page: www.pge.sp.gov.br E-mail: divulgacao_centrodeestudos_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: 900 exemplares

As colaborações poderão ser 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.

Vamos nos aproximando do final de mais um ano, o primeiro da atual equipe de gestão. Vale registrar alguns marcos alcançados nesse breve período.

Logo no início de 2011, com a edição do Decreto nº 56.677, de 19/01/11, o governador do Estado já nos revelou seu propósito de dar efetividade ao comando do artigo 101 da Constituição do Estado, fazendo da PGE o verdadeiro centro catalisador da atuação dos órgãos jurídicos das entidades da administração indireta, iniciativa que veio a se consolidar com a instituição e estruturação, no seio do GPG, da Coordenadoria de Empresas e Fundações, trazida pela Resolução PGE nº 34, de 05/04/11.

Ao lado disso, a inserção cada vez maior da PGE, com seu papel orientador, nos diversos órgãos da administração direta tem revelado o crescimento, em relação diretamente proporcional, da sua importância institucional. Prova disso é a nossa ativa e crescente participação nos diversos colegiados permanentes instituídos no âmbito do governo: Comitê de Qualidade da Gestão Pública, Comissão de Política Salarial, Consema, Condephaat, Conselho Gestor do Fundo de Interesses Difusos – FID, Coned, Conselho Estadual dos Povos Indígenas, Tribunal de Impostos e Taxas, Condepefi, Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas, Comissão de Ex-presos Políticos, Conesan, Conselho do Patrimônio Imobiliário, Ceantec, Conselhos Curadores da Fundação Itesp e da Fundação Procon, dentre outros tantos; e, além desses, nos inúmeros grupos técnicos e grupos de trabalho de natureza transitória instituídos com escopo de definição da modelagem jurídica ou jurídico-institucional de órgãos e programas de governo relacionados com os mais variados assuntos e as mais variadas políticas públicas.

A área da Consultoria Geral cresce em ritmo acelerado, dada a constante necessidade de prestação de consultoria e assessoramento jurídico de qualidade ao Poder Executivo, aliada à excelência do trabalho prestado. Novas frentes foram abertas com a estruturação da Consultoria Jurídica do Detran (Decreto nº 56.963, de 28/04/11), da Faculdade de Medicina de Marília – Famema, e do Hospital das Clínicas de Botucatu. E muitas outras ainda deverão ser desbravadas, precisamente na seara das autarquias, o que, porém, está a depender do preenchimento dos claros no quadro de procuradores do Estado.

O Contencioso Tributário-Fiscal vem se consolidando a olhos vistos, comprovando o acerto da decisão de subdividir a antiga e inadministrável área do Contencioso. A conclusão da primeira fase do saneamento do estoque da dívida ativa, com a identificação e a regularização dos valores contábeis lançados nos sistemas, aproxima-nos da realidade e atribui ainda maior credibilidade à nossa atuação. Por seu turno, a segmentação do estoque da dívida ativa – quan-

do concluída – permitirá ao gestor identificar os débitos com maior potencial de recuperação e estabelecer metas de arrecadação ainda mais consistentes. A execução fiscal eletrônica, sonhada por alguns e temida por outros, agora é realidade, vindo a dispensar o manuseio e o transporte físico de processos e os gastos com papel e impressão. Ao especificar os débitos de pequeno valor abrangidos no permissivo da Lei nº 14.272, de 20/10/10, a Resolução PGE nº 45, de 15/06/11, deu um salto em direção à desjudicialização da cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa, cenário que se confirma com o desenvolvimento do módulo de protesto eletrônico de CDA no Sistema da Dívida Ativa, que em breve entrará em operação.

A área do Contencioso Geral caminhou a passos largos no rumo da redução da litigiosidade e melhora na eficiência, editando e reeditando orientações normativas que autorizam a dispensa de interposição de recursos contra decisões judiciais tratando de temas em que o Poder Judiciário já consolidou entendimento contrário à tese fazendária. Para além disso, e buscando evitar o ingresso de novas demandas, cuidou de propor a alteração da postura da administração em diversas questões que implicam em elevado índice de litigiosidade. No campo interno, deu início ao processo de incorporação, às unidades especializadas, dos setores de contencioso da PGE antes instalados no DER e no DAESP, otimizando os recursos humanos e unificando a defesa das autarquias. O próximo setor a passar por esse processo será o contencioso da PGE no DAEE (no primeiro semestre de 2012), remanescendo para momento oportuno o HC/SP e o SPPrev.

Nas questões institucionais de viés remuneratório, há que se fazer menção à edição das Resoluções PGE nºs 47 e 48, de 28/06/2011, que elevaram em 50% tanto o valor da bolsa quanto o do auxílio-transporte dos estagiários de Direito. No que toca aos procuradores do Estado, deu-se a regulamentação da Gratificação de Atividade Especial – GAE, instituída pela Lei Complementar nº 1.113, de 26/05/10, através do Decreto nº 57.393, de 30/09/2011, e da Resolução PGE nº 68, de 11/10/2011, além da equalização na distribuição das quotas de verba honorária (adequando-a à diferença percentual estabelecida no artigo 10 da Lei Complementar nº 724, de 15/07/93, com a redação que lhe foi dada pela já referida Lei Complementar nº 1.113, de 26/05/10) e da atualização do seu valor nominal, com impacto positivo no PIPQ dos servidores da PGE.

E por falar em servidores de apoio, importante destacar a realização de concurso para admissão de 250 novos oficiais administrativos, que muito em breve serão incorporados aos nossos quadros, conferindo o suporte necessário ao trabalho das Unidades.

Em relação aos estagiários de Direito, prevemos já para os primeiros meses do próximo ano o aumento do quadro das Unidades, encampando sugestão formulada no âmbito do Conselho da PGE.

Enfim, muito fizemos e muito estamos por fazer. Precisamos, para tanto, contar com o auxílio de todos os que compõem a nossa PGE: procuradores, servidores, estagiários e colaboradores. Se Vinícius de Moraes tinha razão (e o legado de música e poesia por ele deixado está aí para confirmar que ele sempre tinha), a vida é mesmo a arte do encontro. Por nós praticada diuturnamente, foi essa arte, a do encontro – de pessoas e de ideais –, que permitiu tantas gratas conquistas em tão breve período.

Que venha 2012!

JOSÉ RENATO FERREIRA PIRES
Procurador-Geral do Estado Adjunto

Cursos do Centro de Estudos

25.11 a 26.11 – 47.º Curso de Atualização Jurídica – Encontro Estadual de Procuradores do Estado

29.11 – Curso sobre a Nova Ortografia

12.12 a 13.12 – Curso Formação de Pregoeiro

Eventos do Centro de Estudos

13.12 a 14.12 – 3º Encontro de Procuradores do Estado da Área do Contencioso Tributário-fiscal

16.11 – Mesa de Debates sobre “Contratos Administrativos”

Eventos em parceria com outras instituições

18.11 – XXXVI Simpósio Nacional de Direito Tributário – Responsabilidade Tributária

Eventos relevantes à Procuradoria-Geral do Estado

04.11 – 1ª Reunião Técnica do Fórum Nacional dos Centros de Estudos das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – FONACE – oportunidade em que foi aprovado o regimento interno

22.11 – DESPACHOS DO GOVERNADOR: “No processo PGE-11.046-09 (CC-103.533-09), em que é interessada a Procuradoria-Geral do Estado: “À vista da representação do Procurador-Geral do Estado, decido em caráter normativo, com assento no art. 2º, XI, da LC 478-86, autorizar a extensão, aos servidores admitidos com assento na Lei 500-74, dos efeitos das decisões judiciais que reconheceram a tais agentes o direito a sexta-parte, vedado o pagamento de parcelas remuneratórias vencidas em data anterior à da publicação deste despacho.”

“No processo PGE-18591-386117-09 (CC-92.992-11), em que é interessada a Procuradoria-Geral do Estado: “À vista da representação do Procurador-Geral do Estado, decido em caráter normativo, com assento no art. 2º, XI, da LC 478-86,

autorizar a extensão, aos servidores admitidos com assento na Lei 500-74, dos efeitos das decisões judiciais que reconheceram a tais agentes o direito a licença-prêmio, admitido o cômputo de períodos aquisitivos desde o respectivo ingresso e retroagindo a averbação ao preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 209 e 210 da Lei 10.261-68.”

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA
7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL**

Processo n. 156/06 – *Habeas Data*

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, na defesa do ato da autoridade apontada como coatora, a saber, o **Ouvidor da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo**, nos autos da ação de *habeas data* proposta por **ROSANA MOREIRA DE SOUZA COELHO**, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa. apresentar seu recurso de **APELAÇÃO**, consoante anexas razões.

Pede, nestes termos, deferimento.

São Paulo, 8 de maio de 2006

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO

Procurador do Estado

OAB/SP nº 114.625

ANA PAULA ANTUNES

Estagiária de Direito

OAB 141.315 - E

**APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
APELADOS: ROSANA MOREIRA DE SOUZA COELHO**

RAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL!

COLEND A CÂMARA!

Cuida-se de *habeas data* impetrado contra ato da Ouvidoria da Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, que teria violado suposto direito da autora

em ter acesso às informações referentes à identidade de pessoa que apresentou reclamação perante aquele órgão, visando ao posterior ajuizamento de ação de cunho indenizatório em razão dos danos morais que teria sofrido em virtude da dita reclamação.

O MM. Juízo de primeira instância, fugindo de seu habitual descortino, entendeu por bem dar guarida à pretensão da impetrante, acabando por “condenar a autoridade coatora a fornecer, a este Juízo, no prazo de 05 (cinco) dias, a informação requerida, qual seja, o nome do autor da denúncia anônima constante no e-mail com número de protocolo 84/0605”.

A mencionada decisão não poderá prevalecer, *data maxima venia*, sob pena de se estabelecer perigoso precedente que comprometerá irremediavelmente os esforços em prol do controle de legalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública, princípios estimados na Constituição Federal e que servem de garantia a todos os que se encontram sujeitos à autoridade administrativa. É o que se demonstrará a seguir.

I – PRELIMINAR: DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Primeiramente, não pode a apelante deixar de observar a inadequação da via do *habeas data* para satisfação do suposto direito da impetrante.

Dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXII:

“Art. 5º. (...)

LXXII – conceder-se-á ‘habeas-data’:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; (...)”

Por sua vez, dispõe a Lei do *Habeas Data* (Lei Federal 9.507/1997):

“Art. 13. Na decisão, se julgar procedente o pedido, o juiz marcará data e horário para que o coator:

I – apresente ao impetrante as informações a seu respeito, constantes de registros ou bancos de dados; (...)”

Como se pode observar, o *habeas data* é remédio constitucional específico para que toda a pessoa possa acessar as informações, constante de registros ou bancos de dados de caráter público, que digam respeito diretamente à sua pessoa.

É o que atesta ALEXANDRE DE MORAES, ao dizer que “*através do ‘habeas data’ só se podem pleitear informações relativas ao próprio impetrante, nunca de terceiros. O caráter personalíssimo dessa ação constitucional deriva da própria amplitude do direito defendido, pois o direito de saber os próprios dados e registros constantes nas*

entidades governamentais ou de caráter público compreende o direito de que esses dados não sejam devassados ou difundidos a terceiros.”¹

Portanto, não se confunde, com a garantia do *habeas data* com o direito de informação, genericamente garantido no art. 5º, inciso XXXIII da Carta Republicana, que tem maior amplitude. Nesse dispositivo, garante-se o acesso à informação que seja de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas as hipóteses de sigilo necessário à segurança da sociedade e do Estado.

Essa diferenciação é bem observada por DALMO DE ABREU DALLARI:

“Na realidade, a Constituição tratou de modo diferente as duas hipóteses do direito de informação, o que se pode verificar claramente pela simples leitura dos incisos XXXIII E LXXII, do art. 5º. No primeiro caso, relativo às informações de caráter geral, está expressamente prevista a hipótese de sigilo, mas apenas quando este for indispensável para a segurança da sociedade e/ou do Estado. No segundo caso, referente a dados pessoais, não existe a ressalva do sigilo para o fornecimento de dados ao interessado”.²

Portanto, não se pode desvincular o *habeas data* de sua origem histórica e de sua finalidade essencial: proteger o indivíduo contra a devassa de sua intimidade e a exposição de informações, porventura incorretas, a terceiros. Surgiu o remédio constitucional como uma resposta ao abuso estatal da coleta de informações – pelos famigerados órgãos da chamada “comunidade de informações” – informações essas que não podiam ser acessadas e contraditadas, não obstante fossem utilizadas para a formação de culpa em processos administrativos e judiciais – que também eram, por vezes, sigilosos, em prejuízo do próprio acusado.

Pergunta-se: será esse o caso aqui apresentado? O que pretende a impetrante? Coletar informações acerca de sua pessoa? Retificá-las?

Não. Busca, ao contrário, informar-se a respeito da fonte, da origem das informações levadas à Ouvidoria da Secretaria da Educação. Ou seja, busca informação relativa a terceiro, ao sujeito que formulou uma reclamação àquele órgão público, fornecendo-lhe seus dados pessoais.

Não se discutirá nesse momento se a impetrante faz jus ou não à obtenção de tal informação. Porém, cabe observar que o *habeas data* não é o meio adequado à satisfação dessa pretensão.

O que poderia legitimamente a impetrante obter pelo *habeas data*? Resposta: 1º) conhecer as informações que a Ouvidoria detém a seu respeito; 2º) retificar ou anotar tais informações, de maneira a corrigi-las ou justificá-las.

1 *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 129.

2 “O *habeas data* no sistema jurídico brasileiro”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 97, 2002, p. 249-50.

Ora, ambos os objetivos já foram atingidos pela impetrante! O conhecimento das informações se deu por meio de documento acostado às fls. 10 dos autos, onde se encontra transcrita a reclamação levada à Ouvidoria. A correção/justificação da informação já foi feita, por meio do relatório que, acusa o próprio Ouvidor, foi-lhe enviada pela Diretoria de Ensino a que está subordinada a impetrante, encerrando-se o procedimento de verificação ali iniciado.

Portanto, em sede de *habeas data*, é evidente a falta de interesse de agir da impetrante, visto o bem pretendido pela via do *writ* já foi alcançado pela interessada, pela via administrativa.

Observe-se, nesse sentido, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em demanda semelhante:

1. DECISÃO: Euclides Duncan Janot de Matos, por seu advogado, impetra ordem de *habeas data*, em que requer lhe sejam fornecidas cópias autenticadas do inteiro teor da denúncia que ensejou a instauração do Processo TC 002.369/2001-8 perante o Tribunal de Contas da União e dos documentos que a instruem, bem como a qualificação do denunciante.
2. Às informações prestadas pelo Presidente do TCU (fls. 30/51), segue-se parecer da lavra do Professor Geraldo Brindeiro, titular do Ministério Público Federal, que opina pela perda superveniente do objeto no que se refere à primeira parte do pedido, e pelo não conhecimento da impetração quanto ao fornecimento da identidade do autor da denúncia (fls. 54/62).
3. Sintetizado o relatório, decido.
4. *Tendo em vista que o próprio impetrante reconheceu a perda do objeto em relação ao pedido de fornecimento de cópias da denúncia e do processo administrativo dela decorrente, passo à análise do que remanesce.*
5. *No caso em exame, apesar do interesse demonstrado pelo impetrante em agir, observo que o habeas data não é o meio idôneo para a obtenção de dados de terceiro. Trata-se, na verdade, de remédio jurídico-processual que visa garantir à pessoa interessada o direito de acesso às informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, e de retificação ou complementação desses dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (CF, artigo 5º, inciso LXXII, alíneas a e b).*
6. *A propósito da questão, ensina o Professor Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data (RT, 13ª edição, p. 150), verbis:*

‘Relembre-se que a Constituição da República só concede o habeas data para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes

de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público'. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF.³

Ante as razões acima, resulta evidente a necessidade de extinguir a demanda em face da carência da autora, em face da inadequação da via eleita, pela combinação do art. 10 da Lei 9.507/97 (“A inicial será desde logo indeferida, quando não for caso de ‘habeas data’, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos nesta Lei”) c.c. art. 267, incisos I e VI do Estatuto Processual.

II – DO MÉRITO:

a) Do resguardo dos dados pessoais fornecidos pelos administrados à Administração Pública.

A pretensão da impetrante, ora recorrida, diz respeito à obtenção de dados relativos a terceira pessoa que, formulando reclamação ante a Ouvidoria da Secretaria da Educação, forneceu seus dados de identificação pessoal.

Saliente-se que a questão tem sido tratada, de forma absolutamente imprópria, como “denúncia anônima”. Não se trata de denúncia anônima, visto que, em primeiro lugar, não houve “denúncia”, no sentido de ser imputada à impetrante uma conduta criminalmente tipificada, sendo apenas formulada uma queixa relativa à prestação do serviço público pela impetrada; e, em segundo lugar, não foi “anônima”, visto que o interessado se identificou perante a Ouvidoria: trata-se, no caso, de informação resguardada pelo sigilo, em virtude das normas que regem o fornecimento de dados pessoais pelos administrados.

Observe-se o que diz a Lei Estadual de Procedimentos Administrativos:

“Artigo 80 – Os órgãos ou entidades da Administração, ao coletar informações, devem esclarecer aos interessados:

I – o caráter obrigatório ou facultativo das respostas;

II – as consequências de qualquer incorreção nas respostas;

III – os órgãos aos quais se destinam as informações; e

IV – a existência do direito de acesso e de retificação das informações.

Parágrafo único – Quando as informações forem colhidas mediante questionários impressos, devem eles conter os esclarecimentos de que trata este artigo.

3 *Habeas Data n. 52-DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – j. 22.10.2002 – publ. DJ 30.10.2002.*

(...)

Artigo 82 – *É vedada a utilização, sem autorização prévia do interessado, de dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais foram prestados.*”

No caso em questão, é evidente que a Administração Estadual tem o interesse de saber a opinião dos usuários acerca da qualidade e eficiência na prestação de seus serviços públicos, implementando para essa finalidade as Ouvidorias de Serviços Públicos – cuja regulamentação será adiante analisada.

Ora, para que os usuários de serviços públicos possam opinar de forma livre e sem medo de retaliações, é necessário que o Estado garanta o resguardo dos seus dados pessoais, o que se caracteriza atualmente pelo direito nominado como *autodeterminação informativa*, que pode assim ser definido: se “traduz no direito de acesso aos bancos de dados, de controle de sua exatidão, de atualização e retificação, de segredo para os dados sensíveis e de autorização para sua difusão”, consoante doutrina internacional.⁴

Esse direito, de cunho personalíssimo, vem se impondo em vista da frequente invasão da privacidade do cidadão, não apenas pelos órgãos estatais, mas também pelos sujeitos econômicos, ávidos por obter os chamados “dados sensíveis” do indivíduo, que no mercado se transformam em verdadeira mercadoria, as chamadas “malas diretas”, o “cadastro de consumidores”, sendo comercializadas essas informações para fins lícitos e, também, muitas vezes, para finalidades ilícitas.

A legislação federal também se preocupou com o resguardo da privacidade dos cidadãos, tanto que a Lei n.º 8.159/91 (Lei dos Arquivos Públicos), estabelece o prazo de 100 (cem) anos para que a Administração possa tornar públicos os dados de caráter pessoal que estejam em seu poder e que possam causar transtorno à privacidade do cidadão. Por sua vez, a Lei 11.111/2005, ao regulamentar o direito de acesso à informação contido no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, ressaltou:

“Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal. (...)”

Portanto, quando um cidadão, espontaneamente fornece seus dados de identificação ao Estado, para um fim que é de interesse público – pois obter informes e opiniões acerca da qualidade e eficiência do serviço é, sem dúvida, imprescindível à função administrativa – assume o órgão administrativo a condição de

4 Francisco Millán Salas e Juan Carlos Peralta Ortega, “El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental”, p. 214. (Tradução nossa).

verdadeiro depositário dessas informações, não podendo, sem fundadas razões, fornecê-las a terceiro.

Trata-se, ademais, de proteção ao imemorial *princípio da boa-fé*, princípio esse que não está presente apenas nas relações privadas, assumindo até maior dimensão quando se trata da relação entre o ente público e os cidadãos submetidos a seu poder.

Nesse sentido, pondera JUAREZ DE FREITAS, que “*parece inequívoco, entre nós, que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fides mútua, no plano institucional. Em sentido mais amplo, possível dizer que se trata de um dos princípios constitucionais de que mais carece o país para obter estabilidade em termos duradouros.*”⁵

O Superior Tribunal de Justiça, na voz do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., também já encareceu tal princípio:

*“Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre seus próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram.”*⁶

Embora tal princípio esteja implícito em nosso ordenamento constitucional, ele vem sendo, aos poucos, expressado no direito positivo. A própria lei instituidora das Ouvidorias o consagra, em seu art. 13:

“Artigo 13 – Os procedimentos administrativos advindos da presente lei serão impulsionados e instruídos de ofício e observarão os princípios da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da celeridade, da economia, da proporcionalidade dos meios aos fins, da razoabilidade e da boa-fé.”

Esse é apenas um dos aspectos que justificam a recusa da Administração em fornecer a informação solicitada pela impetrante. A essa se acrescentam outras razões, como se verá.

b) Do dever de manter o sigilo da fonte no exercício da atividade profissional-funcional de Ouvidor Público.

A figura do Ouvidor Público é uma novidade na nossa prática administrativa. No Estado de São Paulo, a figura do Ouvidor Público foi instituída pela Lei

5 O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73.

6 REsp. 184.487- SP – RSTJ 120/386.

10.529, de 20 de abril de 1999 – lei que estabelece as normas básicas de tutela do usuário do serviço público no âmbito estadual. O diploma em questão garante:

“Art. 8º. O usuário tem direito ao controle adequado do serviço.

§ 1º – Para assegurar o direito a que se refere este artigo, serão instituídas em todos os órgãos e entidades prestadores de serviços públicos no Estado de São Paulo:

a) Ouvidorias;”

O dispositivo em questão foi regulamentado, por sua vez, pelo Decreto 44.704/99, que estabeleceu as normas de composição e funcionamento das Ouvidorias dos órgãos estaduais.

Não há dúvida de que o foco da legislação em questão está centrado nas necessidades dos administrados, visto que a função administrativa é meio de sua satisfação e não fim em si mesma. Aliás, essa ótica é bem ressaltada por MARIA SYLVIA DI PIETRO,

“Com efeito, há uma valorização da figura do cidadão usuário do serviço público. Nas palavras de Jacques Chevalier (*Revista do Serviço Público*, v. 120:42-43), “a reforma do Estado modifica a ordem das prioridades”, à medida que busca “recolocar o usuário no centro da administração” ou ainda “situar o cidadão no coração do serviço público”. Aponta ele os vários novos perfis do usuário que implicam “representações diferentes do administrado e desembocam em diferentes perspectivas de reformas: o usuário protagonista, dotado de um poder de intervenção no andamento dos serviços (de onde decorre o tema da participação); o usuário parceiro, capaz de se colocar como um interlocutor de serviços (daí o tema da transparência); o usuário cliente, cujas aspirações devem ser satisfeitas pelos serviços públicos (donde o tema da qualidade)”.⁷

Portanto, enquadrada a questão na ideia de Estado Democrático de Direito – evolução do chamado Estado Social – o exercício, pela Administração, de sua atividade deve ser direcionada à satisfação das necessidades consideradas de interesse público, sendo que na prestação de serviços não é concebido o atendimento a tal interesse sem que sejam atendidas as necessidades dos cidadãos e sem que eles possam ser ouvidos a respeito do serviço prestado.

Nesse mesmo sentido, confira-se a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“O agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

7 *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998*. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2001, p. 55.

É indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas de garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal”.⁸

É de se exaltar, portanto, a forma como as Ouvidorias do Serviço Público foram regulamentadas no Estado de São Paulo, indo ao encontro dessa necessidade de pleno atendimento ao usuário-cidadão.

O Decreto 44.704, de 1º de julho de 1999, qualificou a figura do Ouvidor como “representante do cidadão junto à instituição que atua” (art. 1º, I), cabendo-lhe exercer “suas funções com independência e autonomia, sem qualquer ingerência político-partidária, visando a garantir os direitos do cidadão usuário de serviço público” (art. 3º, *caput*).

Ora, para que atue com a independência necessária e em defesa dos direitos do cidadão – visto que o representante ante a Administração Pública – era imprescindível que a relação entre o Ouvidor e o cidadão fosse pautada na confiança e na boa-fé.

Por essa razão, o Decreto estabelece como dever ético e jurídico do Ouvidor resguardar o sigilo da fonte das informações – dever esse que se iguala ao dever do médico, do advogado, do psicólogo, do padre ou de qualquer outra relação profissional para cujo exercício seja mister a confiança e a confidencialidade – observe-se que ambas as expressões repousam no mesmo radical latino.

É para o exercício desse tipo de atividade profissional que se estabeleceu o princípio insculpido no art. 5º, inciso XIV da Carta Federal:

“Art. 5º. (...)

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

Também no resguardo desse princípio, dispõe o Código Penal Brasileiro:

“Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem.

Pena: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa”

Observe-se que o Código Penal revela de maneira mais ampla esse dever, que se prende a qualquer exercício de atividade – *função, ministério, ofício ou profissão* – que implique na relação confiança/confidência.

Poder-se-á objetar: trata-se, no caso, órgão público, ao qual se aplica o princípio da publicidade. Ora, se aplicado esse raciocínio em caráter extremo, de-

⁸ Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 734.I

vemos nos perguntar se o Defensor Público terá de confessar pelo seu cliente, se o médico do Hospital Público deverá revelar o prontuário de seu paciente a qualquer interessado, se o Capelão do Exército poderá revelar os segredos que lhe foram depositados no confessional, etc...

Constata-se, portanto, que a questão não é tão simples de maneira a preponderar um raciocínio simplista, baseado tão-somente no aspecto subjetivo da função de Ouvidor, por se tratar de servidor público. Há que se considerar, essencialmente, o aspecto material dessa atividade: no que consiste, o que representa, qual a sua função no âmbito estatal, qual a finalidade a ser atingida com o exercício desse mister.

Se atentarmos para tais aspectos veremos que não pode ser ele constrangido à revelação da fonte das informações, sob pena de trair sua própria razão de ser: colocar-se de permeio na relação nem sempre pacífica entre Administração e cidadãos, velando especialmente pelo interesse destes, sem descuidar do interesse daquela, na busca da melhoria da qualidade dos serviços públicos.

c) Da necessária ponderação de princípios constitucionais, em conflitos desta natureza – dos outros princípios e valores envolvidos na questão.

Situações como a tratada nestes autos exigem, mais do que a simples leitura de portarias e resoluções, o manejo de princípios e valores insculpidos no Texto Constitucional. Observa-se que a sentença limitou-se, no exame do caso, a referir-se a normas constitucionais – no caso, os incisos XXXIII e XXXV do art. 5º da Constituição Federal – embora tenha se olvidado de cotejá-las com outras normas e princípios de mesma estatura.

Bem assim o já citado princípio que resguarda o sigilo da fonte na atividade profissional – cuja extensão, aliás, também exige esforço hermenêutico, dada a variedade de situações que possam justificar, à luz da própria Constituição, exceções a esse princípio.

Com igual ênfase devem ser consideradas as normas que tornam o exercício da função pública um *dever-poder* – na feliz expressão de Celso Antonio Bandeira de Mello – obrigando o agente público a submeter-se ao crivo da opinião pública e da avaliação de sua atividade.

Como não observar, neste tocante, os princípios da *legalidade*, *impeachment*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência*, consagrados no *caput* do art. 37 do Texto Maior como diretrizes necessárias da atuação? Princípios esses que nada mais são do que decorrências naturais do *princípio republicano*, que impõe ao exercente da função pública prestar contas de sua tarefa que é, afinal de contas, o manejo da *res publica*.

No mesmo artigo constitucional, estabelecem-se mecanismos de controle da Administração pelos cidadãos, conforme se vê:

“Art. 37 (...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (...)”

Observa-se, pois, que a crítica, a reclamação, a opinião, são consideradas pela própria Constituição como instrumentos necessários para o aprimoramento da Administração Pública.

Por fim, não custa lembrar que a Constituição, no ensejo de dar voz ao cidadão, deu-lhe até um instrumento jurisdicional para confrontar-se com a Administração e seus agentes, estabelecendo excepcional imunidade em relação aos resultados dessa demanda:

“Art. 5º (...)

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

Infelizmente, não cuidou a decisão recorrida de considerar todas essas normas e princípios acima elencados e necessários ao deslinde da *vexata quaestio*.

Vê-se, no presente caso, malgrado sua aparente singeleza, princípios e normas constitucionais que, dada a sua ontológica abstração, não são capazes de solucionar a questão sem algum esforço interpretativo. Configura-se, no caso, situação que exige cuidados hermenêuticos especiais, conforme alerta o Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, em atualíssima entrevista:

“Sempre que há colisão de valores, deve-se levar em conta os grandes princípios constitucionais. É a visão da moderna hermenêutica constitucional, que vem da doutrina alemã e dos julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que prestigia os princípios fundantes da Constituição. Não se pode dizer, em termos meramente abstratos, que um princípio é mais importante que outro. É preciso sopesá-los em face de um caso concreto. Assim, somente numa dada situação de fato é possível avaliar se a liberdade de expressão tem ou não precedência sobre a defesa da honra, da intimidade. Os princípios constitucionais só podem ser interpretados à luz da realidade fática subjacente, que definirá os contornos que eles assumirão num certo momento.”⁹

9 Entrevista concedida a *O Estado de S. Paulo*, 19.04.2006, editoria nacional, p. A8.

Refere-se o Ilustre Magistrado à técnica que vem sendo discutida sob o nome de ponderação de interesses (também denominada ponderação de princípios ou valores), pela qual se busca, sob a premissa da unidade de Constituição, resolver eventuais conflitos entre os princípios nela consagrados, postos à prova em uma situação concreta. Trata-se de operação de cunho racional-argumentativa, necessariamente justificada, assim descrita por Daniel Sarmento:

A ponderação de interesses tem de ser efetivada à luz das circunstâncias concretas do caso. Deve-se, primeiramente, interpretar os princípios em jogo, para verificar se há realmente colisão entre eles. Verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compressão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto. Nestas compressões, deve ser utilizado como parâmetro o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. (...) O princípio em questão impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam o meio mais brando para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam (trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹⁰

Esse tipo de operação tem sido especialmente utilizado pela jurisprudência estrangeira para solucionar a colisão de interesses relacionados à liberdade de expressão e de informação com outros interesses consagrados nos textos constitucionais – como os direitos relativos à privacidade (vida privada, honra, imagem, etc.).¹¹

O Ministro Celso de Mello teve oportunidade de realizar tal sopesamento, em decisão denegatória de liminar, na qual se analisou situação análoga à discutida no presente feito: tratava-se de mandado de segurança ajuizado por entidade autárquica contra o Tribunal de Contas, insurgindo-se contra a apuração de supostas irregularidades ali cometidas, noticiadas por acusação anônima – ressalte-se, anônima mesmo, diversamente do caso em tela, em que se trata de reclamação protegida pelo sigilo.

Em erudita decisão, o Insigne Ministro arbitrou os interesses e princípios em questão, decidindo pela viabilidade da investigação pelo Tribunal de Contas, malgrado a origem desleal da informação. Vale a pena ler alguns trechos da decisão monocrática:

10 *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 198-9. Invertemos a ordem da explicação contida no texto do autor, para melhor didatismo no presente artigo.

11 Sob esse enfoque, Edilson Pereira de Farias analisa a ponderação de interesses na jurisprudência dos EUA, Alemanha, Espanha, Itália, em seu *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 175-183.

“Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, in “Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Parece registrar-se, na espécie em exame, uma situação de colidência entre a pretensão mandamental de rejeição absoluta da delação anônima, ainda que esta possa veicular fatos alegadamente lesivos ao patrimônio estatal, e o interesse primário da coletividade em ver apuradas alegações de graves irregularidades que teriam sido cometidas na intimidade do aparelho administrativo do Estado. Isso significa, em um contexto de liberdades em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método – que é apropriado e racional – da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais e/ou administrativas que teriam sido praticadas por entidade autárquica federal, bastaria, por si só, para atribuir, à denúncia em causa (embora anônima), condição viabilizadora da ação administrativa adotada pelo E. Tribunal de Contas da União, na defesa do postulado ético-jurídico da moralidade administrativa, em tudo incompatível com qualquer conduta desviante do *improbis* administrador. Na realidade, o tema pertinente à vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*) posiciona-se, de modo bastante claro, em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes, considerada a obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna imperioso apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público.”¹²

12 MS 24.369-DF – Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática publicada em 16.10.2002.

No caso em tela, parece-nos que o exercício da ponderação de princípios, conquanto necessária, não trará maiores dilemas.

Sem dúvida, a solução mais simples foi a adotada pelo Juízo *a quo*. Em tese, houve a veiculação de uma informação falsa, que afeta a reputação profissional da impetrante e, como a Constituição diz que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional nenhuma lesão ou ameaça a direito, dá-se o bem jurídico a quem o reclama e ponto.

Porém, observemos melhor a situação, para procedermos como sugerido na decisão acima transcrita: “ponderar e avaliar, *‘hic et nunc’*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso”.

Qual o teor da reclamação retratada às fls. 10? Que “a direção da Escola é ausente” e que, portanto, problemas relativos a outra servidora a ela subordinada não estariam sendo constatados e resolvidos.

Sobre essa singela reclamação, a inicial verbera: “a autora teve sua honra atingida por denúncia anônima, que se mostrou leviana, repleta de aleivosias, com injúrias e difamações expressas no Código Penal”... (fls. 03).

Será que há razoabilidade e proporcionalidade na indignação expressada pela impetrante? Será relevante para a Justiça, em sua tarefa da pacificação social, ocupar-se de semelhante conflito?

Pois bem, ainda que o sofrimento moral relatado pela autora seja verdadeiro e consentâneo à situação: será que os agentes públicos não estão, dada a própria natureza de sua atividade, sujeitos a esse tipo de crítica e reclamação? Não é a *responsividade* (accountability) um elemento inerente ao exercício da função pública?

Parece que tudo isso resultou da visita do Supervisor Escolar à Unidade em que a impetrante exercia as atividades de Diretora, o que lhe teria causado constrangimentos. Questiona-se: não estaria ela sujeita a esse tipo de fiscalização e verificação, pela própria natureza e responsabilidade da função exercida?

Ressalte-se que não se está aqui fazendo a pré-defesa de eventual ação civil ou criminal que a autora venha a propor em relação ao cidadão que apresentou a reclamação – na improvável hipótese de manutenção da sentença –, mas tão-somente aquilatar a relevância dos interesses e valores envolvidos no caso concreto.

Vejamos agora o que se coloca no polo inverso. O que resultará do acolhimento de sua pretensão?

Convém destacar que o sigilo em questão decorre, a par do desenho peculiar da atividade de Ouvidor, de uma constatação que, por evidente, chega a ser simplória: nas relações entre os cidadãos e os agentes públicos, os últimos estão em situação de evidente vantagem, em virtude dos poderes que manejam.

Não é preciso ressaltar as também notórias características socioculturais de nosso país: a lamentável constância das práticas arbitrarias e abusivas; o uso da

máquina pública para favorecer amigos e prejudicar desafetos; a apropriação dos recursos estatais para formar “clientelas”; a conivência e o conluio com práticas criminosas. E, somadas a isso, as dificuldades práticas de punir e responsabilizar aqueles que, de posse de um cargo público, oprimem a população e a tornam refém daqueles que deveriam ser, por definição, seus servidores.

Evidentemente, a situação aqui retratada é mais amena e, conforme se evidenciou, a impetrante não pertence a essa espécie de malfeitores travestidos de agentes públicos. Porém, não se pode desconsiderar que ela também exerce poder – é diretora de um estabelecimento escolar – e o pai de um aluno, submetido ao seu poder disciplinar, poderia se sentir intimidado em expressar suas críticas e reclamações e ver seu rebento a sofrer retaliações (ainda que apenas na sua fantasia de pai zeloso) pelo enfrentamento da autoridade pública.

A crítica do cidadão pode ser infundada; pode ser fruto de desconhecimento da regras da Administração – como, no caso em tela, vê-se que as ausências da autora eram todas justificáveis e legítimas; pode também ser dirigida à autoridade errada, visto que o administrado nem sempre sabe quem é o responsável pelos seus infortúnios e tende a responsabilizar quem está mais próximo e visível. Mas é evidente o interesse público – do povo, propriamente – em se manter um sistema de controle que, malgrado o risco de seu uso indevido ou leviano, possa servir de anteparo para o cidadão diante do Leviatã, muitas vezes personificado em uma pessoa que sob ele exerce uma pequena, mas igualmente detestável tirania.

Basta lembrar episódios como o da Favela Naval, de triste memória. Poderiam os cidadãos colocados como reféns daquela classe de agentes públicos, exercer de maneira franca o seu direito de petição, em face daquela opressão onipresente?

A questão, portanto, assume foros maiores do que parece sugerir a singeleza do presente caso, trata-se de hipótese que, dada a provável lesão ao interesse público, justifica o abrigo também em face do artigo 5º, XXXIII da Constituição da República:

“Art. 5º (...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

É necessário reconhecer que vivemos em uma sociedade violenta e injusta, em que os valores da convivência social são muitas vezes subjugados pelos desvalores da conveniência individual. Cabe ao Judiciário a difícil tarefa de não apenas reparar as lesões, mas escolher o menor sacrifício, aquele que se mostra tolerável diante da necessidade de correção das nossas mazelas.

III – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, requer e aguarda a Fazenda do Estado seja reformada, “in totum”, a respeitável decisão monocrática, e, conseqüentemente, seja **EXTINTO O FEITO**, em razão da preliminar arguida, ou julgada **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** a presente ação, como medida de **DIREITO** e **JUSTIÇA!**

Pede, nestes termos, deferimento.

São Paulo, 8 de maio de 2006

CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO
Procurador do Estado
OAB/SP nº 114.625

ANA PAULA ANTUNES
Estagiária de Direito
OAB 141.315 - E

PODER JUDICIÁRIO**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº 03489804****ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0078575-18.2006.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sendo apelado(a) ROSANA MOREIRA DE SOUZA COELHO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.”, de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO DIMAS MASCARETTI (Presidente) e OSNI DE SOUZA.

São Paulo, 23 de março de 2011.

JOÃO CARLOS GARCIA
Relator

VOTO

EMENTA – *Habeas data* – Impetração de servidora pública à Ouvidoria da Educação – Pedido de identificação de reclamante dos serviços prestados – Sentença de procedência – Apelo da impetrada – Persuasão – Sigilo da fonte necessário e inerente à finalidade da Ouvidoria – Discrição e segurança do reclamante para aperfeiçoamento do serviço público prestado – Papel de representação da população junto à Administração Pública – Inocorrência de anonimato – Exceção ao direito de informação e à proibição do sigilo da fonte – Ouvidoria que cumpre função constitucional de assegurar a participação do cidadão na administração, especialmente para o exercício de seu direito de reclamação e fiscalização quanto à qualidade dos serviços públicos – Prevalência do interesse público ao servidor – Apelo provido.

1. ROSANA MOREIRA DE SOUZA COELHO impetrou *habeas data* em face do OUVIDOR DA OUVIDORIA DA SECRETARIA ESTADUAL DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO para obter identificação do autor anônimo de re-

clamação dos serviços prestados, constante do correio eletrônico de protocolo 84/0605, sob pena de multa diária, em caso de descumprimento (fls. 02/06).

Às informações da autoridade impetrada (fls. 24/27) e do parecer do Ministério Público (fls. 29/32), sobreveio de concessão da ordem para fornecimento da informação postulada (fls. 34/36).

Inconformado, o ESTADO DE SÃO PAULO apelou (fls. 41/70). Sustenta, preliminarmente, a inadequação do *habeas data* ao argumento de que a informação não diz respeito à pessoa da impetrante, mas de dados e registros da Administração Pública. Sustenta que a pretensão deduzida não se confunde com o direito à informação, de garantia constitucional (CR, art. 5o, XXXIII) e que a impetrante busca informação concernente a terceiro, de modo a carecer de interesse para agir.

No mérito, diz não cuidar de denúncia anônima - pois o interessado se identificou junto à Ouvidoria -, nem de imputação de infração penal à impetrante, mas de queixa quanto à qualidade dos serviços públicos de educação prestados pelo Estado. Diz que, para alcançar os seus objetivos, de aprimoramento dos serviços públicos, a identidade do reclamante deve ser resguardada pelo sigilo, tanto que ordenamento legislativo de procedimentos administrativos proíbe a utilização dos dados pessoais para outros fins, sem a prévia autorização do interessado. E que a Administração tem interesse de saber a opinião dos usuários acerca da qualidade na prestação dos serviços, para tal fim foram instituídas as ouvidorias.

Acrescenta que o sigilo da identificação dos reclamantes precisa ser resguardado para que possam opinar livremente, sem receio de retaliações, viabilizando o acesso seguro e o direito de interferir na formação de banco de dados relevantes para a fiscalização dos serviços públicos. Trata, segundo o apelante, do chamado Direito de Autodeterminação Informativa, sendo que a privacidade das pessoas acaba sendo igualmente tutelada pela regência legislativa dos arquivos públicos (Lei 8.159/91), com a prescrição de prazo de cem anos para divulgação dos dados de caráter pessoal em poder da Administração Pública.

Demais disso, a Lei 11.111/05, dispondo sobre o direito à informação, ressaltou o direito à privacidade de informações constantes de documentos públicos, de forma que, quando a pessoa espontaneamente fornece dados ao Poder Público, a Administração Pública assume os deveres de depositária da informação, não podendo fornecê-la a terceiros.

Sustenta que a relação da Administração com os administrados de ser pautada pela confiança e boa-fé, o que seria ferido se os dados espontaneamente fornecidos fossem divulgados. Por essa razão a LEI ESTADUAL 10.529/99 criou a figura do ouvidor público como instrumento de controle adequado do serviço público prestado pelo usuário (artigo 8º, alínea a) e o DECRETO 44.704/99 estabeleceu, para tal finalidade, as normas de composição e funcionamento das ouvidorias e o sigilo da fonte das informações, que se iguala a outras atividades e profissões cujo exercício exige confiança e confidencialidade; o ouvidor é o representante do cidadão junto à instituição em que atua.

A Constituição Federal (art. 5o, XIV) garante o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, hipótese análoga ao caso presente e o Código Penal veda a revelação de segredos ou informações a que tem acesso em razão da função exercida. Não há ofensa ao princípio da publicidade, visto que a questão deve levar em conta a natureza substancial da atividade: no que consiste; o que representa; a sua função; e finalidade no âmbito estatal.

Revelar a fonte nessas circunstâncias, prossegue, trai a própria razão de ser da ouvidoria, que é justamente a de mediar a relação do cidadão com os serviços prestados pelo Estado, que um poder-dever, pelo qual o agente público deve se ouvir à opinião pública e à avaliação de sua atividade. Nessa vertente, diz que a Constituição Federal (art. 37, § 3o) prevê a crítica, a reclamação e a opinião como instrumentos necessários ao aprimoramento da administração pública.

Diz ser preciso sopesar os princípios constitucionais, ponderando interesses e valores, à luz do caso concreto apresentado, de modo a aplicar a norma constitucional adequada, que envolve outras normas para além da vedação do anonimato, de igual sede constitucional (CF, art. 5º IV).

A queixa formulada pelo usuário (fls. 10) consiste na ausência de Direção da Escola para solucionar problemas relativos à servidora subordinada, sem qualquer ofensa à dignidade da impetrante, a justificar a sua indignação: os servidores públicos estão sujeitos a este tipo de reclamação, bem como à fiscalização promovida por supervisor que, em decorrência da queixa apresentada, visitou a escola em busca de esclarecimento; é subordinação do interesse público ao pessoal do servidor, ainda que eventuais críticas sejam infundadas.

Por interlocutória proferida pelo Excelentíssimo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça, foi conferido efeito suspensivo à apelação, pleiteado em agravo de instrumento (fls. 132/152).

No mais, vieram as contrarrazões (fls. 117/120) e parecer do Ministério Público (fls. 158/159).

É o relatório.

2. A preliminar não merece acolhida. A autoria da reclamação registrada contra a impetrante é informação relacionada e inerente à própria reclamação em si, cujo teor diz respeito à impetrante, constante em banco de dados de entidade governamental. Portanto, se poderia a impetrante, em tese, propor *habeas data* para ter acesso ao teor da referida queixa, a informação sobre sua autoria seria, obviamente, parte integrante da mesma pretensão. O direito à informação pretendida pela impetrante pode, portanto, ser deduzido por meio de *habeas data*, não havendo que se falar em inadequação da via eleita, ou falta de interesse de agir.

3. Afastada a preliminar, provê-se a apelação.

A sentença julgou procedente o pedido amparada no direito de informação previsto no artigo 5o, XXXIII da CF, entendendo não estar diante da exceção

relativa à segurança da sociedade ou do Estado. Deu, ainda, como fundamento, o princípio da inafastabilidade de apreciação do Judiciário à lesão ou ameaça a direito (CR, art. 5º, XXXV), mercê do qual a impetrante teria direito à informação para promover reparação de ofensa à honra.

Ocorre que, ressalvada a relevância de o cidadão deduzir em juízo qualquer lesão ou ameaça a direito seu, ou de ter acesso a toda e qualquer informação a seu respeito, ou de seu interesse, constante de órgãos públicos, outros valores, normas e garantias constitucionais igualmente relevantes indicam solução diversa à lide.

Nesse sentido, a autoridade impetrada demonstrou que a função da ouvidoria, disciplinada na LEI 10.529/99 (art. 1º), consiste justamente em fiscalizar e controlar a qualidade do serviço público prestado pelos vários órgãos da Administração e que, para tanto, opera um sistema de reclamações feitas pelos usuários dos serviços, através do qual tais queixas são encaminhadas aos órgãos respectivos e/ou geram procedimentos de fiscalização. Como disse o apelante, cabe ao ouvidor, nos termos do DECRETO 44.074 (art. 1º, I), representar o cidadão junto à instituição em que atua, encaminhando providências quanto às insatisfações manifestadas por este. Assumindo a tarefa de representar o cidadão, há de estabelecer com ele relação de confiança e confidencialidade, o que torna o sigilo da fonte elemento inerente e necessário ao bom e pleno funcionamento de sua atividade, bem como à segurança que pode e deve oferecer à sociedade e ao cidadão que a ela recorre, de maneira a garantir o cumprimento da função para a qual foi instituída.

Nesse sentido, a recusa da autoridade impetrada em fornecer a identificação do autor da reclamação está tutelada não apenas na exceção ao direito de informação (CR, art. 5º, XXXIII), senão também na exceção à proibição do sigilo (CR, art. 5º XIV).

Aliás, o douto Procurador do Estado lembrou com propriedade norma internacional adotada pelo Estado brasileiro de combate à corrupção, com resguardo do sigilo das reclamações ou denúncias formuladas pelos administrados, com remissão a boa doutrina de Carlos José Teixeira de Toledo¹.

A ouvidoria é instrumento fundamental para a persecução dos princípios constitucionais que devem orientar a administração pública no exercício de suas funções, em especial o da moralidade e da eficiência, inscritos no artigo 37 da Constituição. Também constitui instrumento fundamental no sentido de concretizar a participação do usuário na administração pública, em especial com relação à avaliação e às reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, direito constitucional instituído pelo parágrafo 3º, inciso I do mesmo artigo 37 acima citado.

1 Prisma Jur., Sao Paulo, c. 8, n. 1, pp. 163/183, jan/jun. 2009.

Apelação - 0078575-18.2006.8.26.0000 • SÃO PAULO - VOTO 20193 - L

Vale acrescentar ainda que a informação a respeito da impetrante foi elaborada em virtude de sua condição de servidora pública, e, dessa maneira, está submetida à fiscalização e controle de sua atividade por parte do usuário, através das ouvidorias, bem como por eventual fiscalização de seus órgãos superiores, em decorrência de reclamação deduzida por aquele.

Confrontados e sopesados os direitos e garantidas individuais da impetrante, de um lado, e o interesse público da função exercida pela ouvidoria, de outro, prevalece o primeiro, expressão da necessidade de asseguramento dos princípios jurídicos e da eficiência dos serviços prestados pela Administração, acrescido da participação do usuário na fiscalização desse ministério. Irrelevante, nesse sentido, a procedência ou improcedência da reclamação apresentada, já que o objetivo primeiro da ouvidoria é justamente o de atender o usuário e dar-lhe a resposta pertinente ao caso, seja ela um simples esclarecimento ou averiguação, seja, ainda, a tomada de providências quanto a possíveis irregularidades. Cabe, portanto, à própria ouvidoria, conduzir a sua relação com o usuário cuidando para que as reclamações sejam feitas de maneira adequada e em consonância com o interesse público por ela defendido.

3. Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido inicial, negando-se a ordem pretendida.

JOÃO CARLOS GARCIA
Relator

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DEPRO – SEÇÃO DE PROCESSAMENTO DE AGRAVOS

AUTOS nº: 150/2008

EXECUÇÃO FISCAL

1ª VARA DA COMARCA DE JAGUARIÚNA

EXEQUENTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXECUTADA: LOLI & CIA. LTDA. ME

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo Procurador do Estado que esta subscreve, nos autos de execução fiscal em epígrafe, não se conformando com o d. decisão de fl. 19, em que o Juízo de 1º grau não recebeu o recurso de apelação sob o fundamento de que em execução fiscal de valor inferior ao valor de alçada só caberia embargos infringentes, impedindo-se, com isso, o DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, vem, respeitosamente, perante esse E. Tribunal *ad quem*, apresentar recurso de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** pleiteando a reformulação *in totum* do d. decisão atacada para fins de ser recebida a apelação, solicitando seja determinado o processamento do presente agravo, na forma prevista na legislação processual civil em vigor, com as alterações decorrentes da reforma do C.P.C., intimando-se a parte agravada e abrindo-se oportunidade ao Juízo “*a quo*” para que eventualmente exerça juízo de retratação.

Outrossim, requer sejam as futuras intimações publicadas em nome das Procuradoras do Estado ANA LÚCIA IKEDA OBA – OAB/SP 98.959; MARCIA FERREIRA COUTO – OAB/SP 93.215 e MARIA LIA PINTO PORTO CORONA – OAB/SP 108.644.

Assim sendo, requer seja determinado o processamento do presente recurso junto a esse E. Tribunal de Justiça de São Paulo, formando-se o respectivo instrumento com as cópias que seguem anexas.

Termos em que,

P. deferimento.

São João da Boa Vista, 4 de fevereiro de 2010.

MARCOS CESAR PAVANI PAROLIN

Procurador do Estado

OAB/SP 127.155

PEÇAS PARA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO – CÓPIAS ANEXAS

I – OBRIGATÓRIAS

- Decisão agravada (fls. 19);
- Certidão de intimação da decisão agravada (fls. 19 – e relação de processos com carga à Fazenda Estadual);
- Procuração da agravada ao patrono (não há procurador constituído nos autos).

II – FACULTATIVAS

- Petição inicial e CDA da execução fiscal (fls. 02/03);
- Pedido de bloqueio Bacen-Jud (fls. 11);
- Sentença de extinção da execução fiscal (fls. 12/13);
- Recurso de apelação interposto pela agravante (fls. 15/18).

AGRAVANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADA: LOLI & CIA. LTDA. ME
AUTOS nº. 150/2006 – 1ª VARA – EXECUÇÃO FISCAL
COMARCA: JAGUARIÚNA, ESTADO DE SÃO PAULO

REPRESENTANTES:

- DA FAZENDA ESTADUAL: **MARCOS CESAR PAVANI PAROLIN, PROCURADOR DO ESTADO, OAB/SP 127.155**, Carlos Kielander nº 38, São João da Boa Vista-SP, CEP 13870.000
- DO AGRAVADO: não há advogado constituído nos autos

MINUTA DE AGRAVO

EGRÉGIO TRIBUNAL;

COLEDA CÂMARA.

Inconformada com a d. decisão de fls. 19, que não recebeu o recurso de apelação sob o argumento de que em execução fiscal de valor inferior ao de alçada só caberia embargos infringentes, vem interpor recurso de agravo, pleiteando a total reformulação da aludida decisão.

1 – DOS FATOS:

Inicialmente cumpre esclarecer que a Fazenda do Estado de São Paulo propôs o executivo fiscal visando à cobrança do ICMS declarado e não pago pela

executada, referente ao mês de novembro de 2007, conforme mencionado na certidão da dívida ativa anexa.

A execução fiscal devidamente ajuizada teve seu processamento normal e, após a citação, a Nobre Julgadora de 1º grau entendeu por bem extinguí-la nos termos do artigo 267, VI, 329 e 598 do Código de Processo Civil, sustentando a inexistência de interesse de agir, face ao valor baixo do débito, o que denotaria a inutilidade do provimento jurisdicional.

Discordando do entendimento do D. Juízo *a quo*, a agravante interpôs recurso de apelação, pretendendo a reforma da decisão. No entanto, ao proceder ao juízo de admissibilidade, o Juízo de 1º grau sequer recebeu a apelação, sob o fundamento de que em execução fiscal de valor inferior ao de alçada não era cabível tal recurso, mas, sim, embargos infringentes. Contra esta decisão insurge-se nesta oportunidade a Fazenda Estadual, pelos motivos que passa a expor.

2 – RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

A decisão agravada merece ser reformada para o fim de receber e mandar processar o Recurso de Apelação interposto, bem como para o fim de reformar a decisão de fls. 12/13.

É de se ressaltar a incorreta aplicação, pelo D. Magistrado, do disposto no artigo 34 da Lei de Execução Fiscal, que se refere a “*sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor...*”.

Resta claro que a Lei de Execução Fiscal, ao se referir a “sentenças”, diz respeito à decisão final proferida nos autos dos embargos à execução fiscal, situação esta diversa da presente demanda, onde se verifica hipótese de extinção da execução fiscal sem apreciação do mérito. Neste sentido, nota trazida por Theotônio Negrão (nota 4 ao artigo 34 da Lei de Execução Fiscal, C.P.C. e legislação em vigor, 30ª Ed., Saraiva, p. 1204):

“É sentença a que julga os embargos à execução; assim, contra ela não cabe apelação, nas causas de alçada”. (TRF 5ª Turma, AC 95.239-SP, rel. Min Toreão Braz, j. 14.5.86, não conheceram, v.u., DJU 12.6.86, p. 10.344).

Não tem aplicação ao presente caso, portanto, o artigo 34 da Lei nº. 6.830/80, que se aplica às sentenças de mérito que apreciam embargos à execução.

Outrossim, merece reforma a decisão agravada para o fim de determinar o recebimento e processamento do recurso de apelação interposto. Neste sentido, encontram-se vários julgados recentes que seguem colacionados:

“EXECUÇÃO FISCAL EXTINÇÃO – PEQUENO VALOR – CRITÉRIO SUBJETIVO – ADMISSIBILIDADE. Valor inferior a 50 ORTN/OTN/BTN. Vedação de apelação nos termos do art. 34, § 1º, da Lei nº 6.830/80. Apelação conhecida como embargos infrin-

gentes. Execução que foi trancada, ao fundamento de se tratar de dívida de pequeno valor. Inadmissibilidade. Ato judicial que impede o acesso do Fisco ao Judiciário, não se podendo olvidar, por outro lado, que o município está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas do Estado, não podendo deixar de inscrever a dívida, relevando Votar que a questão “pequeno valor” é subjetiva, e dependendo do município todas as dívidas não pagas serão de “pequeno valor”, ficando coarctada a arrecadação local. Recurso provido a fim de que a execução tenha normal prosseguimento.” (TJSP – 18ª Câm. de Direito Público, Rel. Marcondes Machado, j. 19.12.2009).

MANDADO DE SEGURANÇA – Extinção de execuções fiscais de ofício pelo Magistrado por entender que, em face do valor executado, não existe interesse de agir – Inadmissibilidade – Critério de aferição sobre o que é valor antieconômico que deve ser estabelecido pelo próprio ente Municipal – Decisões anuladas – Segurança concedida. (TJSP – Mandado de Segurança nº 6778515400. 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Eutálio Porto, j. 08.05.2008.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão que negou seguimento à apelação proposta contra sentença que extinguiu execução fiscal. O agravo de instrumento é recurso adequado para atacar a decisão proferida, pois, tendo sido a execução extinta de plano, o recurso cabível é a apelação, considerando que a matéria objurgada é de direito, na medida em que se impugna o acesso ao Judiciário e o direito de executar o crédito tributário, o que se afasta dos pressupostos constantes do art. 34 da Lei nº 6.830/80. Violação ao duplo grau de jurisdição, ao direito de acesso ao Judiciário e ao reexame necessário. Questão discutida que não tem relação com o valor da execução, mas se pode ou não o Juiz extinguir ação, quando entender que o valor nela expresso é antieconômico, por considerar que o custo da cobrança do crédito é maior que o valor cobrado. Agravo provido. Recurso de apelação também provido para o prosseguimento da execução. (TJSP- AI nº 7716655000, 15ª Câmara de direito Público, Rel. Eutálio Porto, j. 08.05.2008).

EXECUÇÃO FISCAL – Extinção do processo sem julgamento do mérito por ausência de interesse processual – Inadmissibilidade – Valor Irrisório – Inadmissibilidade – Indisponibilidade de numerário de natureza pública – Determinação de retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito – Recurso Provido. (TJSP – Ap. 6123965100, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Antonio Carlos Malheiros, j. 20.05.2008).

RECURSO – Apelação – Execução fiscal – Recebimento como embargos infringentes, em Primeira Instância, por entender tratar-se de causa de alçada – Inadmissibilidade – Competência do Tribunal para dizer da viabilidade do recurso interposto, bem como para decidir se a causa é ou não de alçada – Processamento do apelo determinado – Agravo provido. (JTJ 208/217).

A sentença que culminou com a decisão agravada é totalmente equivocada, pois reputou antieconômica a cobrança dessa dívida face ao valor inicial da execução fiscal que era R\$ 379,22. Assim, o critério valorativo aferido pelo

juízo de 1º grau como interesse processual não sobrevive por seus próprios fundamentos. Interesse processual existirá desde que ocorra uma pretensão resistida, ainda que o montante perseguido seja ínfimo, e sob este aspecto seguem transcritos os seguintes julgados:

EXTINÇÃO DO PROCESSO – Execução – Valor ínfimo da causa – Irrelevância – Presunção, pelo Magistrado de primeiro grau, da falta de interesse de agir do credor – Inadmissibilidade – Direito constitucionalmente assegurado à Fazenda Pública, independentemente do montante – Observância – Recurso provido para afastar o decreto extintivo. (Apelação nº 563.017-5/2 – São Paulo – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Franklin Nogueira – 13.3.07 – V.U. – Voto nº 17.843).

EXECUÇÃO FISCAL Nº. 126 – EXTINÇÃO DO PROCESSO – CRITÉRIO FUNDADO EM PEQUENO VALOR COBRADO – DESCABIMENTO – “Incabível a extinção da execução fiscal, de ofício ou a requerimento do devedor, em razão de critério fundado em pequeno valor cobrado”. (REFERÊNCIA: Súmula da Jurisprudência Predominante nº. 2006.146.00006 – Julgamento em 21/12/2006 – Relator: Desembargador Paulo Ventura. Votação unânime. (grifo nosso).

A decisão que não recebeu a apelação e bem assim a anterior decisão que extinguiu a execução viola o direito de ação garantido constitucionalmente no art. 5º XXXV da CF, pois não cabe ao Poder Judiciário fazer juízo subjetivo daquilo que é de interesse da Fazenda Pública demandar.

Quanto à origem do débito, é de fundamental importância ressaltar que a executada enriqueceu ilícitamente, pois cobrou o imposto no preço das mercadorias que vendeu ao consumidor e depois não o repassou ao Fisco.

Na fundamentação de fls.12/13 verifica-se que a decisão proferida não se pautou em qualquer dispositivo legal, sendo, portanto, arbitrária e contrária ao ordenamento.

Há, assim, nítido interesse processual. Por outro lado, as custas do processo serão suportadas pelo vencido, ao final, não havendo falar-se em antieconomicidade. Ademais, ao fazer o juízo de admissibilidade e não receber a apelação por entender que a mesma só é cabível em execuções de valor superior ao de alçada, e sequer recebê-la como embargos infringentes, é evidente que a magistrada suprimiu o duplo grau de jurisdição, princípio implícito garantido na constituição Federal.

Referido princípio está implícito na Constituição Federal de acordo com a interpretação de alguns dos seus dispositivos tal como art. 5º, LI e art. 105, III.

Se o duplo grau de jurisdição é assegurado constitucionalmente, as exceções a esse direito só podem estar previstas na própria Constituição Federal, como por exemplo, no caso de foro de prerrogativa, previsto para o processamento de feitos contra autoridades da República, e que prevê como órgão jurisdicional com competência originária, Tribunais de Segunda Instância, e até mesmo o próprio no STF.

O princípio do duplo grau é um direito fundamental, com previsão constitucional, e não pode ser objetado por normas infraconstitucionais.

Aliás, no caso em apreço, o Juízo *a quo* deveria, ao menos, ter procedido a remessa necessária (ou recurso de ofício), tendo em vista que a sentença foi proferida contra a Fazenda Pública. Ressalte-se ainda que a vedação contida no § 2º, do art. 475 do CPC não se aplica ao caso em virtude do que foi alegado acima.

Quanto ao mérito, face à injustiça da decisão agravada, requer-se o conhecimento do agravo para que, como medida de economia processual, seja reformada não apenas a decisão agravada, mas o mérito do recurso de apelação, reformando-se a sentença anteriormente prolatada. Desnecessários outros argumentos para poupar essa C. Câmara do enfado da repetição, a Fazenda reitera os termos da apelação apresentada.

3 – DO PEDIDO

Ante o exposto, espera e requer o Estado de São Paulo seja o pedido julgado procedente, para o fim de reformar a decisão proferida, determinando-se o processamento e provimento do recurso de apelação interposto.

Requer seja conferido efeito ativo ao presente recurso, para o fim de determinar a imediata subida dos autos para apreciação do recurso de apelação interposto, requerendo-se, outrossim, face à maturidade da causa e autorização do Digesto Procedimental, seja dado provimento à própria apelação, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Assim agindo, Vossas Excelências estarão praticando a tão almejada JUSTIÇA!

4 – PREQUESTIONAMENTO

Caso, no entanto, este D. Tribunal entenda por bem em manter a sentença proferida, requer que sejam apreciadas as questões relativas à violação de legislação Federal e da Constituição Federal, expressamente prequestionando para futura interposição de recurso aos Tribunais Superiores.

De São João para São Paulo, 4 de fevereiro de 2010.

MARCOS CESAR PAVANI PAROLIN
Procurador do Estado
OAB/SP 127.155

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA

REGISTRADO(A) SOB Nº 03487878

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0069899-42.2010.8.26.0000, da Comarca de Jaguariúna, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sendo agravado LOLI & CIA. LTDA. MICROEMPRESA.

Acordam, em 4.a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR SORTEADO. ACÓRDÃO COM O 2º JUIZ.”, de conformidade com o voto do(a) Relator (a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI STOCO, vencedor, RICARDO FEITOSA, vencido, RUI STOCO (Presidente) e THALES DO AMARAL.

São Paulo, 21 de março de 2011.

RUI STOCO

Relator Designado

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

VOTO N.º 11.857/11.

Relator Sorteado: Des. Ricardo Feitosa

Relator Designado: Des. Rui Stoco

4a Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento n.º 0069899-42.2010.8.26.0000 – Jaguariúna – AGRAVANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO – AGRAVADA: LOLI & CIA. LTDA.

EMENTA: Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. Crédito de pequeno valor. Extinção do processo pelo Juízo de origem, sob alegação de falta de interesse processual. Apelação da exequente contra a extinção. Ineficácia do art. 34 da Lei n.º 6.830/80, que previa apenas os recursos de embargos infringentes e de declaração, para o próprio juízo, quando o valor da execução fosse igual ou inferior a 50 ORTN. Obri-

gação reajustável extinta e não substituída por outra. Falta de expressão econômica das ORTN que torna sem efetividade o preceito legal. Necessidade de resguardo do direito constitucional de recorrer. Agravo provido e conhecida a apelação, dando-se a ela provimento, nos termos do art. 515, § 3o, do Código de Processo Civil, para que a execução tenha prosseguimento.

VISTOS,

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da Execução Fiscal que promove contra **LOLI & CIA. LTDA.**, pretendendo a reforma da r. decisão.

Alegou a agravante que proposta ação de execução fiscal com o objetivo de obter a satisfação de valores de ICMS não recolhidos, o Juízo monocrático julgou extinta a ação, nos termos dos arts. 267, VI, 329 e 598, do Código de Processo Civil, por reconhecer a inexistência do interesse de agir da exequente, em virtude do baixo valor reclamado.

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo apresentou apelação, recebida como Embargos Infringentes, com fulcro no art. 34 da Lei nº 6.830/80.

É contra esta decisão que se insurge a recorrente, pleiteando provimento ao agravo interposto para reforma da r. decisão, para anular a sentença proferida e determinar o prosseguimento da execução.

Anota-se que o recurso é tempestivo, foi recebido e regularmente processado. É o relatório.

II – Cabe, por primeiro observar que, tendo o juízo de origem rejeitado, *in limine*, a inicial da execução, não há citação da executada, razão pela qual o agravo foi colocado à mesa de julgamento independentemente dessa providência.

O *caput* do art. 526 do Código de Processo Civil, por sua vez, determina que “o agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso”.

O parágrafo único do referido art. 526 dispõe que “o não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo”.

Nesse sentido decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“A não observância do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil leva à ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não conhecimento do recurso. Caso a agravante não observe essa norma no prazo, disso tomando ciência o Relator, por iniciativa do agravado ou informação do Juiz, deverá ter por prejudicado o agravo, delç não conhecendo, por falta de pressuposto do seu desenvolvimento” (STJ –4 T. – REsp. 181.359 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j . 23.12.98-RSTJ 115/383).

Ocorre que a agravada não se manifestou nos autos, por não ter sido citada para a ação principal.

Assim, por não poder ser suprida a manifestação que é incumbência exclusiva da agravada, impõe-se, também sob esse ângulo, o conhecimento do agravo.

III – Divergi do ilustre e culto relator sorteado que negava provimento ao recurso. A r. decisão que rejeitou o recurso de apelação não pode prevalecer.

Isto porque, não se vislumbra acerto no julgamento de extinção do processo, sem resolução do mérito, e na posterior rejeição do recurso interposto, com fundamento no art. 34 da Lei n.º 6.830/80.

A ORTN (Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional) foi extinta, de modo que, inexistindo outra obrigação ou indexador que a substituísse, já não se lhe pode dar mais valor econômico.

Significa dizer que o art. 34 da Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830/80) já não tem mais eficácia ou efetividade, considerando que já não é mais possível saber quanto corresponde 50 ORTN se possível fosse convertê-la para a moeda corrente atualmente.

Não tendo mais eficácia, não há falar no recurso anômalo criado pelo art. 34 sob comentário, de modo que qualquer decisão proferida em sede de execução fiscal pode ser objeto de apelação.

Destarte, posicionamento em confronto com tal entendimento afronta o consagrado princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, impedindo a revisão da decisão por um Órgão colegiado.

IV – Aberta a possibilidade de recurso ordinário previsto na legislação codificada, impõe-se receber e conhecer da apelação, sob pena de ofensa ao princípio constitucional do direito de recorrer.

E, já incursionando no *meritum causae*, impõe-se observar que, também nessa quadra, a r. sentença não se sustenta.

Mostra-se desimportante o valor envolvido na ação de execução fiscal, pois a partir da formação do título executivo, seja extrajudicial, através da certidão da dívida ativa ou da sentença com trânsito em julgado que declara o direito de a Fazenda haver valores, estes se convertem em dinheiro público, que não podem ser evadidos ou renunciados, salvo mediante lei expressa.

E, ainda, nas ações de execução promovidas pela Fazenda Pública, tem ela direito às verbas de sucumbência.

Desse modo apenas a autoridade fazendária é que poderá deliberar quanto ao recebimento ou não de tais valores e, ainda, com restrições, pois só o fará de forma regrada, quando escorada em preceito legal autorizador ou norma regulamentar interna.

A jurisprudência conforta a pretensão da Fazenda Estadual, e os dois aspectos abordados acima, como se verifica abaixo:

Execução Fiscal. Extinção. Fundamento. Inexpressividade do crédito fiscal. Inadmissibilidade. Circunstância que não implica a falta de interesse de agir. Processamento e apreciação dos embargos infringentes determinados. Agravo provido. (JTJ 197/189).

Execução Fiscal. Valor ínfimo do crédito. Agravo. Inconformismo com decisão que indeferiu processamento de embargos infringentes ao pretexto de inexistência de interesse de agir. Inadmissibilidade. O interesse de agir diz respeito à adequação da tutela pretendida, sem se confundir com o bem jurídico material objeto do pedido. O valor da execução, ainda que ínfimo, não desfigura o interesse de agir. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP-2a C. Dir. Público – AI 073.335-5 – Rel. Aloísio de Toledo – j . 24.3.98).

Execução Fiscal.. Valor ínfimo do crédito. Indeferimento da inicial por ausência de interesse de agir. Embargos Infringentes opostos pela Fazenda do Estado, cujo processamento foi negado por igual fundamento. Agravo interposto visando à sua reforma. Conhecimento e provimento. - “Em princípio, não é admissível nenhum recurso de decisão proferida em processo de valor inferior a cinquenta ORTN. A decisão proferida, que implica vedar o acesso à Justiça e violar direito líquido e certo de que é titular a Fazenda Pública, impõe a este Tribunal o conhecimento do recurso. O interesse de agir deve ser aferido em função da adequação e da necessidade de tutela jurisdicional, independentemente do valor substancial, ou não do bem de vida objeto da ação” (TJSP-Ia C. Dir. Público – AI 40.880-5 – Rel. Nigro Conceição – j . 22.4.97).

No mesmo sentido: TJSP-Ia C. Dir. Público – AI 49.788-5 – Rel. Nigro Conceição – 4.11.97.

Apelação Cível. Ação Ordinária proposta por servidores públicos estaduais julgada improcedente. Processo em fase de execução. Extinção ex officio da execução nos termos do art. 794 caput, c.c. o art. 267, VI, do CPC. Alegação de ser o valor antieconômico, que inviabiliza a cobrança. Inadmissibilidade. Dinheiro público irrenunciável, salvo mediante lei específica. Impossibilidade de se extinguir a execução sem ouvir a parte interessada. Recurso provido. (TJSP – 3ª C. Dir. Público – Ap. 43.188-5/0 – Rel. Rui Stoco – j . 5.10.99 – Voto 1.174/99).

Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. ICMS. Crédito de pequeno valor. Extinção do processo pelo juízo de origem, sob alegação de falta de interesse processual. Recurso da exequente de apelação contra a extinção a que se negou seguimento. Inadmissibilidade. Ineficácia do art. 34 da Lei n.º 6.830/80, que previa apenas os recursos de embargos infringentes e de declaração, para o próprio juízo, quando o valor da execução fosse igual ou inferior a 50 ORTN. Obrigação reajustável extinta e não substituída por outra. Falta de expressão econômica das ORTN que torna sem efetividade o preceito legal. Necessidade de resguardo do direito constitucional de recorrer. Agravo recebido e conhecido como apelação e provido para que a execução tenha prosseguimento. (TJSP – 3a C. Dir. Público – AI 346.219-5/1 – Rel. Rui Stoco – j . 7.10.2003).

Ademais, essa Egrégia Quarta Câmara vem dando conforto também ao entendimento acima, confira-se, nesse sentido, as decisões abaixo:

Execução fiscal. Causa de alçada. Extinção do processo por falta de interesse do Fisco para agir. Apelação do Estado recebida como embargos infringentes. Apelação que não se confunde com embargos infringentes, estes a pressuporem sentença que antes julga os embargos à execução, nas causas de alçada. Inexistência de embargos à execução, no caso. Agravo de instrumento provido para recebimento da apelação. (TJSP – 4ª C. Dir. Público – AI 078.100-5/0 – Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello – j . 7.5.98).

Recurso. Execução fiscal. Extinção a pretexto da inexistência de interesse dada a relação “custo/benefício”. Inadmissibilidade. Crédito fiscal cuja cobrança está a cargo da Fazenda Pública. Processamento do recurso da apelação regularmente interposto. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – 4ª C. Dir. Público – AI 152.408-5/5 – Rel. Aldemar Silva – j . 1º.4.2000).

Execução fiscal. Extinção do processo sem julgamento do mérito por considerar o Juiz inexpressivo o valor em cobrança. Apelo da Fazenda não conhecido por considerar a autoridade judicial cabíveis embargos infringentes, com base no art. 34 da lei 6.830/80. Supremacia do interesse público, que é indisponível. O valor reduzido ou até ínfimo do crédito não induz falta de interesse de agir, condição da ação que não se confunde com objeto do pedido e que, no caso, acha-se presente. Agravo de instrumento provido para o fim especificado. (TJSP – 4ª C. Dir. Público – AI 345.142-5/2-00 – Rel. Ferreira Rodrigues – j . 1º.4.2004)

Execução fiscal. Extinção do processo sem apreciação do mérito por alegada falta de interesse de agir. Valor inferior a 50 ORTNs. Apelação recebida como embargos infringentes, nos termos do art. 34 da LEF, que acabaram rejeitados. Agravo de Instrumento. Recurso provido para reforma da decisão, com recebimento da apelação e, por aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, dar provimento a esta para determinar o prosseguimento da execução. (TJSP – 4ª C. Dir. Público – AI 664.364-5/100 – Rel. Ferreira Rodrigues – j . 17.4.2008)

V - Em razão do exposto, dão provimento ao agravo de instrumento para receber e conhecer o recurso de apelação ao qual dão provimento para que a execução fiscal tenha regular prosseguimento, aplicando-se à espécie o art. 515, § 3.º, do Código de Processo Civil.

RUI STOCO
Relator designado

A persecução penal nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/90

VALÉRIA MARTINEZ DA GAMA¹

Resumo: A atual Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, tem como elemento descritivo do tipo a ação de suprimir ou reduzir tributo.

A discussão sobre a independência, ou não, da esfera penal e administrativa para a persecução penal surgiu com a vigência do artigo 83 da Lei 9.430/96, que prevê o encaminhamento de representação fiscal para fins penais, relativa aos crimes contra a ordem tributária, ao Ministério Público, após o término do processo administrativo sobre o crédito tributário correspondente.

No que se refere aos crimes tipificados na Lei 8.137/97, e diante da disposição normativa prevista no artigo 83 da Lei 9.430/96, surgiu debate sobre o início da persecução penal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.571-1 tornou incontroverso que a representação fiscal, prevista no artigo 83 da Lei nº 9.430/96, tem como destinatários os agentes fiscais, pois o Ministério Público tem autonomia para formar a sua *opinio delicti*.

Para os que atribuem ao lançamento tributário natureza jurídica declaratória, ocorrendo o crime, o *Parquet*, tendo indícios de autoria e prova de materialidade, já pode iniciar a persecução penal, pois não lhe é exigido qualquer condição de procedibilidade.

Já o posicionamento de que o lançamento definitivo é constitutivo do crédito tributário, condiciona a persecução penal à decisão definitiva do processo administrativo, seja porque é uma questão prejudicial heterogênea, nos moldes do artigo

1 – Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo
– Procuradora do Estado de São Paulo
– Especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo

93 do Código de Processo Penal, seja porque o tributo é elemento normativo do tipo ou condição objetiva de punibilidade.

Palavras-chave: Tributo. Lançamento. Representação Fiscal. Crime. Ação Penal Pública Incondicionada.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil tenha uma atuação extremamente abrangente, visando assegurar a prestação de serviços públicos que favoreçam o desenvolvimento integral do Estado Democrático de Direito e, assim, alcançar seus objetivos fundamentais, dentre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos (art.3º).

O Estado, em sentido lato, necessita de receitas para pagar as despesas previstas pelas leis orçamentárias, sob pena de que os planos governamentais que visam ao atendimento do interesse público sejam afetados.

Para que o Estado possa fazer frente às necessidades públicas das quais foi incumbido pela CF, o próprio texto constitucional previu a criação do sistema tributário nacional, que autoriza os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a instituir tributos nos estritos limites dos comandos constitucionais.

Entretanto, ordinariamente, verifica-se que alguns ramos da sociedade promovem uma economia fiscal ilícita, acarretando evasão fiscal, que pode, eventualmente, inviabilizar o cumprimento das funções públicas mais prementes.

Este trabalho não pretende perquirir os motivos que levam à prática de atos visando à redução ou supressão de tributo, mas, sim, analisar a necessidade da finalização do procedimento administrativo fiscal, para a instauração da persecução penal em relação aos crimes contra a ordem tributária previstos, atualmente, na Lei 8.137/90, que revogou integralmente a Lei 4.729/65, que, por sua vez, havia tipificado originariamente os delitos de sonegação fiscal.

A atual Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, tipifica condutas praticadas com o fim de suprimir e reduzir tributos por meio de fraude.

O debate sobre a independência, ou não, da esfera penal e administrativa veio à tona com a vigência da Lei 9.430/96, que em seu art.83 determina:

A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Diante desta disposição legal, tornou-se polêmica a suposta obrigatoriedade de decisão final na via administrativa (na qual se discute se houve, ou não, supressão ou redução de tributos) para se dar início à *persecutio criminis*.

Assim, este trabalho pretende debater a necessidade do exaurimento do processo administrativo fiscal, no qual se discute se, efetivamente, existe débito fiscal, para posteriormente instaurar-se a persecução penal (que engloba o inquérito e a ação penal).

Este trabalho pretende investigar se o ordenamento jurídico, que engloba os crimes contra a ordem tributária, tem como fim imediato punir o contribuinte que lesou o erário ou se é um sistema cuja punibilidade do infrator é um objetivo mediato, que está desprestigiado diante da conveniência de se utilizar a eventual persecução penal como forma de cobrança indireta de tributo, ou seja, evitar unicamente a evasão fiscal.

I. Tributo

O conceito de tributo demanda uma análise profunda para que se possa compreender qual o momento em que se pode iniciar a persecução penal nos crimes contra a ordem tributária.

Para saber se determinada conduta representa um delito tipificado pelo ordenamento jurídico como crime contra a ordem tributária, é indispensável entender o que é tributo, pois, é princípio basilar que as interpretações dos tipos penais devem ser feitas *stricto sensu*, sob pena de ferir o princípio da legalidade.

Ao longo de seu texto, a Lei 8.137/90 refere-se ao conceito de tributo, a fim de tipificar determinadas condutas como crimes contra ordem tributária, e não é por outro motivo que entender o que é exatamente tributo é *conditio sine qua non* para a compreensão dos delitos previstos na lei.

De acordo com o art. 3º. do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

E sob o aspecto financeiro, tributo é uma receita do Estado, assim como as multas, doações e preços públicos, dentre outras formas de obtenção de numerário ao erário.

Depreende-se então que a relação jurídica tributária é de direito público, que surge pela ocorrência de um fato no mundo que se enquadra perfeitamente na norma tributária, tendo como sujeito ativo o Fisco e passivo o contribuinte (em regra, e excepcionalmente, um terceiro) e o objeto uma importância em dinheiro.

II. Lançamento e crédito tributário

Em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três modalidades de lançamento: direto (de ofício), por declaração (ou misto) e por homologação (autolançamento), mas há estudiosos que admitem a possibilidade de uma lei ordinária instituir um tributo, cuja exigência não dependeria de lançamento.

Defini-se lançamento direto como aquele cujos todos os atos necessários para verificar a ocorrência do fato imponible, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo e a penalidade cabível (se for o caso) são feitos exclusivamente pela autoridade administrativa. O IPTU é, em regra, lançado pela autoridade administrativa (direto), sem nenhuma participação do sujeito passivo.

No lançamento por declaração, o sujeito passivo tem a obrigação legal de prestar informações (através de uma declaração) à autoridade administrativa que, com base nesses dados prestados, efetua o lançamento. Exemplo típico de lançamento por declaração é o imposto de transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens e direitos (inciso I, art. 155 da CF/88), no qual o sujeito passivo declara o valor do bem transmitido e a autoridade administrativa, fundamentada nesta declaração, lança o tributo.

No lançamento por homologação (autolançamento), cujos exemplos típicos são o IPI, ICMS e atualmente também o imposto de renda, o sujeito passivo deve realizar o pagamento do tributo “sem prévio exame da autoridade administrativa” (art. 150 do CTN). Ou seja, cabe ao sujeito passivo apurar o *quantum debeatur* do tributo, informar o valor devido ao Fisco e pagá-lo no prazo fixado na lei ou decreto, antes mesmo da análise da autoridade administrativa. Posteriormente, tomando conhecimento da atividade do sujeito passivo, o Fisco expressamente a homologa.

Porém, como bem adverte Luiz Felipe Silveira Difini²:

Mas isso não é o que ordinariamente ocorre. Homologação expressa de lançamento pela autoridade é hipótese que se pode dizer inexistente. O contribuinte, na verdade, pratica todas as operações próprias do lançamento (identifica a ocorrência do fato gerador, quantifica a base de cálculo, aplica a alíquota, calcula o montante do tributo devido e até eventual multa moratória, identifica o sujeito passivo – ele próprio) e efetua o pagamento e a autoridade nada faz, nem sequer homologa expressamente aquela atividade, como previsto no art. 150, caput. Queda-se absolutamente inerte. Aplica-se, então, o disposto no § 4º do art. 150: “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Chama-se tal de “homologação tácita” do lançamento.

Diante desses conceitos, é peremptório ingressar na discussão doutrinária do momento constitutivo do crédito tributário, pois como anteriormente dito, não haverá crime sem a ordem tributária ter sido lesada por uma conduta típica e, por conseguinte, não havendo lesão ao direito material tributário, não há fundamento para o início de uma persecução penal para apuração de delitos desta natureza.

2 DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 272-273.

O conceito de lançamento é fundamental para saber o momento constitutivo do crédito tributário, porque há uma discussão de longa data se o lançamento apenas reconhece a existência do crédito tributário da Fazenda Pública, decorrente da ocorrência do fato gerador ou se é por ele constituído propriamente dito.

Paulo de Barros Carvalho³ é um dos juristas que, atualmente, propugna a natureza constitutiva do lançamento. Todavia, o autor já teve opinião diversa sobre o caráter do lançamento, defendendo a eficácia declaratória do lançamento.

Em consonância com o posicionamento anterior, Carvalho⁴ em seu *Curso de Direito Tributário* (1998) propugnava:

Situamo-nos entre aqueles que não veem sentido na discussão acerca da eficácia declaratória ou constitutiva do lançamento, pelos motivos que já mencionamos ao versar sobre o nascimento da obrigação e do crédito tributário. Advogamos, francamente, a tese declarativista, que toma o lançamento como ato administrativo que formaliza a pretensão do sujeito ativo, reportando-se à data da ocorrência do fato, momento em que surgiu a obrigação tributária. Para a teoria da eficácia constitutiva, é pelo lançamento que se cria a obrigação, com o que não concordamos. (grifo nosso).

Assim como entendia Paulo de Barros Carvalho, há ainda outros juristas que defendem a natureza jurídica declaratória do lançamento, como Luiz Felipe Silveira Difini⁵.

O CTN fez opção pela corrente declarativista, ao dispor, no seu art. 113, § 1º, que a obrigação tributária “surge com a ocorrência do fato gerador”. E, ainda, o art. 144, caput, afirma que “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”. Justamente porque a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato imponível e o lançamento apenas declara tal e não cria (constitui) a obrigação é que se observará a lei vigente no momento da ocorrência do fato imponível e não do lançamento, se acaso modificada no período.

De fato, da interpretação do art.113, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN)⁶ deduz-se que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato imponível e, destarte, o lançamento teria efeitos *ex tunc*, declaratórios do fato gerador *in concreto*, portanto.

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19ª edição revista. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 10ª edição, revista e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 258-259

5 DIFINI, 2008, p. 265-266.

6 Art.113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

Entretanto, o art.142 deste mesmo CTN define lançamento como:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifo nosso).

Sob a ótica deste dispositivo do CTN, a teoria de que o crédito tributário é constituído pelo lançamento é sustentada por muitos estudiosos do Direito.

Contudo, Difini⁷ tem relevância nesta questão em debate:

A distinção buscada entre crédito e obrigação tributária é artificial. O crédito é um dos elementos (prestação) da obrigação tributária. O Código optou pela tese da eficácia declaratória do lançamento, ao dispor que a obrigação tributária nasce com o fato gerador (imponível). A menção à constituição do crédito tributário no art. 142 é simples impropriedade, pois se funda em uma distinção que não se sustenta ontologicamente. (grifo nosso).

Segundo Paulsen⁸, “Com o surgimento da relação jurídico-tributária, decorrente incidência da norma tributária impositiva sobre o fato gerador, tem-se por existentes o débito e o crédito tributário.” (grifo do autor).

Mutatis mutandis revela-se um disparate admitir crédito sem obrigação ou vice-versa, seja em qualquer âmbito do direito – público ou privado.

Embora o estudo da natureza jurídica do lançamento seja relevante, o objeto deste trabalho é a análise de quando se deve iniciar a persecução penal nos crimes contra a ordem tributária e, para isso, é indispensável definir o momento em que surge o crédito tributário para o Fisco (sujeito ativo) e a correspondente obrigação tributária para o sujeito passivo (contribuinte ou responsável).

Assim, posicionando-se de acordo com a eficácia declaratória do lançamento, ou seja, no sentido de que o crédito tributário nasce com a ocorrência do fato gerador (fato imponível), em tese, os tipos penais dos crimes contra ordem tributária já poderiam ter se operado, independentemente de qualquer finalização de processo administrativo.

Por outro lado, entendendo-se que, somente com o lançamento, o crédito tributário está efetivamente constituído, por consequência, conclui-se que se deve aguardar o seu término, sem mais possibilidades administrativas de sua alteração (também denominada por alguns como coisa julgada administrativa), para verificar se algum objeto jurídico protegido pela Lei 8.137/90 foi ofendido pelo sujeito passivo.

7 DIFINI, 2008, p. 267.

8 PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 166.

Contudo, essas ponderações de direito tributário sobre a natureza jurídica do lançamento acarretam algumas dúvidas em relação aos aspectos de direito penal e processual penal.

A título de exemplo, pergunta-se: os tributos autolancados (ou por homologação) que, por evidência, não têm processo administrativo para o lançamento, mesmo adotando-se a teoria constitutiva do lançamento, o Ministério Público, que é o *dominus litis* da ação penal pública, teria que aguardar a homologação expressa do Fisco ou o decurso do prazo previsto no art. 150 do CTN para dar início à persecução penal, caso tenha conhecimento de indícios de autoria e prova de materialidade de crime contra a ordem tributária?

E mais, qual seria a data de abertura da *persecutio criminis* nos chamados tributos sem lançamento, admitidos por grande parte da doutrina?

Apenas para exemplificar, novamente utiliza-se dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho⁹, defendendo a existência desses ditos “tributos sem lançamento”:

Preconceito inaceitável é o de grande parte da doutrina brasileira, para a qual o lançamento estaria sempre presente ali onde houvesse fenômeno de índole tributária. Dito de outro modo: o lançamento seria da essência do regime jurídico de todos os entes tributários.

A preposição não é verdadeira. Para sustentá-la, seus adeptos não hesitam em ver lançamento em atos que com ele não se afinam, mesmo que a experiência brasileira esteja a mostrar vários tributos que nascem, vivem e se extinguem, sem a necessidade que o Estado movimente seu aparelhamento administrativo e expeça atos da natureza daquele que examinamos.

III. Aspectos penais relevantes sobre os crimes contra a ordem tributária

O Estado, como ente soberano que é, tem o poder de punir pessoas que cometem atos considerados mais graves à sociedade e que são erigidos à condição de crime (delito).

Destarte, nem todos os bens jurídicos são protegidos pelo Direito Penal, mas apenas aqueles que são vitais para a convivência social.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹⁰ explicam o caráter diferenciador do direito penal:

Em síntese: sustentamos que o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador. (grifo dos autores).

⁹ Op. cit., p. 284-286

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 98-99,

Com efeito, o legislador tipifica uma conduta como crime, quando outros ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo, não são suficientes para inibir a ofensa a bens jurídicos fundamentais à coletividade.

O descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória certamente caracteriza uma infração tributária, que pode acarretar multas tributárias, sem, no entanto, ser considerada uma conduta criminosa.

Presume-se que o legislador brasileiro deve ter entendido que determinadas condutas contra a ordem tributária eram extremamente reprováveis e que os demais ramos do Direito não se demonstravam aptos a coibi-las e, por tal motivo, tipificou-as originariamente como delitos de sonegação fiscal através Lei 4.729/65, que, por sua vez, foi integralmente revogada pela Lei 8.137/90.

A ab-rogada Lei 4.729/65 previa hipóteses abstratas incriminadoras nas quais a consumação do tipo não necessitava de resultado naturalístico. Eram delitos denominados pela doutrina como de mera conduta ou formais, que se consumavam unicamente com a prática da ação ou omissão proibida.

A atual Lei 8.137/90 em seus arts. 1º e 2º alça à condição de crime condutas praticadas por particulares visando à supressão ou redução de tributo ou contribuição social e qualquer acessório. A ocorrência do resultado naturalístico (supressão ou redução de tributo) é indispensável para a consumação do crime. Daí existir corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que a atual lei criou tipos penais materiais e de dano, pois só se consumam com a perda real do bem jurídico tutelado¹¹, quer dizer, com a ocorrência do resultado descrito no tipo.

11 “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

Não há tipificação de modalidade culposa, sendo assim, somente haverá crime se o dolo estiver presente na conduta do agente.

Nelson Bernardes de Souza assim se posiciona:

A unanimidade da doutrina considera o delito do art. 1º da Lei nº 8.137/90 como sendo delito material, de dano, para cuja consumação é necessária a produção do resultado previsto no tipo: suprimir ou reduzir tributos. Tal não ocorria com a descrição legal da Lei 4.729/65, em que bastava a prática de qualquer das condutas, independentemente do resultado. Dificuldade de interpretação pode surgir em relação às ações típicas elencadas no art. 2º da Lei nº 8.137/90, que em sua maioria se constituem em crimes formais, ou de mera conduta. Porém, o caput do art. 2º estatui que constituem crimes da mesma natureza a prática das ações previstas em seus diversos incisos.¹² (grifo do autor).

Porém, o *Habeas Corpus* nº 81.611-8, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence foi Relator e a ordem foi concedida por maioria de votos, faz alusão ao voto do Ministro Néri da Silveira no *Habeas Corpus* nº 77002 que conclui que os crimes do art. 1º e 2º da Lei 8.137/90 são formais:

O voto do Ministro Néri, no HC 77002, parece endossar o parecer então oferecido pela Procuradoria- Geral, a teor do qual “os crimes previstos na Lei 8.137, em particular aqueles capitulados nos arts. 1º e 2º, são formais, ou seja, não se exige a produção de um resultado para a sua consumação”, para concluir daí que “não fica impedido o Ministério Público de instaurar ação penal, apesar de ainda pendente o procedimento administrativo”.¹³

Predomina o entendimento de que pelo menos os crimes tipificados no art. 1º da Lei 8.137/90 são materiais, porém, não se adentrará na discussão sobre a natureza jurídica dos tipos penais da legislação anterior e da atual, a fim de não se desvirtuar da persecução penal.

Certo é que, em comum para ambas as leis, sonegação fiscal consiste em o contribuinte, voluntariamente, utilizar procedimentos que violem a lei e/ou regulamento fiscal com o fim de omitir ou suprimir tributo. Em outros termos, são crimes que exigem dolo específico, qual seja, o intuito de não pagar total ou parcialmente tributo (para efeitos desse trabalho, inclui-se no conceito de tributo a contribuição social a que faz alusão o *caput* do art. 1º da Lei 8.137/90).

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

12 Nelson Bernardes de Souza. *Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n.º 8, mar. 1997. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311). Acesso em: 19 jan.2009.

13 SILVEIRA, Ministro Néri, HC 77002 apud Pertence, HC 81611, 2003, p. 104.

Com objetivo de compreender acórdãos paradigmas do Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 1.571-1 e HC/DF 81.611-8), que serão abordados mais adiante, necessário ainda se faz conceituar, mesmo que de forma sucinta, institutos primários de direito penal, a começar pelo de crime.

Damásio E. de Jesus¹⁴ afirma que crime é fato típico e antijurídico. Entretanto, para a aplicação da pena é indispensável que seja também culpável.

Fato típico é a conduta humana, comissiva ou omissiva, que se enquadra, em respeito ao princípio da reserva legal, na lei penal. Corroborando esse conceito, a descrição feita pela lei penal como conduta proibida é justamente o tipo.

No tipo penal há elementos objetivos, subjetivos e normativos.

O objetivo ou descritivo refere-se à materialidade do fato criminoso e expressa um juízo de certeza. Não demanda qualquer juízo de valor. Por exemplo, no caso do art. 1º da Lei 8.137/99 é “suprimir” ou “reduzir”, ou seja, o verbo.

O elemento subjetivo representa a finalidade, intenção do agente (sujeito ativo do crime), enquanto que o normativo é um termo ou expressão que demanda uma avaliação do intérprete do seu significado jurídico, antijurídico, moral ou social.

A antijuridicidade, sob o aspecto formal, pressupõe que o comportamento do homem seja contrário à ordem jurídica e que não esteja amparado por uma das excludentes de antijuridicidade (ou ilicitude) previstas no Código Penal, mais especificamente no art. 23, que determina não haver crime quando o agente pratica o fato jurídico em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito.

Certo é que há outras causas específicas de exclusão de ilicitude, como por exemplo, o aborto praticado por médico para salvar a vida da gestante (inciso I, art. 128 do Código Penal). E justamente por serem específicas para determinados comportamentos humanos e não manterem relacionamento com os crimes contra a ordem tributária, o presente trabalho não as detalhará, para não se desviar do tema em comento.

Fixar-se-á apenas nas excludentes gerais de ilicitude do art. 23 do Código Penal, que se aplicam indiscriminadamente a qualquer conduta humana (ação ou omissão) que seria um ilícito penal, mas que em razão da incidência de uma de suas causas deixa de ser antijurídica e, destarte, não configura crime.

A antijuridicidade (ilicitude) material ou substancial “é a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal violada. É, portanto, o caráter antissocial do fato típico.”¹⁵

14 JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p.30.

15 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 234

A conceituação material da antijuridicidade permite um juízo de valor sobre os interesses penalmente protegidos, admitindo-se as causas supraleais de exclusão da ilicitude.

Relevante para o trabalho é a aceitação doutrinária das chamadas “causas supraleais” de exclusão de ilicitude, que admitem que um fato típico possa não ser ilícito em face de uma análise sobre juízo de valor.

Exemplo de “causa supraleal” é o princípio da insignificância, segundo o qual o direito penal não deve intervir quando a lesão jurídica é mínima ou aceita pelos costumes sociais.

O “crime de lesão mínima” ou de “bagatela” fundamenta-se, desde o direito romano, que tinha como brocardo *minimis non curat praetor* (o pretor não cuida de ninharias).

Com fundamento no princípio da insignificância (causa supraleal), o crime de “bagatela” não tem sido considerado antijurídico, podendo, quiçá, englobar nesse exemplo a redução de valor mínimo de tributo, que, a despeito de ser um fato típico, não seria ilícito, em razão da incidência de uma causa supraleal de antijuridicidade.

Por fim, como os acórdãos do Supremo Tribunal Federal que serão adiante estudados se referem expressamente sobre condição objetiva de punibilidade *a latere*, esclarece-se que se trata de um conceito sem previsão legal e, para muitos estudiosos do direito, sequer é uma condição vinculada à punibilidade, entendendo-a como um elemento objetivo do tipo.

Entrementes para aqueles que a aceitam como tal, é considerada como um fato jurídico futuro e incerto, não coberto pelo dolo do agente e exterior ao crime, que condiciona a imposição da pena. Nada mais é do que uma condição para punir, apontada como exemplo clássico a sentença declaratória da falência nos crimes falimentares, conforme assim determina o art. 187 da Lei nº 11.101/05:

Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

Pois bem, feitas estas observações sobre o direito material, substancial, que é o direito penal tributário tipificado nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90, dá-se início ao estudo mais aprofundado do respectivo direito processual penal.

IV. Aspectos gerais da persecução penal

No momento em que um crime é cometido surge imediatamente o dever do Estado de punir o agente e o correlato direito deste de se defender amplamente.

O direito processual penal é o conjunto de normas e princípios que têm por objetivo regular a pretensão punitiva do Estado e o direito de defesa do autor do

ilícito (réu), consagrando o *due process of law* previsto no inciso LIV, art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Inserese no princípio do devido processo legal o sistema processual penal acusatório adotado no Brasil, no qual a função de acusação é atribuída ao Ministério Público (nas ações penais públicas) ou ao ofendido ou seu representante legal (nas ações penais privadas) e a função de julgamento é conferida ao Poder Judiciário. Difere-se do sistema inquisitório, pois neste, as funções de acusação e de julgamento são de competência de um só órgão ou pessoa.

Não há dúvidas sobre o caráter nacional do Código de Processo Penal que regula, através de normas cogentes e de ordem pública (que não admitem disposição em contrário entre as partes), a persecução penal, que engloba o inquérito policial e a ação penal.

O inquérito policial é um procedimento investigatório inquisitivo, no qual o Estado, através da sua polícia judiciária, diligencia na obtenção de provas sobre a autoria e materialidade do crime e as envia ao titular da ação penal (que será o Ministério Público na ação pública ou o ofendido na privada), que analisará o material colhido e decidirá se apresentará a denúncia ou a queixa-crime.

O inquérito policial, em outros termos, tem como destinatário o titular da ação, a quem cabe analisar o mérito das provas e formar a *opinio delicti*.

É pacífico que se o titular da ação (seja ela pública ou privada) tiver elementos, indícios de autoria e prova de materialidade, que lhe permita ajuizá-la, é dispensável a instauração de inquérito policial. Portanto, o inquérito não é obrigatório, mas conveniente, pois a autoridade policial tem ao seu dispor, conforme disposições dos arts. 6º e 7º do Código de Processo Penal, uma série de diligências pertinentes para a elucidação do suposto fato criminoso, como por exemplo, “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais” (II, art. 6º).

O art. 100 do Código Penal¹⁶ classifica a ação penal em pública e privada. Este trabalho se limitará ao conceito da ação pública, haja vista que é uníssono que os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/90 são de ação pública.

A polêmica circunscreve sobre a natureza jurídica da necessidade da finalização do procedimento administrativo fiscal para a instauração da persecução penal em relação aos crimes contra a ordem tributária, mas jamais, uma vez cometido um ilícito penal tipificado na Lei 8.137/90, que a ação penal não seria pública, de iniciativa privativa¹⁷ do Ministério Público, seja o da União ou dos Estados.

16 Art. 100 – A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

17 Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Discutiu-se, isto sim, se seria uma ação pública incondicionada ou condicionada, como mais adiante se analisará.

Por ora, seguem umas pinceladas nas características da ação penal pública para melhor entender o caminho trilhado na persecução penal dos crimes contra a ordem tributária.

Assim, na ação penal pública, o Ministério Público é a parte legítima para ajuizá-la, só devendo assim fazer, por óbvio, se presentes as demais condições da ação, a saber: interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Interesse de agir corresponde, no âmbito processual penal, à existência de indícios de autoria e prova da materialidade do crime, bem como à demonstração da sua utilidade para concretização do *jus puniendi*.

Já a possibilidade jurídica do pedido é a descrição na petição inicial (que no caso da ação pública é a denúncia) de um fato jurídico considerado como ilícito penal, quer dizer, considerado típico por lei.

Muito se discutiu na doutrina se a justa causa também seria um requisito (ou condição) para o exercício da ação penal e se ela se assemelhava ao interesse de agir. Todavia, independentemente do posicionamento doutrinário adotado sobre a natureza jurídica da justa causa, certo é que se tornou expressamente obrigatória a sua presença na denúncia, sob pena desta não ser recebida, conforme prescreve o inciso III do art. 395 do Código Penal, incluído pela Lei nº 11.719, de 2008.¹⁸

Mirabete¹⁹, ao comentar o art.43 do diploma processual, revogado pela Lei 11.179/08, que tratava da rejeição da denúncia ou queixa, assim se manifesta sobre a justa causa:

*Tem incluído a doutrina entre as causas de rejeição da denúncia ou da queixa, por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir), a inexistência de indícios no inquérito ou peças de informação que possam amparar a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o *fumus boni iuris* que ampare a imputação. Tem se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido. Cabe a concessão de *habeas corpus* quando a falta de justa causa é evidenciada pela simples exposição dos fatos ou se verifica, *prima facie*, a não participação do acusado na prática do crime. Evidentemente não é necessário prova plena nem um exame aprofundado dos autos do inquérito policial ou peças de informação pelo juiz [...]*

18 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

19 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996. p. 97.

É atinente à ação penal pública o princípio da obrigatoriedade que se consubstancia no sentido de que o membro do Ministério Público, estando convencido da existência de um ilícito penal, está obrigado a promover a ação penal contra o autor da infração desde que estejam presentes as condições da ação.

Corroborando o princípio acima apontado, preconiza o *caput*, art. 127 da Carta Magna: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Vê-se, portanto, que o Ministério Público, além de ser parte na ação penal pública, também tem a função institucional de zelar pela observância da ordem jurídica e nesse sentido atua como *custos legis* (fiscal da lei), tendo a obrigação de requerer a absolvição do réu, caso verifique a existência de uma das situações elencadas no art. 386 do Código de Processo Penal²⁰, como por exemplo, a insuficiência de provas de que o réu tenha praticado o crime.

Inclusive, o art. 257 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/08, deixou bem claro que cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública e fiscalizar a execução da lei, estando este artigo do Código em perfeita consonância com os comandos constitucionais.

Finalizando essa rente inserção na parte geral do processo penal, não se pode olvidar a seguinte disposição do Código de Processo Penal:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

(...)

§ 2º Seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

Se a lei não exigir nenhuma condição específica de procedibilidade, a regra é que ação penal será pública incondicionada, ou seja, o Ministério Público não precisará de representação do ofendido ou de seu representante legal, nem de requisição do Ministro da Justiça para oferecer denúncia, quando estiver con-

20 Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

vencido de que determinado fato é ilícito penal e que há indícios de autoria e prova de materialidade.

É patente que os crimes contra a ordem tributária são praticados contra o erário (visto que são em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado ou Município) e se enquadram perfeitamente na hipótese do § 2º do art. 24 do Código de Processo Penal, devendo ser processados por ação penal pública.

Somente quando a lei expressamente exigir a representação do ofendido ou de seu representante legal, ou a requisição do Ministro da Justiça, é que existirá uma condição de procedibilidade para o Ministério Público oferecer a denúncia. Em caso contrário, não.

Frise-se, entretanto, que em respeito à independência funcional do Ministério Público, que tem autonomia para formar a sua *opinio delicti*, a representação e a requisição são meras autorizações para a instauração do inquérito policial ou ingresso da ação penal, que não vinculam o membro do *Parquet*, que pode, se assim entender, requerer o arquivamento do inquérito policial e não apresentar denúncia.

1. Peculiaridades da persecução penal nos crimes contra a ordem tributária

Parte-se agora para o estudo das especificidades processuais penais sob o aspecto normativo, doutrinário e jurisprudencial dos crimes contra a ordem tributária.

A celeuma sobre a independência das instâncias penal e administrativa nos crimes contra a ordem tributária não surgiu com a atual vigência do art. 83 da Lei 9.430/96, já existia no ordenamento jurídico a Lei nº 4.357/64, que autorizava a emissão de obrigações do Tesouro Nacional e alterava a legislação do imposto sobre a renda, além de outras providências, e que em seu art. 11 definiu como crime de apropriação indébita determinadas condutas relacionadas ao não recolhimento de valores referentes a impostos. O § 3º do indigitado artigo assim dispunha:

§ 3º Nos casos previstos neste artigo, a ação penal será iniciada por meio de representação da Procuradoria da República, à qual a autoridade de julgadora de primeira instância é obrigada a encaminhar as peças principais do feito, destinadas a comprovar a decisão final condenatória proferida na esfera administrativa.

Para melhor entendimento sobre o conteúdo do referido § 3º é importante esclarecer que, à época da vigência da lei, a Procuradoria da República exercia conjuntamente as funções de Ministério Público Federal e de representação da União, o que não ocorre mais desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, a competência para a satisfação do crédito tributário nacional é da Advocacia Geral da União (art. 131 da CF/88), tornando o Ministério Público Federal independente e imparcial para exercer as suas funções constitucionais.

Não houve tempo hábil para maiores discussões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o assunto, pois, já em 14 de julho de 1965 (ou seja, em menos de 1 ano após seu ingresso no ordenamento jurídico) sobreveio a Lei 4.729/65, que definiu os crimes de sonegação fiscal e determinou a revogação das disposições em contrário.

Indiscutível a revogação efetiva do § 3º, art. 11 da Lei nº 4.357/64, pois a norma revogadora (Lei 4.729/65, em especial em seus arts. 7º e 8º) foi expressa no sentido de que ao dispor de elementos comprobatórios suficientes, o Ministério Público poderia imediatamente oferecer denúncia, não fazendo a norma alusão alguma à obrigatoriedade de representação ou qualquer outro procedimento administrativo como pressuposto para o início da ação penal.

Ademais, sob a égide da Lei nº 4.729/65, que definia os crimes de sonegação fiscal, a celeuma sobre a independência entre as instâncias administrativa e penal foi esvaziada com a edição da Súmula nº 609 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “É pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”.

Não bastasse, a própria Lei 8.137/90 assim determina: “Art. 15. Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.”

Nesse contexto, portanto, não haveria motivo para ter dúvida de que a ação penal para os crimes contra a ordem tributária é incondicionada, prescindindo de qualquer condição específica de procedibilidade.

Ressurgiu a discussão sobre a obrigatoriedade de decisão final na esfera administrativa fiscal para início do inquérito ou ação penal, quando veio à tona a vigência do art. 83 da Lei 9.430/96.

Assim, sem maior excursão sobre o assunto, eventual posicionamento jurisprudencial e doutrinário adotado no sentido da necessidade do esgotamento prévio da instância administrativa para oferecimento da denúncia como constitucional, estaria, em princípio, contrariando a Súmula nº 609 do STF, bem como o art. 15 da Lei 8.137/90.

Entretanto, há entendimento de que a representação fiscal prevista no art. 83 é meramente *notitia criminis* (equivalente ao Boletim de Ocorrência), não sendo indispensável para a atuação do Ministério Público na persecução penal do crime contra a ordem tributária. Na esteira dessa opinião, estaria o art. 16 também da Lei 8.137/90, que prevê a possibilidade de qualquer pessoa provocar a atuação do Ministério Público nos crimes contra a ordem tributária.

Também a Constituição é taxativa (art. 129, inciso VIII) no sentido de que é função institucional do Ministério Público “requeritar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

Corroborando que o *Parquet* para formar seu juízo sobre a eventual existência de ilícito penal não está adstrito ao término do procedimento fiscal, há

também as disposições previstas na Lei Complementar nº 75/93, que trata sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, e na Lei 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, em que ambas, respectivamente, nos arts. 8º, II e 26, I, b, determinam que no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No mesmo sentido de que o membro do Ministério Público pode formar seu convencimento sobre a existência de ilícito penal, há a previsão do próprio Código de Processo Penal, que em seu art. 27 é categórico nos seguintes termos: “Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria, e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”

Contudo, a contenda sobre a natureza jurídica da representação prevista no art.83, *caput*, da Lei nº 9.430/96, foi esvaziada com a decisão proferida no acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.571-1, no qual o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o artigo *sub judice* é constitucional, pois tem como destinatários os agentes fiscais, ou seja, é uma *notitia criminis* a ser encaminhada ao Ministério Público, condicionada ao fim do processo administrativo sobre a exigência fiscal do crédito tributário, mas que em nada limita a atuação do *Parquet*, se, por outros meios, tiver conhecimento do lançamento definitivo.

Este acórdão da ADIN 1.571-1 e o proferido no Habeas Corpus/DF nº 81.611-8, também do STF, serão abordados no próximo capítulo, por terem se tornado referência para o mundo jurídico, no que se refere ao oferecimento da denúncia nos crimes contra a ordem tributária.

V. Jurisprudência comentada do STF e STJ

Este capítulo inicia-se com o estudo do acórdão da ADIN 1.571-1, pois se trata de uma decisão definitiva da Corte Suprema e, nos termos do inciso III, do § 2º do art. 102 da Constituição Federal, produz “*eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.*”

Diante de tal disposição constitucional, evidente está que a decisão proferida no referido acórdão deve ser observada pelo Poder Judiciário (tribunais e juízes) e pela Administração em sua totalidade e esferas.

A ADIN 1.571-1 foi aforada pelo então Procurador-Geral da República com fulcro no art. 103, VI da Constituição Federal e atendendo à solicitação feita por membros dos Ministério Público Federal de São Paulo. Arguiu a inconstitucio-

nalidade do *caput* do art. 83 da Lei 9.430/96 que, como já anteriormente dito, dispõe que somente após decisão final sobre a exigência fiscal exarada pelo órgão administrativo é que será encaminhada uma representação fiscal para o Ministério Público apurar eventuais crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

Em 10 de dezembro de 2003, no mesmo Plenário do julgamento do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou a ação improcedente e firmou a constitucionalidade do *caput*, do art. 83, da Lei Federal nº 9.430/96, ressaltando que a representação é *notitia criminis* obrigatória à Administração, mas não condição para denúncia.

Apenas a título de ilustração, segue a ementa do acórdão da ADIN nº 1.571-1:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I da Constituição. Notitia criminis condicionada “à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário”. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da notitia criminis ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário, não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia, independentemente da comunicação, dita “representação tributária”, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, D.J. 30.04.2004, Ementário nº 2149-2, p. 265, grifo da ementa).

Após a análise da ADIN 1.571-1, ingressa-se na raiz do *habeas corpus* impetrado perante o STF, procedente do Distrito Federal, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence e o órgão coator o Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de um *habeas corpus* originário, cuja previsão está estampada na alínea “i”, inciso I do art. 103 da Constituição Federal e que se tornou cabível no caso em apreço, em razão do paciente ter indicado o STJ como coator.

Em 10 de dezembro de 2003, a mesma data do julgamento da ADIN 1.571, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, concedeu o *habeas corpus*, nos termos do relator, vencidos a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o indeferiram. A sessão plenária foi presidida pelo Ministro Maurício Corrêa e o Ministério Público Federal foi representado pelo Vice-procurador-geral, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Como o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu o *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 nos termos do voto do Relator, será apreciado mais detalhadamente o voto do Ministro Sepúlveda Pertence. E, para apresentar as divergências de opiniões entre os Ministros da Suprema Corte, serão analisados com maior profundidade os votos contrários dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie (que fundamentaram em grande parte o do Ministro Carlos Britto).

Consta do Relatório do *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8 que o Ministério Público Federal denunciou o paciente por crimes contra a ordem tributária, mais especificamente em relação aos tipos descritos no art. 1º, I e II da Lei 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal; a reprodução de trechos da denúncia apresentada em 18 de junho de 1997, que foi recebida pela 4ª Vara Federal Criminal da Comarca de São Paulo; a informação que foi impetrado *habeas corpus* (HC 23.669) perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que o indeferiu, assim como ocorreu com o recurso ordinário apresentado perante o Superior Tribunal de Justiça (RHC 9191) e que diante do exaurimento recursal, impetrou-se o *Habeas Corpus* originário nº 81.611-8 perante o Supremo Tribunal Federal.

O Relator também transcreve parte do parecer do Subprocurador-geral da República Cláudio Fonteles, que opinou pelo indeferimento da ordem sob o argumento que a discussão administrativa do crédito tributário não pode impedir a instauração do processo penal através da denúncia, mas que, no seu entender, representa uma questão prejudicial heterogênea facultativa, conforme dispõe do art. 93 do Código de Processo Penal²¹.

Logo no início de seu voto, no item 17, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence manifesta seu entendimento de que “falta de justa causa para a ação penal pelos crimes de resultado contra a ordem tributária, antes que, por força da decisão final do processo administrativo, se torne definitivo o lançamento do tributo em causa.”

Entende o Ministro Relator Sepúlveda Pertence que o crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90 é material ou de resultado e assevera:

57. Dessa necessidade de acerto ou concretização da existência e extensão dela é que arranca a distinção no Código. Tributário – que ainda assusta aos que apreendemos com os civilistas a essencial bilateralidade das relações obrigacionais – entre a obrigação tributária – que “surge com a ocorrência do fato gerador” (CTN, art. 113, § 1º) – e o crédito tributário – que “compete privativamente à autoridade administrativa constituir (...) pelo lançamento” (CTN, art. 142).

[...]

59. Efeito preclusivo que, como é sabido, se manifesta – no que interessa – contra a administração, pela impossibilidade de revisão do lançamento, em desfavor do contribuinte, salvo hipóteses legais, restritas e taxativas (CTN, arts. 145, III e 149).

[...]

64. O ponto é indagar dos reflexos penais dessa eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento, em favor do contribuinte ou contra ele.

21 Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

65. Se é contra ele – de modo a reafirmar a evasão fiscal -, para não acender a grita da corrente majoritária dos “declarativistas”, que, por isso, de regra, atribuem retroatividade ao lançamento -, convém não ir até o ponto de enxergar nessa hipótese, na decisão administrativa, um elemento essencial do tipo, que só com o advento dela se consumaria.

66. O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade – quando se cogita de crime de dano -, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irreversível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido tributo devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.

67. Se a recíproca é verdadeira, em termos de tipicidade, não cabe, entretanto, levá-la às últimas consequências.

[...]

71. O Código Tributário Nacional, posto que editado em 1966, tem-se consensualmente como recebido, no tópico, pelos subseqüentes textos constitucionais, incluído o vigente.

72. Nele, como visto – malgrado surja a obrigação tributária do fato gerador (art. 113, § 1º) – o crédito tributário só é constituído pelo lançamento – susceptível de revisão, porém, mediante “impugnação do sujeito passivo” (art. 145,III), manifestada a qual só ao termo do procedimento ou processo administrativo se terá por definitiva a existência e o conteúdo da relação tributária, pondo fim à “incerteza objetiva, resultante da simples potencialidade de uma contestação”, como elucida o mestre Alberto Xavier.

73. De tudo resulta que, enquanto pendente o processo administrativo, essa incerteza objetiva sobre a existência e o conteúdo da obrigação remanescerá.

74. Ora – dadas, de um lado, a competência privativa da Administração fiscal para “constituir o crédito tributário” e, de outro, que o crime definido no art. 1º da Lei 8.137 pressupõe a existência de tributo – rectius, do crédito tributário – que, mediante uma das condutas prescritas, o agente antes houvesse logrado “suprimir ou reduzir” -, não se pode afirmar, sequer para a denúncia, a ocorrência desse pressuposto, enquanto, a respeito, não opere, pelo menos, o efeito preclusivo da decisão final do processo administrativo.

75. Não se trata – é imperativo notar – de subordinar a denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência: seria imperdoável retrocesso relativamente à autonomia do direito da ação, pilar de todo o Direito Processual moderno.

76. Cuida-se, sim, de hipótese extraordinária única – posto que não única -, em que, quando não a tipicidade, a punibilidade da conduta do agente – malgrado típica – está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.

77. Por isso – se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária – a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade.

[...]

84. A equação é semelhante à da espécie: nesta – sempre no suposto da sua retroatividade -, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado.

85. Não obstante, a sua punibilidade – pelas razões sistemáticas antes apontadas – estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado de ofício ou em virtude da impugnação do contribuinte ou responsável: só então o fato – embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada a sua tipicidade – se tornará punível.

86. Até então, por conseguinte, a denúncia será de rejeitar-se, nos termos do art. 43, III, C. Pr. Pen., por “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”

87. É certo que, em consequência, se estará a erigir uma decisão administrativa em condicionante da instauração de um processo judicial.

88. Autores de vulto chegam, por isso, a identificar, na espécie, uma questão prejudicial obrigatória.

89. Sem tomar de logo compromisso com a equiparação da decisão administrativa discutida às questões prejudiciais stricto sensu (C. Pr. Pen., arts.92-94), a semelhança é patente: a diferença é que, nessas últimas, a decisão subordinante estará também confiada ao Poder Judiciário, ao passo que aqui se cuidaria de subordinar a abertura do processo a uma decisão do poder Executivo.

90. A circunstância não me parece decisiva: tenho a pretensão de haver demonstrado no voto-vista proferido na Extr 793-00 – que, de tais situações, não resulta ofensa ao princípio fundamental da separação e independência dos poderes, mas, ao contrário, o respeito a ele.

91. Assim, no caso, trata-se, na verdade, é de não usurpar a competência privativa da Administração para o ato de constituição do crédito tributário (CTN, art. 142), sujeito ele mesmo, de resto, ao controle judicial de sua validade, quando se lhe anteponha pretensão de direito subjetivo violado do contribuinte.

[...]

94. O que decorre, sim, de ser a ação penal incondicionada é que, uma vez implementada essa condição objetiva de punibilidade, não depende o MP para denunciar da “representação fiscal” prevista na lei como simples dever de comunicação de sua ocorrência...²² (grifo do autor).

Depreende-se da manifestação reproduzida que o Ministro Relator Sepúlveda Pertence admite, ao menos em questões tributárias, a não bilateralidade entre a obrigação e o correspondente crédito tributário.²³ Esta percepção não foi comparilhada pelo Ministro Moreira Alves que afirmou: “Não é possível que de um fato gerador nasça uma obrigação sem que haja um crédito. Pode haver um crédito ilíquido, mas a homologação é tão-somente quanto à liquidez”.²⁴

Conforme já apontados nos itens 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 e 91, o Relator esclarece o que seria condição objetiva de punibilidade e questão prejudicial obri-

22 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, trechos do voto do Min. Sepúlveda Pertence D.J. 13.05.2005, Ementário nº 2149-2, p. 109-117.

23 Cf. itens 57 e 72

24 STF, Ementário nº 2149-2, p. 121.

gatória nos crimes contra a ordem tributária, prescindível, portanto, entregar-se a reiterar o estudo pormenorizado desses conceitos.

Por outro lado, no seu voto, o Ministro também deixa claro que as condições objetivas de punibilidade são inconfundíveis com os elementos do tipo e que somente a decisão definitiva do lançamento torna líquido o crédito tributário.

No item 86 de seu voto, o Ministro faz referência ao então vigente inciso III do art. 43 do Código de Processo Penal, que tratava, em outros termos, das condições da ação. Todavia, este artigo foi expressamente revogado pela Lei nº 11.719/2008, mas a doutrina e a jurisprudência podem perfeitamente se utilizar de seu conteúdo material na interpretação jurídica da nova norma contida no inciso II do art. 395 do mesmo diploma processual, que determina a rejeição da denúncia quando “faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”, assim como também o faz no inciso III, quando não estiver presente a justa causa.

Após discussão acadêmica travada na sessão, na qual participaram ativamente os Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, acompanhou o Relator e deferiu a ordem.

Em sequência, a Ministra Ellen Gracie assim justificou seu pedido de vista:

*A questão central envolvida neste habeas corpus e nesta discussão me parece fundamental delimitar exatamente a configuração do princípio de separação entre as esferas penal e administrativa. Será o lançamento fiscal condição de procedibilidade para a ação penal? Sê-lo-á sempre? Será obrigatória, como quer o eminente Relator, a retirada da condição de punibilidade? No caso, como se disse da Tribuna, a sensível redução do valor efetivamente cobrado, ou pretendido cobrar e não recolhido, é suficiente para elidir uma conduta eventualmente delituosa?*²⁵

Na sessão posterior, o Ministro Sepúlveda Pertence aditou seu voto, com meticoloso fundamento, para nos termos do item 3 da ementa do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 constar que, “enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.”

A Ministra Ellen Gracie apresentou seu voto na sessão do dia 22 de outubro de 2003, no qual fez considerações de ordem prática do caso sob julgamento entre as quais que: o paciente se utilizou de todos os direitos que lhe asseguram o ordenamento jurídico para defender-se da imputação de ter praticado infração que justificasse os termos da autuação, tanto que a Ministra ressaltou que, por ocasião do recebimento da denúncia, em 1998, os autos já tinham mais de 4.500 páginas, tendo o contribuinte noticiado que aguardava a publicação da decisão

25 STJ, Ementário nº 2149-2 p. 133

do Conselho de Contribuintes, para após recorrer à Câmara Superior de Recursos Fiscais e, por fim, se necessário, apelar ao Ministro de Estado.

Alertou ainda a Ministra que, se o paciente obteve decisão administrativa parcialmente acolhida, para redução do valor do tributo devido, foi em razão de ter primeiramente ocultado todas as receitas auferidas e somente tardiamente ter apresentado demonstrativos de prejuízos.

Para a Ministra, o art. 83 “não se endereça ao Ministério Público, mas visa a impedir que dele se soneguem informações que, necessariamente, levariam à propositura de ação penal, nos crimes contra ordem tributária.”²⁶

E para fundamentar seu voto que indeferiu a ordem, a Ministra registra sua *ratio iuris*, nos seguintes termos:

A obrigação tributária de caráter geral e abstrato é a que se contém na lei. Lá estão descritas, com precisão, as hipóteses de incidência tributária. Quando ocorra o fato típico nela previsto, a obrigação tributária se concretiza e individualiza. Sabe-se, a partir daí, quem deve, quanto deve e quando se deverá fazer o recolhimento.

Ora, quando, no mundo dos fatos, se intermedia a venda de 360 unidades habitacionais e se auferem resultados financeiros decorrentes de tal atividade, o fato torna-se juridicamente relevante para efeitos tributários e sujeita seu titular ao atendimento de impostos que estão, desde já, certos e definidos em seus elementos fundamentais: base de cálculo, alíquotas, vencimento e obrigações acessórias. Pode suceder – como parece ter ocorrido no caso – que, o contribuinte, pela boa razão de haver ocultado seus ganhos à fiscalização, se viu obrigado a também omitir prejuízos que, eventualmente, sofreu e que teriam repercussão sobre os valores a serem recolhidos. No procedimento administrativo tais prejuízos foram reconhecidos e o valor inicial da autuação acabou reduzido. Isso não quer dizer, porém, que não fosse certa, desde a ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária que, inatendida no vencimento, teve seu ingresso suprimido aos cofres públicos.

Não foi o julgamento redutor do conselho de contribuintes que tornou certa a obrigação tributária. A lei já continha os dispositivos que autorizaram o conselho a reconhecer e acatar a comprovação tardia das perdas verificadas nos exercícios de 1992 e 1993 e, assim, reduzir o valor bruto inicialmente apurado.

O tributo era devido em seu vencimento e este prazo tem cômputo que parte da data do fato gerador. As obrigações tributárias são devidas, todos sabemos, em prazo certo. E, seja no montante inicialmente levantado pela autuação, seja naquele reduzido pelo Conselho – não importa a dimensão – o tributo era devido e deixou de ser atendido no vencimento. Não há previsão de arrecadação que se sustente, nem projeção orçamentária possível sem a expectativa de que a atividade econômica do país, num determinado exercício fiscal, gere um quantitativo determinado de ingressos. Quando a inadimplência, como no caso, resulte de omissão absoluta de comunicação da ocorrência das operações tributáveis, a conduta atrai a sanção penal.

Querer erigir o lançamento, e seus efeitos preclusivos em relação ao fisco, em momento a partir do qual surja para o contribuinte a obrigação de colaborar no custeio da má-

26 STF, Ementário nº 2149-2, p. 143

quina pública é inverter o fluxo determinado em lei. A preclusão, que se opera em favor do contribuinte, não pode ser transformada em dies a quo do nascimento da obrigação tributária.

Aliás, à base de tanta controvérsia parece estar um equívoco, que coloca em polos opostos contribuintes e fisco. A relação tributária se estabelece, na realidade, entre a sociedade e seus membros que nela encontram o respaldo de seus direitos e para com ela assumem obrigações, na forma da lei. A administração tributária intermedia o recolhimento das obrigações tributárias, nada mais. Se este setor do serviço público for ineficiente ou insuficiente para evitar que alguns membros da sociedade se furtem a suas obrigações, nem por isso deixa o MP de ter justa causa para a ação penal, independentemente da fixação exata do quantum debeatur.²⁷

A Ministra Ellen Gracie posicionou-se no sentido de que quando ocorre o fato imponible (denominado no voto ora transcrito como fato típico), a obrigação tributária já existe e é exigível, pois é passível de liquidez, já que é neste momento em que se sabe o sujeito passivo, o valor do débito e o seu vencimento.

Ponderou que a eventual ineficiência do serviço público (Administração) que facilita alguns membros da sociedade a não cumprirem com suas obrigações tributárias, não pode ser motivo que justifique o início da persecução penal pelo Ministério Público.

O Ministro Nelson Jobim deferiu a ordem, acompanhando o posicionamento adotado pelo Relator, fazendo referências ao voto por ele proferido no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 77.002, no qual abordou o desenvolvimento das legislações que trataram dos crimes de sonegação fiscal como instrumento de arrecadação utilizado pelo Estado. Também fez considerações sobre a evolução do direito à ampla defesa na esfera administrativa, especialmente no que tange às controvérsias entre o Fisco e o Contribuinte.

A derradeira sessão do julgamento do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 foi inaugurada com o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa, que concordou com o Relator em relação à natureza jurídica material dos crimes do art.1º da Lei 8.137/90, porém divergiu quanto ao resultado do *habeas corpus* e, por tal motivo, indeferiu a ordem. O cerne da discordância fica claro quando o Ministro Joaquim Barbosa afirma que não concorda com o Relator “quando atribui ao lançamento definitivo a natureza jurídica de condição objetiva de punibilidade.”²⁸

Mais adiante, o Ministro disserta:

Ora, o crime de sonegação fiscal é de fácil compreensão. Praticada a conduta descrita no tipo penal e produzido o resultado, que é a supressão do tributo ou contribuição, está consumada a prática do ilícito penal. Noutras palavras, nesse tipo de crime o delito se consuma quando se verifica o resultado lesivo ao Fisco.

27 STF, Ementário nº 2149-2, p. 148-149

28 STF, Ementário nº 2149-2, p. 169

Observe-se que o resultado naturalístico é descrito no próprio tipo, o que faz a doutrina classificar esses crimes como crimes de resultado (de dano ou materiais).

Assim, não me parece razoável acrescentar aos elementos do crime algo que o legislador nele não quis incluir. A decisão da autoridade administrativa acerca da impugnação do contribuinte poderá ter duas naturezas distintas. Se ela for no sentido de indeferir a impugnação do contribuinte e confirmar a existência do débito tributário, constituirá um elemento adicional de comprovação da materialidade do crime.

[...]

Se julgar procedente a impugnação do contribuinte, a decisão do Fisco constituirá no máximo um elemento de exclusão de tipicidade.

Em suma, não vejo como condicionar o exercício da ação penal a um “evento futuro e incerto, extrínseco ao crime”, que é o conceito doutrinário das condições objetivas de punibilidade.

Além dessa primeira objeção, preocupam-me certas dificuldades que surgiriam caso venha a se consolidar o entendimento de que o lançamento definitivo seria uma condição objetiva de punibilidade. Essas dificuldades referem-se às hipóteses relacionadas ao chamado lançamento por homologação.

Nesses casos, como se sabe, a legislação atribui ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa (Código Tributário Nacional, art. 150). Esta, ao tomar conhecimento do exercício pelo contribuinte de tal prerrogativa, expressamente a homologa. Mas, segundo o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, se, no prazo de cinco anos, contados do fato gerador, a Administração Tributária não se manifestar acerca da antecipação do tributo feita pelo contribuinte, ocorre a homologação tácita, ficando definitivamente extinto o crédito tributário. Fica, portanto, preclusa qualquer atividade do Fisco com relação àquele fato impositivo.

Ora, nesta hipótese, por definição, inexistente qualquer decisão administrativa sobre o lançamento. Ao contrário, o lançamento feito pelo contribuinte tem, desde o início, grande probabilidade de assumir caráter definitivo.

[...]

Daí a perplexidade que me leva a uma primeira indagação: qual seria, nesse caso, o fato ou o ato jurídico consubstanciador da condição objetiva de punibilidade?

Outra indagação me ocorre, não seria um perfeito flou artístico considerar a inércia do Estado como uma condição objetiva de punibilidade?

Ora, o que ocorre nesta hipótese é que não estamos diante de um evento futuro e incerto (condição), mas da passagem de certo lapso temporal, uma vez que, para haver homologação tácita (pela decadência), não pode existir impugnação pelo Fisco. Caso esta ocorra, não haverá, por definição, lançamento por homologação, e sim lançamento de ofício, conforme expressamente previsto no art. 149, V, do Código Tributário Nacional.

Em outras palavras, na hipótese do lançamento por homologação, teríamos, em rigor, um “termo objetivo de punibilidade”. Só que, curiosamente, teríamos um natimorto, pois, ao mesmo tempo em que surge o relevante penal, o crédito tributário se extingue, fazendo desaparecer o *ius puniendi*.

E essa conclusão revela a seguinte violação do princípio político do direito penal da subsidiariedade: ou seja, somente com o desinteresse da intervenção estatal na esfera patrimo-

nal de uma pessoa (menos grave) é que surgiria a intervenção estatal mais grave, isto é, a possibilidade de aplicação da sanção penal.²⁹ (grifo do autor)

Continuando, o Ministro entende que a solução a ser dada ao caso é a prevista no art. 93 do Código de Processo Penal, já reproduzido neste trabalho. E, com base no artigo mencionado, o Ministro afirma:

Veja-se que o deslinde acerca da relação jurídica tributária é estranho ao direito penal, de forma que, em louvor à regra da especialidade, tal relação jurídica há de ser mais bem apreciada pelo juízo ou órgão que ordinariamente cuida dessa matéria.

Assim, a decisão acerca da existência ou inexistência de crime fiscal compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mas o ato de lançamento continua sendo atribuição da Administração Pública.

[...]

Assim, um determinado comportamento humano, amoldado à hipótese da regra matriz de incidência e do tipo penal, estará subsumido à norma jurídica tributária e à penal, sujeitando o agente às respectivas consequências.

De forma objetiva, o lançamento definitivo condiciona apenas a ação de execução fiscal, até porque não existe, para esse fim, ação de conhecimento fiscal.

À luz desse entendimento, havendo os requisitos para oferecimento da denúncia, o Ministério Público deverá oferecê-lo. A seguir, o juiz poderá seguir dois caminhos diferentes, para resolver a questão prejudicial.

O primeiro, que me parece metodologicamente desinteressante, seria o da decisão, em caráter incidental (ou seja, na motivação), sobre a ocorrência do fato jurídico tributário, hipótese em que não haveria coisa julgada material.

Já o segundo, mais coerente com tudo aquilo exposto, é o da suspensão do processo penal, cumulada com a suspensão do prazo prescricional, na forma do art.93 do Código de Processo Penal, para que se aguarde o desfecho acerca do lançamento.

Dessa forma, após a decisão administrativa sobre o lançamento definitivo (portanto, sobre a ocorrência ou não ocorrência do fato imponível, nos termos da lei tributária), ou a ação penal se encerrará sem julgamento do mérito, ou retomará seu curso com a prova da existência do resultado naturalístico exigido pelo art. 1º da Lei 8.137/1990.³⁰

Diante das manifestações do Ministro Joaquim Barbosa, que expressamente se referiu ao voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence, este solicitou confirmação de voto para deixar bem consignado seu entendimento:

Claro que, para ficar num ponto, atraí, à primeira vista, a caracterização do curso do processo administrativo até o lançamento definitivo como uma prejudicial heterogênea, embora muito heterogênea, porque a prevista no Código de Processo Penal é a pendência de outro processo judicial, e, aqui, o que se tem é um processo administrativo.

29 STF, Ementário nº 2149-2, p. 171-175

30 STF, Ementário nº 2149-2, p. 180-183.

Acontece que o grande problema, posto com uma clareza e uma dramaticidade invejáveis no voto do Ministro Nelson Jobim, é que, mal ou bem, a lei deu ao contribuinte o direito potestativo de impedir a ação penal pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia. E suspensão do processo para aguardar a solução, embora no âmbito administrativo – isso não me causa espécie –, de questão prejudicial heterogênea implica a suspensão de um processo em curso e, consequentemente, requer o prévio recebimento da denúncia. De tal modo que, se ao final dessa prejudicial administrativa heterogênea se concluir que o contribuinte deve um décimo daquilo que, inicialmente, lhe fora lançado, estaria ele impedido de exercer o direito potestativo, que mal ou bem, lhe deu a lei, de impedir, de extinguir a punibilidade pelo pagamento, antes do processo, isto é, do recebimento da denúncia. De sua vez, o parcelamento tem por suposto a confissão. O pressuposto do parcelamento é a confissão do débito tributário. É exatamente a situação oposta àquela na qual o contribuinte está discutindo a existência ou o montante do seu débito.³¹ (grifo do autor).

Passou-se, então, ao voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que sob o argumento de que não se convenceu da “tese de que o crédito tributário só se consuma e se perfaz com o lançamento” e é da competência funcional privativa do Ministério Público propor ação penal pública, desde que haja indícios de autoria e certeza da materialidade do crime, indeferiu a ordem, seguindo os votos da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Joaquim Barbosa e pedindo escusas ao Ministro Relator Sepúlveda Pertence para dele discordar.³²

O Ministro Cezar Peluzo acompanhou o voto do Relator e concedeu a ordem, divergindo apenas quanto à identificação de “tributo” no texto legal para defini-lo como elemento normativo do tipo e não como condição de punibilidade.

Os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso também acompanharam o voto do Relator e concederam a ordem.

Finalizando o julgamento, o Ministro Cezar Peluzo aditou seu voto para deixar cristalino seu ponto de vista sobre a prescrição penal nos crimes contra a ordem tributária, assim como também requereu aditamento em voto-vista o Ministro Joaquim Barbosa para tecer breves considerações sobre o mesmo tema, mas que deixam de ser reproduzidas, por não ser o objetivo deste trabalho a análise da prescrição penal nos crimes em comento.

Constata-se, portanto, que o *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8 é referência no mundo jurídico para a persecução penal nos crimes contra a ordem tributária, principalmente por ter sido rico em apreciações sobre institutos jurídicos e ter sido julgado pelo Pleno do Supremo.

Não se pode olvidar, todavia, que referido *habeas corpus* não tem efeito vinculante e que faz alusão a legislação que foi alterada, como a revogação do art. 43 do Código de Processo Penal e a inclusão da justa causa no inciso III do art. 395 do mesmo diploma processual.

31 STF, Ementário nº 2149-2, p. 185-186.

32 STF, Ementário nº 2149-2, p. 188.

Ademais, a questão não é pacífica, tanto que o paciente do *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8 teve muito de seus recursos denegados, tendo de se socorrer dessa espécie excepcional de *habeas corpus* originário no Supremo para trancar a denúncia.

Por outro lado, o STJ tem grande número de julgados em dissonância com o referido acórdão, como por exemplo:

RHC – SONEGAÇÃO FISCAL – IRPJ, PIS, CONFINS E OUTROS – ART. 83 DA LEI Nº 9.430/96 – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE OU CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE – PRECEDENTES STF E STJ – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Não se reconhece no art. 83, da Lei nº 9.430/96, condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa ofertar denúncia contra alguém sujeito às cominações da Lei nº 8.137/90. Tal norma se dirige ao Executivo e não ao “Parquet”, que não necessita aguardar o final do procedimento administrativo-fiscal para a “persecutio criminis”. 2. A tese de que se trataria de condição objetiva de punibilidade, além de ter sido debatida em instância de origem, implicaria a apreciação do próprio mérito da causa, com exame aprofundado dos fatos e provas, o que não condiz com a estreiteza do “mandamus”. 3. O certo é que, havendo a denúncia descrita, com minúcias, fatos que, teoricamente, são considerados infringentes de norma penal, não há como trancar, em seu nascedouro, a respectiva ação penal. 4. Recurso improvido. ³³

Considerações finais

Após o exame das características próprias do sistema tributário, penal e processual penal expostos, pode-se chegar às seguintes conclusões.

Adotando-se o entendimento do Ministro Néri da Silveira que, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 77002, concluiu que os crimes do art. 1º e 2º da Lei 8.137/90 são formais³⁴, é indiscutível a desnecessidade de processo administrativo para apurar o resultado “supressão” ou “redução” do tributo para consumação do delito contra a ordem tributária. Aliás, nesse sentido, de que o crime em comento não necessariamente é de resultado, também comungou a Ministra Ellen Gracie em seu voto no *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8³⁵.

A doutrina era tranquila sobre a natureza de crimes de mera conduta ou formais tipificados na revogada lei contra a sonegação fiscal (Lei 4.729/65).

Porém, com a vigência da atual Lei 8.137/90, a tese de que os crimes contra a ordem tributária são materiais ou de resultado, ao que parece, é estável na doutrina e jurisprudência pátria e, conseqüentemente, há diversos entendimentos sobre a necessidade, ou não, do Ministério Público aguardar o término do processo administrativo do lançamento definitivo para oferecer denúncia.

33 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, D.J. 16.11.1998, p. 121

34 SILVEIRA, Ministro Néri, HC 77002 apud Pertence, *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8, 2003, p. 104.

35 STF, ementário nº 2191-1, p. 143

Primeiramente, é bom lembrar que se tornou incontroverso com o julgamento da ADIN 1.571-1, cuja decisão tem efeito vinculante em relação a todas as instâncias do Poder Judiciário e órgãos da Administração Pública, que a ação penal nos crimes contra a ordem tributária é incondicionada e a representação a que se refere o *caput* do art. 83 da Lei 9.430/96 tem como destinatários os agentes fiscais. Em outras palavras, terminado o processo administrativo tributário e constatado eventual configuração de crimes tipificados no art. 1º e 2º da Lei 8.137/90, a Administração tem a obrigação de enviar *notitia criminis* ao Ministério Público.

Ultrapassado este ponto, ingressa-se no âmago deste trabalho: o Ministério Público precisa esperar a finalização do procedimento fiscal para a instauração da persecução penal?

Posicionando-se no sentido da natureza jurídica declaratória do lançamento, o crédito tributário nasce juntamente com a ocorrência do fato imponible e neste momento o agente criminoso já opera a supressão ou a redução do tributo; quer dizer, o crime se consuma e, por ser incondicionada a ação, o Ministério Público tendo indícios de autoria e prova de materialidade (seja através de inquérito policial ou qualquer outro elemento de informação) pode oferecer a denúncia, pois não há pressuposto algum de procedibilidade para a ação penal.

Contudo, para aqueles que enxergam que o crédito tributário é constituído pelo lançamento, é indispensável aguardar o término do procedimento administrativo, para que a ação penal pública incondicionada seja ajuizada pelo *Parquet*.

Para estes juristas, que veem o lançamento definitivo como constitutivo do crédito, se desdobram duas situações para a propositura da ação penal.

Uma, segundo a qual a apuração da existência de crédito tributário na via administrativa retrata uma questão prejudicial heterogênea, que leva à suspensão do processo criminal, nos exatos termos do art. 93 do Código de Processo Penal, caminho este aceito, por exemplo, pelo Subprocurador-geral da República Cláudio Fonteles no seu parecer, e pelo Ministro Joaquim Barbosa no seu voto no julgamento do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8, retratado no Título V deste trabalho.

Outra, na qual a tipicidade da conduta criminosa está condicionada à decisão definitiva do processo administrativo, pois o tributo seria elemento normativo do tipo ou condição objetiva de punibilidade. Este entendimento corresponde à tendência do Supremo Tribunal Federal exarada através da ementa do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8.

Independentemente do entendimento adotado a respeito da natureza jurídica do lançamento (declaratória ou constitutiva), percebe-se maior dificuldade em suprimir ou reduzir tributo lançado de ofício (direto), pois todos os aspectos indispensáveis para apuração do fato imponible são verificados pela autoridade administrativa.

Em contrapartida, no tributo autolancado (por homologação) há uma possibilidade mais concreta de realização de um ato que configure crime tipificado

na atual Lei 8.137/90, haja vista que cabe ao sujeito passivo apurar o seu débito tributário e o correlato crédito da Fazenda.

É difícil aceitar que nos tributos autolancados, o Ministério Público (*dominus litis* da ação penal pública) tenha que aguardar a homologação expressa do Fisco ou o decurso do prazo previsto no art. 150 do CTN para dar início à persecução penal, caso tenha informações suficientes de indícios de autoria e prova de materialidade de crime contra a ordem tributária, que não tenham sido colhidas através de uma decisão final em processo administrativo sobre a exigência do crédito tributário.

Salvo melhor juízo, a antiga Lei 4.729/65 sobre os crimes de sonegação fiscal, na qual não se precisava apurar a supressão ou a redução de tributo para a consumação do crime, era salutar para o bom desempenho da persecução penal, haja vista que não era preciso discutir a necessidade, ou não, do término do processo administrativo do lançamento. De acordo com revogada lei, havendo lastro indiciário suficiente de crime, o membro do Ministério Público podia oferecer a denúncia.

Alegar que o lançamento é obrigatório para que a Fazenda Pública possa reclamar a prestação pecuniária decorrente da incidência do fato imponible é ignorar o princípio básico segundo o qual ninguém pode se escusar de cumprir a lei, sob o pretexto de que não a conhece. Este princípio está previsto no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que a despeito da sua denominação, é aplicável a todas as leis, não apenas às civis.

Portanto, ninguém pode alegar ignorância da lei, ainda mais quando se refere aos aplicadores do Direito.

Uma vez vigente uma lei tributária *latu sensu*, que cria um tributo, o seu preceito geral e coercitivo vincula todas as pessoas. É o que dispõe o indigitado art. 3º.

Constam da norma jurídica tributária o critério material, como por exemplo, ser proprietário de bem imóvel, o sujeito ativo e passivo, a alíquota, a base de cálculo e os elementos espaciais e temporais suficientes para que a pessoa física ou jurídica subsuma à lei tributária a que é destinatária e possa averiguar se é sujeito passivo do tributo, apurar o débito (através dos elementos materiais – base de cálculo e alíquota), o prazo e o local para o pagamento. Com esses dados, é perfeitamente possível tornar o tributo líquido e certo, pois na norma estão presentes todas as informações indispensáveis para a apuração do crédito tributário.

No *Habeas Corpus*/DF nº 81.611-8, a Ministra Ellen Gracie corroborou esse posicionamento de que ocorrido o fato imponible, a obrigação tributária já existe, é exigível e passível de liquidez, pois neste momento o sujeito passivo tem como apurar o valor do débito e o seu vencimento.

Se o contribuinte tem o dever de saber as normas que incidem sobre seus bens e/ou suas atividades, que eventualmente gerem tributos, quanto mais os estudiosos do Direito, que têm preparo acadêmico para interpretação das leis e, por consequência, capacidade de apurar se ocorreu efetivamente o fato imponible, quem é o sujeito passivo e o crédito tributário a ser pago em determinado prazo e local.

Exemplo dessa aludida facilidade são as normas do Ajuste Anual do Imposto de Renda de Pessoa Física, que não exigem conhecimento sobrenatural para que o Ministério Público (no caso o Federal) constate que determinado contribuinte não informou um rendimento, informação esta que o membro do *Parquet* pode obter por qualquer meio, que não seja necessariamente a decisão final de um processo administrativo relacionado ao lançamento.

Portanto, é de se questionar o entendimento do Ministro Relator Sepúlveda Pertence no *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 e acompanhado pela maioria dos demais Ministros da Suprema Corte, de que somente a decisão definitiva do lançamento torna líquido o crédito tributário.

No caso do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 causa estranheza uma empresa de grande porte não depositar o valor incontroverso do tributo. Por que procrastina o pagamento do que realmente entende devido? Na verdade, após ter sido autuada por ocultar uma receita, o que se vê é a protelação ao máximo do pagamento do tributo devido (até mesmo o *quantum debeatur* notoriamente reconhecido pelo sujeito passivo) para se aguardar um “favor fiscal”, seja através de uma renúncia tributária, ou parcelamentos complacentes.

Difícilmente a empresa, enquanto discute administrativamente o seu débito tributário, tenta se compor com a Fazenda Pública, seja depositando ou parcelando o valor incontroverso, nos termos da lei. Prefere aguardar os infundáveis recursos, como deixou claro o paciente do *Habeas Corpus/DF* nº 81.611-8 que informou que, se necessário, iria recorrer até ao Ministro do Estado!

Em última instância, essas práticas não deixam de ser um estímulo ao sonegador, em desprestígio ao contribuinte que, ciente de suas obrigações tributárias decorrentes da ocorrência do fato imponible, as respeita *in totum* com o Estado. A esta inversão de valores, a mídia, através de seus jornalistas, colunistas e comentaristas, se refere à “falta de punibilidade”, expressão, infelizmente muito conhecida pelos brasileiros, independentemente de seu grau de instrução ou condição socioeconômica.

Tais condutas demonstram o dolo do agente, intenção franca de suprimir e reduzir tributo, não se podendo deixar de reconhecer, no mínimo, o *fumus boni juris* para fundamentar a denúncia por crime contra a ordem tributária.

No contexto da jurisprudência da Suprema Corte de relegar à decisão definitiva do processo administrativo a existência de débito tributário, por considerar o lançamento uma condição objetiva de punibilidade ou elemento normativo do tipo, será que não se está invadindo a área de competência do Ministério Público, a quem incumbe formar a *opinio delicti*?

Respeitando opiniões contrárias, o procedimento administrativo tributário não pode vincular a *opinio delicti* do Ministério Público e tampouco o convencimento do magistrado, inviabilizando o fim buscado pelo Direito Penal, que é evitar, ou quando não possível, repreender, através de uma sanção criminal, atos lesivos ao erário.

Referências Bibliográficas

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal: Parte Geral*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 40ª edição, atualizada e ampliada. São Paulo, Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 1.571-1/UF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Ementário nº 2149-2, D.J. 30.04.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 81.611-8/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Ementário nº 2191-1, D.J. 13.05.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 609. In: D.J. de 29.10.1984, p. 18114; DJ de 30.10.1984, p. 18202; DJ de 31.10.1984, p.18286.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário de Habeas Corpus* nº 7726/PR, Sexta Turma, Relator: Ministro Anselmo Santiago. D.J. 16.11.1998, p. 121.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 12.779/RJ, Quinta Turma, Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. D.J. 09.06.2003, p. 279.

CAPES, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação penal especial*. Volume 4. 3ª edição revista e atualizada até a Lei n. 11.466/2007. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª edição revista. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

_____, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 10ª edição, revista e aumentada. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19ª edição revista. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CRUZ, Flávio da. et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 4ª edição atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos. et al. *Código Tributário Nacional Comentado: dou-*

- trina e jurisprudência, art. por art. , inclusive ICMS e ISS. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.*
- JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.*
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário. 28ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.*
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.*
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 1996.*
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e Prática das Taxas. 2ª edição. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.*
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.*
- OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH Estevão. *Manual de Direito Financeiro. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*
- PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário. 2ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.*
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral. Volume 1. 32ª edição, atualizada de acordo com o Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.*
- SOUZA, Nelson Bernardes de. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 1, n.8, mar. 1997. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1311). Acesso em: 19 jan.2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. Anulação de Incentivos Fiscais – Efeitos no Tempo. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 121, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.*

PROCESSO: PGE n.º 18488-871291/2011 (Prot. CJ/GS/SSP 9989/2011)

PARECER: PA n.º 114/2011

INTERESSADA: Superintendência da Polícia Técnico-científica

EMENTA:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Orçamento. Despesa pública. Princípio da anualidade. Compra única com execução fracionada. Duração do contrato adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (artigo 57, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993). Vigência anual dos créditos orçamentários (artigos 2 e 34 da Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964), salvo, quanto aos créditos especiais ou extraordinários, se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses do exercício em que forem autorizados (artigos 167, parágrafo 2o, da Constituição da República, e 45 da Lei Federal n.º 4.320, de 1964). Inscrição como restos a pagar que, rigorosamente, deve abranger as despesas empenhadas e prontas para o pagamento ao final do exercício financeiro, pelo implemento de sua condição (artigos 36, *caput*, e 60 da Lei Federal n.º 4.320, de 1964). Impossibilidade de empenho de despesa que deva ser realizada apenas em exercício financeiro futuro. Regime de competência da despesa pública (artigo 50, II, da Lei Complementar Federal n.º 101, de 4 de maio de 2000). Correspondência entre a despesa e o exercício orçamentário em que ocorreu seu fato gerador.

Não se admite, à falta de previsão no plano plurianual, a contratação, pela Administração, de compra com execução parcelada que supere o exercício financeiro, nem mesmo mediante empenho global do valor a pagar, hipótese em que, pelo regime de competência, estar-se-ia a cobrir despesa futura com o orçamento presente, à custa da observância do princípio da anualidade e do equilíbrio do orçamento em execução.

1. Chegam-nos os autos para exame, em caráter urgente, de questão específica suscitada pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública acerca da “possibilidade de contratos de aquisição, com entrega parcelada, ultrapassarem o ano civil, desde que haja empenho do montante correspondente à totalidade do contrato” (fls. 94).

2. Em suma, objetiva-se aqui a compra, mediante contratação direta por inexigibilidade de licitação, de insumos para o laboratório do Núcleo de Biologia e Bioquímica do Instituto de Criminalística, com execução fracionada entre este e o próximo exercício financeiro, nos moldes da “Tabela de Programação de Entrega” anexada à minuta do instrumento contratual (fls. 74).

3. Entendeu o órgão jurídico preopinante que seria admissível dar-se o empenho neste exercício do valor total da despesa prevista e a inscrição, como *restos a pagar*, das prestações pecuniárias que devessem ser feitas à contratada apenas no exercício subsequente, à medida que a execução do contrato fosse se aperfeiçoando.

4. Contudo, por respeitável que seja essa tese, não me parece que ela deva vingar.

5. A duração dos contratos regidos pela Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, limita-se em regra pela vigência dos respectivos créditos orçamentários (artigo 57, *caput*).

6. E essa vigência, consoante estabelece a Lei Federal n.º 4.320, de 17 de março de 1964, coincide com a vigência da lei do orçamento, vinculada ao princípio da anualidade (artigo 2º) e acertada segundo o ano civil (artigo 34).

7. Assim, não há como sustentar que, para o efeito de ampliar a duração do contrato administrativo submetido à regra geral de vigência, possa haver “prorrogação” de créditos orçamentários: mesmo aqueles créditos especiais e extraordinários têm vigência no exercício financeiro em que são autorizados, salvo se o ato de autorização for promulgado nos últimos quatro meses desse exercício – hipótese em que tais créditos adicionais, por expressa previsão da Constituição da República (artigo 167, parágrafo 2o), adquirem vigência plurianual mediante incorporação, no limite de seus saldos, ao orçamento do exercício financeiro subsequente.

8. “O princípio da anualidade”, adverte José Afonso da Silva, “vive e revive no sistema, com caráter dinâmico-operativo”. Lembra esse autor constitucionalista que o plano plurianual, ao constituir regra sobre a realização de despesas de capital e das relativas aos programas de duração continuada, “não é operativo por si, e sim por meio do orçamento anual”¹. Não compraz ao princípio da anualidade, pois, que as receitas pertencentes a determinado exercício financeiro sejam destinadas à cobertura de despesas cujos fatos geradores devam ocorrer noutros exercícios, porque o gasto público também há de ter um ciclo que o delimite e assim o exponha a controle. Para isso contribui decisivamente a regra do *caput* do artigo 57 da Lei Geral de Licitações.

9. Nessa ordem de ideias, se, do ponto de vista estritamente contábil, até pudesse funcionar a sugestão da Consultoria Jurídica no sentido de que créditos orçamentários do exercício de 2011, uma vez comprometidos pelo empenho global do valor do contrato, ficassem reservados sob a rubrica de “restos a pagar” para assegurar os pagamentos do exercício de 2012, não se pode juridicamente

1 Curso de Direito Constitucional Positivo, 33a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 742

defender essa prática. Implicaria cobrir despesas futuras com o orçamento presente, à custa da observância do princípio da anualidade.

10. Veja-se também que, embora o artigo 35 da Lei Federal n.º 4.320 estabeleça pertencerem ao exercício financeiro as despesas nele legalmente empenhadas (inciso II), o artigo 50 mais recente, Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), determina que o registro da despesa se faça pelo regime da competência (inciso II). Isso significa que a despesa há de referir-se ao momento da ocorrência do respectivo fato gerador, ou momento da liquidação², de sorte que, malgrado o empenho feito neste ano, a despesa realizada no ano que vem teria de pertencer a queloutro exercício financeiro; não poderia, via de regra, onerar os créditos orçamentários hoje vigentes.

11. O que se deve admitir, como situação *excepcional*, é o pagamento, no exercício subsequente e *com receitas arrecadadas no exercício anterior*, de valores que foram empenhados e liquidados na época própria – e aqui ressalto que a liquidação é ato que pressupõe o cumprimento, havido na vigência do contrato, da obrigação pelo contratado. Nessa hipótese, e não na aventada nos autos, admite-se a inscrição dos *restos a pagar* referidos no artigo 36 da Lei Federal n.º 4.320/1964, que se devem constituir apenas de empenhos processados³, ou seja, daqueles em relação aos quais se verificou o implemento da condição a que se refere o artigo 58 da mesma lei, resultando em despesas prontas para o pagamento.

12. Noutras palavras, rigorosamente, “Em Restos a Pagar (...) só devem ser inscritas aquelas obrigações decorrentes de contratos, convênios ou de leis, cuja certeza de liquidez do credor já tenha sido verificada e constatada pela administração da entidade”⁴.

2 “Com efeito, o momento da emissão do empenho nunca representou bem a ocorrência do fato gerador da despesa (Lei n.º 4.320/64, art. 35, II); ele é *ex ante*, e, sendo anterior, pode até ser anulado antes que a despesa se concretize. Entretanto, com a edição da Lei Complementar n.º 101/00 (LRF), a situação ficou bem definida: a despesa será registrada segundo o regime de competência (art. 50, II); sendo assim, é o registro, reconhecendo a *liquidação* da despesa, que assenta na Contabilidade Pública a informação de que o fato gerador da despesa orçamentária está consumado” (J. R. CALDAS FURTADO, *Elementos de Direito Financeiro*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 196, destaques no original).

3 Ao aludir às “*despesas empenhadas, mas não pagas*”, esse artigo 36 refere-se, exclusivamente, àquelas que deveriam ter sido pagas – à vista do adimplemento da obrigação pelo contratado –, mas não o foram. Apenas essas despesas, do mesmo modo, estão compreendidas pelos artigos 30 e seguintes da Lei Estadual n.º 10.320, de 16 de dezembro de 1968, que dispõe sobre os sistemas de controle interno da gestão financeira e orçamentária do Estado, e 36 da Lei Estadual n.º 14.185, de 13 de julho de 2010, que estabeleceu diretrizes orçamentárias para o exercício de 2011.

4 JOSÉ TEIXEIRA MACHADO JR. e HERALDO DA COSTA REIS, A Lei 4.320 comentada, 31ª ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003, p. 97.

13. Mesmo nos casos excepcionais de contratos administrativos de vigência plurianual – entre os quais não se inclui o dos autos, salvo demonstração de que se trata de projeto cujo produto esteja contemplado nas metas estabelecidas em Plano Plurianual (artigo 57, I, da Lei Federal n.º 8.666/1993)⁵ –, as despesas têm de prender-se ao exercício financeiro em que as obrigações do contratado vão-se cumprindo e, por conseguinte, devem onerar o orçamento de tal exercício. Por essa razão, a Procuradoria Administrativa já fixou o entendimento de que, em contratos tais, deve haver cláusula subordinando a vigência contratual nos exercícios subsequentes à condição da existência de recursos orçamentários aprovados pela respectiva lei de meios⁶.

14. De resto, a alusão, no artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, à obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro de um dado exercício financeiro não significa que a lei admita, fora da hipótese ali tratada, a quebra do princípio da anualidade. O dispositivo veda, na verdade, “a criação de despesa que deva, mas não possa ser liquidada no mesmo exercício, o que envolve princípio geral de Direito Financeiro”⁷. O regime da despesa pública, repita-se, é o de competência.

15. Remeto, quanto a isso, ao teor do parecer veiculado pelo Ofício GPG-Cons Circular n.º 2.322/2010, da lavra da Procuradora do Estado Teresa Serra da Silva, Assessora Chefe da Assessoria Jurídica do Governo⁸. Nele, ao propósito de examinar a regra do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, assentou-se o precisamente isto (os destaques são nossos): “devem a receita e a despesa referir-se sempre ao período coincidente com o exercício financeiro; vale dizer, com o ano civil, não podendo as despesas do futuro exercício ser amparadas por receitas do exercício em curso. Ora, se não podem ser empenhadas, muito

5 Não há nada nos autos que indique nessa direção. De outra parte, parece inviável o enquadramento da compra que aqui se pretende fazer na hipótese do inciso II do artigo 57 da Lei Geral de Licitações “prestação de serviços a serem executados de forma contínua”). Consoante salienta MARÇAL JUSTEN FILHO exatamente a respeito desse dispositivo legal, “A regra não abrange as compras. Em termos sumários, existe serviço quando a prestação consiste em obrigação de fazer. Já a compra envolve prestação versando sobre obrigação de dar. (...) Não há possibilidade de mascarar contratos de compra em prestação de serviço. De nada serve adicionar à transferência de domínio do bem em favor da Administração (objetivo fundamental das partes) alguma prestação de fazer. Se o núcleo do contrato é uma prestação de dar, não se aplicará o regime do dispositivo ora comentado” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 726).

6 Parecer PA-3 n.º 301/1995, de autoria do Procurador do Estado ANTONIO JOAQUIM FERREIRA CUSTÓDIO e aprovado pelo Procurador do Estado em 31 de outubro de 1995.

7 MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 154, g.n.

8 Aprovado pelo Procurador-geral do Estado em 29 de abril de 2010.

menos podem tais despesas futuras ser inseridas em restos a pagar!”. E, mais adiante, deduziu-se, com invulgar argúcia, o seguinte: “se o objetivo da lei foi expressamente o de assegurar o equilíbrio entre receitas e despesas e se a finalidade do regramento dos Restos a Pagar foi de evitar que despesas de um exercício fossem comprometer o exercício futuro, não se pode, pela mesma razão, admitir que pretendeu o legislador autorizar que despesas do exercício futuro viessem a onerar o exercício em curso, até porque tal prática, da mesma forma, implicaria em desequilíbrio do orçamento, desta feita, não o do futuro, mas o daquele em execução”.

16. Logo, no caso em exame, quer-me parecer que a execução fracionada do objeto da compra deve ficar restrita a um único exercício orçamentário; a necessidade administrativa que porventura deva ser satisfeita em exercício seguinte, porque há de desaguar em despesa que afete o respectivo orçamento, deve ser cuidada noutro contrato, cuja vigência fique, por sua vez, limitada pela vigência dos créditos daquele exercício. Não é de admitir, enfim, ao empenho global de despesas que só devam ser registradas em exercício orçamentário futuro.

É o parecer, sub censura.

São Paulo, 19 de setembro de 2011.

DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 245.540

PROCESSO: PGE nº 18488-871291/2011 (Prot. CJ/GS/SSP nº 9.989/2011)

INTERESSADO: SERT/Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto nº 51.659/2007

PARECER: PA nº 114/2011

De acordo com o Parecer PA nº 114/2011.

Encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria-geral do Estado – Consultoria.

São Paulo, 20 de setembro de 2011.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

Procuradora do Estado Chefe

Substituta da Procuradoria Administrativa OAB/SP 78.260

PROCESSO: PGE nº. 18488-871291/2011 (Prot. CJ/GS/SSP 9989/2011)

INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA TÉCNICO-CIENTÍFICA

ASSUNTO: DESPESA PÚBLICA

O Parecer PA nº 114/2011 (fls. 97/102), cujas razões endosso, conclui, em síntese, que: I) *a duração dos contratos regidos pela Lei federal de Licitações limita-se, em regra, pela vigência dos respectivos créditos orçamentários*⁹; II) *a vigência dos créditos orçamentários coincide com a vigência da lei do orçamento, vinculada ao princípio da anualidade e acertada segundo o ano civil*¹⁰; III) *o princípio da anualidade impede cobrir despesas futuras com o orçamento presente*¹¹; IV) *em restos a pagar somente devem ser inscritos os valores que foram empenhados e liquidados na época certa, ou seja, cuja obrigação foi cumprida pelo contratado*¹²; V) *o regime da despesa pública é o de competência*; VI) *não se admite o empenho global de despesa que só devam ser registradas*¹³ *em exercício orçamentário futuro.*

Na hipótese em exame, na forma do quanto aduzido no Parecer em análise,

9 Art. 57, *caput*, da Lei Federal 8.666/93.

10 Nos termos do que estabelece a Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, artigos 2º e 34.

11 Dito de outra forma, “*as despesas têm de prender-se ao exercício financeiro em que as obrigações do contrato vão-se cumprindo e, por conseguinte, devem onerar o orçamento de tal exercício*”.

12 Art. 36 c.c. art. 58 da Lei Federal nº 4.320/1964.

13 Porquanto o adimplemento da obrigação pelo contratado não se dará, de forma integral, no exercício orçamentário em curso, mas, sim, no futuro.

“a execução fracionada do objeto da compra deve ficar adstrita a um único exercício orçamentário; a necessidade administrativa que porventura deva ser satisfeita em exercício seguinte [...] deve ser cuidada noutra contrato, cuja vigência fique, por sua vez, limitada pela vigência dos créditos daquele exercício”.

À superior apreciação do Senhor Procurador-geral do Estado, com proposta de aprovação do Parecer PA nº 114/2011, que conta com a aprovação da Chefia da Especializada (fl. 103).

Subg. Consultoria, 11 em de novembro de 2011.

ADALBERTO ROBERT ALVES

Subprocurador-Geral do Estado da área da Consultoria-Geral

PROCESSO: PGE nº. 18488-871291/2011 (Prot. CJ/GS/SSP 998912011)

INTERESSADO: SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA TÉCNICO-CIENTÍFICA

ASSUNTO: DESPESA PÚBLICA

Aprovo o Parecer PA nº 114/2011.

Expeçam-se ofícios, instruídos com cópia do referido Parecer, às Consultorias Jurídicas das Secretarias e Autarquias, para necessária ciência.

Encaminhem-se os autos à Secretaria da Segurança Pública, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, em 18 de novembro de 2011.

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador-Geral do Estado

Consultoria

127) PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROVENTOS. PENSÃO.

Providências sugeridas com o objetivo de sanar vícios de inconstitucionalidade de leis estaduais e propiciar a harmonização de disposições legais e regulamentares contraditórias a propósito da incidência do Adicional de Local de Exercício (ALE) na base de contribuição previdenciária e de sua inclusão no valor dos proventos de inatividade e pensões de policiais militares, policiais civis e outras categorias de servidores civis. Remissão aos Pareceres PA nº 169/2008, 162/2009, 121/2010, 123/2010 e 164/2010. (Parecer PA nº 84/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 20.12.2011)

128) CONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO. ESTADO-MEMBRO. SEGURANÇA PÚBLICA. SISTEMA PENITENCIÁRIO. AÇÃO JUDICIAL – Ação Direta Declaratória de Inconstitucionalidade.

Exame da constitucionalidade da Lei Complementar nº 46, de 29 de abril de 2009, do Município de Registro, cujo artigo 1º, ao inserir o parágrafo 4º ao artigo 27 da Lei Complementar nº 42,

de 23 de dezembro de 2008, proibiu «a instalação de presídios e quaisquer outros estabelecimentos prisionais ou de ressocialização, ainda que destinado a menores infratores, nos perímetros urbano e rural, do Município de Registro». Inconstitucionalidade orgânica por colidência com normas gerais federais de direito penitenciário (Lei de Execuções Penais) ou de proteção à infância e à juventude (ECA) e, também, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito agrário. Inconstitucionalidade material consistente na inviabilização do dever do Estado para com a preservação da segurança pública. Precedentes da Procuradoria Administrativa: Pareceres PA-3 nº 137/97 e PA nº 334/02, nº 285/06, nº 204/07, nº 93/08, nº 126/08, nº 28/09, nº 101/09, nº 116/09. Viabilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. Legitimação ativa do Governador do Estado. Fundamento: artigos 74, inciso VI, e 90, inciso I, da Constituição Estadual. Minuta de petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, a ser proposta perante o Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência é remansosa no sentido da invalidade de diplomas municipais de teor assemelhado. Pedido de medida cautelar. (Parecer PA nº 131/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 07.11.2011)

Contencioso Geral

129) RECURSO – Extemporaneidade

– Renúncia do procurador do autor no curso do prazo recursal, sem o atendimento ao disposto no artigo 45 do Código de Processo Civil e artigo 5º, § 3º, do Estatuto da Advocacia – Decisão que suspendeu o prazo para interposição do recurso de apelação até constituição de novo patrono – Inadmissibilidade – Prazo peremptório – Caso concreto que não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 180 do Estatuto Processual – Intempestividade configurada – Recurso não conhecido. (Apelação n. 0012036-98.2005.8.26.0196 – Franca – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Eduardo Pachi – 24/10/2011 – 11570 – Unânime)

130) MEDIDA CAUTELAR – Cautela inominada

– Liminar – Indeferimento, considerando as informações prestadas pela requerida – Pretendida reabertura de posto de combustíveis interditado pela CETESB por descumprimento da legislação ambiental – Ausência do requisito da relevância da fundamentação declinada, não sendo caso de se deferir a cautelar sem prévia formação do contraditório – Recurso improvido. (Agravo de Instrumento n. 0210162-90.2011.8.26.0000 – Espírito Santo do Pinhal – 11ª Câmara de Direito Público – Relator: Aroldo Mendes Viotti – 10/10/2011 – 20399 – Unânime)

131) UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – Instauração

– Ausên-

cia dos requisitos necessários – Falta de posições divergentes consolidadas no Tribunal sobre a matéria – A simples menção de posição divergente não tem o condão de dar guarida à pretensão de uniformização – Artigo 476 do Código de Processo Civil – Norma reguladora que não disciplina imposição ao Julgador – Instauração facultativa, a critério do magistrado – Pedido indeferido. (Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 0101555-80.2011.8.26.0000 – Araçatuba – Turma Especial – Público – Relator: Regis de Castilho Barbosa – 16/09/2011 – 21939 – Unânime)

132) COMINATÓRIA – Obrigação de fazer – Fase de execução

– Aprovação de projeto de reserva legal em um ano junto ao órgão administrativo competente, além do reflorestamento e averbação de tal área – Intimação por advogado – Determinação de nova intimação, agora pessoal, para cumprimento, em um ano, dessa obrigação de fazer – Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça – Desnecessidade – Executados que já iniciaram o processo administrativo – Cabimento apenas de decisão sobre justificativa para o atraso, à vista do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, com expedição, se for o caso, de novo ofício à Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais – Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento n. 0239038-55.2011.8.26.0000 – Tanabi – Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez – 20/10/2011 – 3409/11 – Maioria de votos com voto declarado)

133) LITISPENDÊNCIA – Ação direta de inconstitucionalidade – Reconhecimento – Impossibilidade – Demanda decorrente de controle concentrado da constitucionalidade, sendo o objeto da ação a própria inadequação de norma aos ditames constitucionais – Observância – Diversidade de ação civil pública cuja eventual inconstitucionalidade, se reconhecida, decorre de forma incidental, sendo o objeto principal da demanda outro, envolvendo sua causa de pedir e pedido – Existência – Preliminar rejeitada. (Direta de Inconstitucionalidade n. 990.10.427907-0 – São Paulo – Órgão Especial – Relator: Roberto Nussinkis Mac Cracken – 05/10/2011 – 11106 – Unânime)

134) RESCISÓRIA – Violação de literal disposição de lei – Inocorrência – Hipótese – Não ofende os artigos 37, XXI, da Constituição Federal, 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.666/93, acórdão que assegura à funerária o direito ao exercício do serviço funerário intermunicipal, declarado aberto à livre iniciativa por

lei estadual, mercê de limitações impostas por decreto de município que o tomou para si no âmbito local, não dispondo, o julgado, sobre o serviço local, mas sobre o exercício do poder de polícia da Administração – Ação improcedente. (Ação Rescisória n. 990.10.337472-0 – Mogi das Cruzes – 3º Grupo de Direito Público – Relator: Sergio Coimbra Schmidt – 28/11/2011 – 15842 – Unânime)

135) AÇÃO – Condições – Ausência de interesse processual, por ausência de direito líquido e certo – Confunde-se com o mérito, e, concomitantemente, com ele será analisada tal arguição. (Apelação/ Reexame Necessário n. 0039719-50.2010.8.26.0224 – Guarulhos – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Gomes – 16/11/2011 – 16302 – Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Boletim Informativo da Seção de Direito Público*, Novembro e Dezembro de 2011.

Contencioso Tributário-Fiscal

136) EXECUÇÃO FISCAL – Auto de infração – Fundação PROCON – Ajuizamento de ação anulatória e depósito judicial do valor principal do débito exequendo – Recolhimento do mandado de penhora em ação executiva – Pretensão de cancelamento ou suspensão do registro da empresa executada junto ao CADIN estadual – Admissibilidade – Artigo 8º, “caput”, da Lei Estadual n. 12799, de 11/1/2008, além de terem sido preenchidos os requisitos necessários previstos na Lei Federal n. 10522 de 19/7/2002 (artigo 7º), aplicados por analogia – Decisão reformada – Recurso provido. (Agravo de Instrumento n. 0036914–83.2011.8.26.0000 – São Paulo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Israel Góes dos Anjos – 24/10/2011 – 8227 – Unânime)

137) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços – Empresa atuada que reputa tempestivo recurso ordinário interposto ao Tribunal de Impostos e Taxas, em face da decisão proferida em processo administrativo tributário – Desacolhimento – Direito intertemporal – Incidência das disposições da Lei n. 13457/09, de caráter processual e que entram em vigor imediatamente, atingindo os procedimentos já em andamento – Regem-se pela lei nova os fatos ainda a praticar, mesmo na mesma fase procedimental pen-

dente quando da passagem da lei velha para a nova. A lei que regula o recurso é a vigente à data em que a decisão é publicada e não a que vigia quando da propositura da ação, pois que, com relação aos meios de impugnação então existentes àquela época, as partes nutriam simples e singelas expectativas – Ausência de ilegalidade – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação n. 0368523-45.2010.8.26.0000 – São Paulo – 9ª Câmara de Direito Público – Relator: Oswaldo Luiz Palu – 26/10/2011 – 5468 – Unânime)

138) EXECUÇÃO FISCAL – Imposto – Débito declarado e não pago – Dívida líquida, certa e exigível – Previsão legal da multa de mora nos artigos 87 e 98 da Lei Estadual n. 6374/89 – ICMS admitido por força do artigo 33, da Lei Paulista n. 6374/89 – Preliminar de cerceamento de defesa – Inadmissibilidade – Sentença mantida – Recurso improvido. (Apelação n. 3005360-02.2010.8.26.0037 – Araraquara – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: Luiz Burza Neto – 05/10/2011 – 19499 – Maioria de votos com voto declarado)

139) DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – Execução fiscal – Sociedade limitada – Insurgência – Desacolhimento – A não localização da empresa no endereço fornecido como domicílio fiscal faz emergir a presunção de dissolução irregular da sociedade, ensejando, com isso, a possibilidade da responsabilização dos sócios pelas obrigações fiscais contraídas pela pessoa jurídica – Arti-

go 135 do Código Tributário Nacional e artigo 50 do Código Civil – Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação n. 0054792-83.2004.8.26.0576 – São José do Rio Preto – 13ª Câmara de Direito Público – Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior – 26/10/2011 – 13308 – Unânime)

140) IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS – Exploração de rodovia – Serviço elencado na Lista de Serviços estipulados como tributáveis – Sentença mantida – Recurso não provido. (Apelação n. 0552967.5/1-00 – Tatuí – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: José Jarbas de Aguiar Gomes – 06/10/2011 – 604 – Unânime)

141) IMPOSTO – Serviços de qualquer natureza – Ações declaratória de inexigibilidade e anulatória de lançamento fiscal – Incidência sobre serviços prestados por notários e oficiais de registro – Serviços delegados exercidos em caráter privado – Remuneração do agente delegado passível de sujeição ao ISS – Matéria julgada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3089, decidindo pela constitucionalidade da incidência do ISS sobre os serviços prestados pelos notários e registradores – Não incidência do artigo 9º, § 3º, do Decreto-lei n. 406/68 – Ausência de caráter pessoal na prestação do serviço – Recursos oficial e voluntário da municipalidade providos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0730390.5/5-00 – São Vicente – 14ª Câmara de Direito Público – Relator: Rodrigo Lobato Junqueira Enout – 29/09/2011 – 9781 – Unânime)

142) IMPOSTO – Circulação de Mercadorias e Serviços – Arrendamento mercantil internacional, sem opção de compra – Pretensão ao reconhecimento da isenção – Admissibilidade – Modalidade contratual em que não há transferência de titularidade da coisa móvel, fato este que poderia autorizar a exigibilidade do tributo – Artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar n. 87/96, que isenta de recolhimento do ICMS na hipótese de operação de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário – Irrelevância de que o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil tenha origem no exterior – Ausência de qualquer restrição, na legislação, a esse respeito – Ação procedente para declarar a inexistência de incidência do ICMS – Recurso oficial não conhecido e recurso voluntário da Fazenda do Estado parcialmente provido apenas para redução da verba honorária. (Apelação n. 0679069.5/0-00 – Itu – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Antonio Bianco Neto – 21/11/2011 – 2857 – Unânime)

143) EXECUÇÃO FISCAL – Multa – Nulidade imputada ante a ausência de exata conexão entre a penalidade e o fato praticado – Legislador consciente do surgimento de situações novas não acauteladas no momento de elaboração de uma lei, reserva alíneas ou incisos, para hipóteses não dispostas naquela ocasião – Diferencial de alíquota devido – Correta a exigência perpetrada pelo fisco paulista ao exigir o imposto referente à diferença da alíquota inte-

restadual e interna já que não comprovada a entrega das mercadorias à empresa destinatária localizada em outra unidade da Federação – Recorrente se limita a afirmar que teria apresentado todos os documentos exigidos pelo Fisco, não indicando qualquer prova que desconstitua a autuação perpetrada pelo Fiscal de Rendas – Recurso improvido. (Apelação n. 0001318-54.2010.8.26.0588 – São José do Rio Pardo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Eduardo Pachi – 28/11/2011 – 11748 – Unânime)

144) EXECUÇÃO FISCAL – Imposto – Possibilidade de cobrança de ICMS sobre o estoque de produtos farmacêuticos – Exigência do tributo quando da implantação do regime de substituição tributária tem como fundamento legal o artigo 34, § 8º do ADCT, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a regularem mediante convênio a instituição do ICMS – Creditamento clandestino não é o meio adequado para o ressarcimento do valor que entende indevidamente recolhido – Responsabilidade por infrações tributárias é objetiva, independe da vontade do agente – Artigo 136 do Código Tributário Nacional – Inexistência de direito de creditamento do ICMS pago em energia elétrica, telefonia e bens destinados ao uso do próprio estabelecimento ou integração do ativo fixo, já que não estão relacionados ao processo produtivo – Inexistência de erro na capitulação da penalidade – Majoração de 17% para 18% – Admissibilidade – Utilização da taxa SELIC para atualização do débito fiscal – Admissibilidade – Constitucionalidade

de da Lei Estadual 10175/98, que prevê a incidência da referida taxa – Recurso improvido. (Apelação n. 0001318-54.2010.8.26.0588 – São José do Rio Pardo – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Carlos Eduardo Pachi – 28/11/2011 – 11748 – Unânime)

145) IMPOSTO – Serviços de qualquer natureza – Município de São Paulo – Exercício de janeiro de 2001 a junho de 2004 – Observância dos princípios da legalidade e da taxatividade dos serviços – Admissibilidade, contudo, de interpretação extensiva dos itens descritos, para que uma simples mudança nominal do serviço não acarrete a exclusão do fato gerador – Consideração da natureza do serviço prestado e não da nomenclatura dada pela instituição bancária – Necessidade – Inexistência de fato gerador do ISSQN quando não há prestação de serviços a terceiros, ainda que seus custos sejam a eles repassados – Pedido julgado procedente para anular os autos de infração indicados na inicial da instituição financeira – Recurso da Municipalidade parcialmente provido. (Apelação n. 0117157-25.2006.8.26.0053 – São Paulo – 15ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Godoy Rodrigues de Aguiar – 24/11/2011 – 17836 – Unânime)

146) RECURSO – Embargos à execução fiscal – Multa por infração ambiental – Ausência de apresentação de defesa administrativa pela empresa autuada – Impossibilidade de discussão, em sede de embargos à execução, se não foi apresentada a defesa administrativa, da hipotética exigência ilegal, por parte

da administração pública, do recolhimento prévio da multa, como condição para o seu recebimento – Inocorrência de cerceamento de defesa na esfera administrativa, porque a empresa atuada, simplesmente, não exerceu o seu direito de apresentação de defesa – Devolução dos autos à Turma Julgadora, nos termos do art. 543-B, do Código de Processo Civil, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da

decisão – Ratificação do julgado. (Embargos Infringentes n. 0749483.5/5-01 – Teodoro Sampaio – Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Zélia Maria Antunes Alves Miglioli – 10/11/2011 – 20034 – Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Boletim Informativo da Seção de Direito Público*, Novembro e Dezembro de 2011.

editoração, ctp, impressão e acabamento

10 anos | **imprensaoficial**

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515

