BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MAIO/JUNHO 2011

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - BOLETIM CEPGE, v. 35 - n. 3 - maio/junho 2011

Sumário

Editorial

Editorial 3

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos. 5

Eventos do Centro de Estudos 5

Eventos em Parceria com Outras Instituições 5

Peça e Julgado

Memoriais. Execução fiscal. Penhora sobre recebíveis de cartões de crédito/débito 7

Doutrina

Transação Tributária e Indisponibilidade do interesse público: Questões Pontuais e Projeto de Alteração do CTN 23

Parecer

Contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público 43

Ementário

Consultoria 53

Contencioso Geral 55

Contencioso Tributário-fiscal 57

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
Silvia 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, Sibele 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 Giroldo, 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 Schimidt de Oliveira, Norberto Oya e Camila Rocha Schwenck

Escola Superior da PGE

Diretora
Patricia 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, Norberto Oya

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

voltar

Editorial

Das três áreas em que se subdivide a Procuradoria Geral do Estado para o cumprimento de suas funções institucionais, certamente a Área da Consultoria Geral é a que mais recebe influxos a cada início de Governo.

A reorganização da Administração Direta e das entidades a ela vinculadas, bem como a necessidade de implementação do programa de governo daquele que se sagrou vencedor no pleito eleitoral, refletem direta e imediatamente na área consultiva, que se vê às voltas com alterações de ordem administrativa e novos desafios jurídicos a serem enfrentados e vencidos.

Ao final deste primeiro semestre, entretanto, pode-se afirmar que a Área da Consultoria Geral conferiu o aporte jurídico necessário à Administração, viabilizando a implantação dos primeiros programas e projetos, nas diversas áreas de atuação do Estado.

Porém, não se duvide que muito mais está por vir, como as parcerias público-privadas[1], as diversas obras de infraestrutura (das quais o Trecho Norte do Rodoanel é a mais significativa), afora os projetos nas áreas de educação, segurança, saúde, agricultura, etc.

Não bastasse isso, há que se dar integral cumprimento ao que dita o artigo 99, inciso II[2], da Constituição Bandeirante, ou seja, a Procuradoria Geral do Estado deve exercer as atividades consultiva e de assessoramento jurídico de todas as entidades autárquicas.

Na área disciplinar, temos que dar continuidade à caminhada que teve início com a Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares – CPD e que certamente chegará à Procuradoria de Procedimentos Disciplinares – PPD.

Para fazer frente à grande tarefa acima delineada, avanços são imprescindíveis, como o que – após alteração legislativa – permitiu o ingresso dos novos Procuradores do Estado já na área consultiva. Agora é possível a saudável convivência entre os colegas com vários anos na carreira e a aqueles recém-ingressos.

---

1 No site da Unidade de Parcerias Público-Privadas da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Regional *(http://www.planejamento.sp.gov.br/modulos/ppp/arquivos/Carteira_Projetos.pdf)* é possível verificar os vários projetos nessa área.

2 Com a redação que lhe foi conferida pela EC nº 19, de 14 de abril de 2004.

Outras alterações são necessárias, como a informatização da Área da Consultoria, que permitirá o compartilhamento dos pareceres de todas as Consultorias Jurídicas, da Procuradoria Administrativa, da Subprocuradoria Geral e do Gabinete do Procurador Geral, otimizando (e facilitando) o trabalho dos colegas, bem como viabilizando maior uniformidade da orientação jurídica da PGE.

No campo do aperfeiçoamento profissional, o Centro de Estudos e a Escola Superior devem continuar tendo papel ímpar, pois, além de propiciarem o aprimoramento intelectual dos Procuradores, são o campo em que novas ideias são semeadas e discutidas, através de cursos, congressos, grupos de estudos, etc. Nesse passo, destaco a necessidade de realização de eventos como o "Encontro da Área da Consultoria Geral", ocorrido em fevereiro, que propiciou grande troca de conhecimento e experiências entre os colegas da área.

Penso que as visitas às Consultorias Jurídicas, que tiveram início em março, são essenciais, permitindo uma maior proximidade com os colegas, a verificação de suas condições de trabalho e de como se dá a relação entre as CJs e a Administração.

Mas as mudanças mais significativas dependem do novo delineamento que será dado à Instituição e, consequentemente, à Área da Consultoria Geral, na nova lei orgânica da PGE, que balizará sua atuação provavelmente por décadas.

É o maior desafio que se avizinha.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

Cursos do Centro de Estudos

17.05 – Videoconferência: O Papel da PGE na Administração Pública.

17.05 – Palestra sobre atualização no regime jurídico de precatórios.

02 e 03.06 – Gestão Orçamentária e Financeira.

Eventos do Centro de Estudos

16 a 17.06 e 20 a 21.06 – Treinamento: Ferramenta para Gestão de Benefícios Previdenciários – SPPREV – Aposentadoria

Eventos em parceria com outras instituições

03.05 – Seminário Patologia na Construção.

11, 12 e 13.05 – II Seminário Brasileiro do Pré-Sal.

24 e 25.05 – Formação de Preços Turma 4.

26 e 27.05 – XXXI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DÉCIO NOTARANGELI – 9ª CAMARA DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SALA 241

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 990.10.578101-2

Agravante: **W2G2 S/A**
Agravada: **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por sua Procuradora que esta subscreve, vem à presença de Vossas Excelências apresentar MEMORIAIS ao recurso de agravo de instrumento interposto pela executada, fazendo-o nos exatos termos permitidos pelo Direito esperando, ao final, ver providas suas razões de ingresso.

1. Síntese dos fatos

Trata-se de Execução Fiscal ajuizada para cobrança de ICMS proveniente de saldo remanescente de parcelamento interrompido, nos termos dos artigos 56 e 58 da Lei 6374/89, para cobrança de R$ 2.902,86 (Dois mil, novecentos e dois reais e oitenta e seis centavos), hoje atualizado para R$ 4.825,57.

A executada, empresa do ramo de comércio de medicamentos, perfumarias, acessórios e correlatos foi citada na execução fiscal em epígrafe em 03 de janeiro de 2007, e penhorados bens de seu estoque rotativo em 19 de janeiro do mesmo ano.

Referidos bens nos quais se inserem medicamentos, produtos de higiene, entre outros, todos componentes do seu estoque rotativo se encontravam dispersos em suas mais de dez lojas.

O leilão dos bens restou infrutífero.

Posteriormente, em março de 2009, a executada requereu a substituição dos bens posto tratar-se de bens fungíveis, cuja deteriorização ocorre naturalmente com o passar do tempo, substituição essa aceita pelo D. Magistrado *a quo* e também pela FESP.

Não satisfeita a executada, e mais uma vez tentando esquivar-se do adimplemento dos impostos, requereu a dilação do prazo para assinatura do Termo de Penhora.

Após todo o percurso mencionado, a FESP em outubro do corrente ano, considerando o fracasso dos diversos leilões, onde não houve arrematação de um produto sequer, requereu a penhora de quinze por cento do faturamento da empresa devedora, e posteriormente a penhora de recebíveis dos cartões de crédito/débito.

Todas as medidas tomadas na Execução Fiscal 18825/2006 fracassaram, e justamente nesse enredo foi requerida a penhora sobre recebíveis de cartões crédito/débito.

Considerando tratar-se de devedora contumaz, devedora de mais de R$ 17.540.606,61 (Dezessete milhões, quinhentos e quarenta mil, seiscentos e seis reais e sessenta e um centavos) para a Fazenda do Estado, com inúmeras execuções fiscais na região da baixada santista, seja por débito declarado e não pago, seja pela lavratura de auto de infração e imposição de multa, sendo que em nenhuma delas localiza-se bens da sociedade, inclusive ativos financeiros, a medida a ser tomada em outubro de 2010 foi a penhora de recebíveis dos cartões de crédito e débito.

Com efeito, a Secretaria da Fazenda, tomando conhecimento do fato, disponibilizou a movimentação dos cartões de crédito, fato não ensejador da quebra do sigilo fiscal como a frente será demonstrado pela agravada, de modo a possibilitar a visualização do total recebível por cartões de crédito ou débito, em contraposição ao devido na execução fiscal ora discutida.

A partir desse levantamento, as Delegacias Tributárias elaboraram notas técnicas aptas a subsidiar todo o procedimento.

Ora, Excelências, se trata de importante devedora no Estado de São Paulo, cujo faturamento declarado ao Fisco Paulista para o ano de 2009 foi de R$ 38.878.298,57 (Trinta e oito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, duzentos e noventa e oito reais e cinquenta e sete centavos), sendo que a Fazenda não consegue receber seus créditos, créditos estes de extrema relevância quando considerados no panorama social.

E mais, conforme consulta no Cadastro da JUCESP verifica-se que a agravante alterou sua razão social inúmeras vezes nos últimos anos, sendo Drogaria São Carlos Ltda., Irmãos Geraigire Ltda., Rocha Dias e Cia. Ltda. F.M. Carvalho e Cia. Ltda., Drogaria Iporanga Ltda. E W2G2 Ltda., transformada finalmente em S/A.

Assim, diante do noticiado, foi requerido o bloqueio e a posterior penhora sobre os créditos provenientes das vendas realizadas por intermédio das operadoras de cartão de crédito e débito, assim decidindo o I. Magistrado *a quo*:

> "1. Defiro a substituição da penhora.
> 2. Oficie-se às empresas operadoras de cartões de crédito para o depósito em conta judicial do valor devido"

Os argumentos trazidos pela Agravante, entretanto, não têm o condão de apontar qualquer mácula na respeitável decisão injustamente guerreada, inexistindo mácula apta a expurgá-la do mundo jurídico, conforme passaremos a demonstrar.

2. Da recuperação jucidial alegada pela agravante

Alega a executada, que a sociedade encontra-se em recuperação judicial, de modo que a referida penhora prejudicaria o cumprimento do plano assumido em sede de recuperação, acarretando o descumprimento de seus compromissos com os outros credores.

Sem razão a executada.

Inicialmente cumpre ressaltar que os créditos fiscais não se sujeitam ao procedimento de recuperação judicial, conforme prevê o artigo 6º, parágrafo 7º da Lei 11.101/2005, e artigo 76 da mesma Lei, merecendo transcrição:

> *"Art. 6ª A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*
> *§ 7ª As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.*
> *Art 76 O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo."*

Assim já decidiu o Egrégio Tribunal Bandeirante:

> *"EXECUÇÃO FISCAL. PESSOA JURÍDICA. PENHORA DE ATIVOS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL.*
> *1. A simples circunstância de a pessoa jurídica executada estar em processo de recuperação judicial não lhe confere qualquer direito à assistência judiciária.*
> *2. Os créditos fiscais não se sujeitam ao procedimento de recuperação judicial não sendo admissível a exclusão da penhora de ativos financeiros conforme prevista pela lei nº 11382/2006. Agravo Improvido. (AI n. 923.973.5/8-00, rel. Des. Laerte Sampaio, j. 01/12/2009)." (Grifos nossos)*
> "CUSTAS - Diferimento - Sociedade empresária em recuperação judicial - *Crédito fiscal (preparo) não sujeito ao regime de liquidação (art. 6o, § 7º, Lei 11.101/05) - Presunção de que crise econômica anunciada não impede cumprimento das exigências legais (art. 58, Lei 11.101/05) - Dever de recolhimento em todas as ações e recursos, sob pena de sua inadimplência dar causa a pedido falimentar (art. 73, IV, § único, LREF) - Diferimento indeferido - Agravo de instrumento improvido, concedendo-se novo prazo para recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno dos autos, sob pena de deserção. (AI n. 7327970-4, rel Des. Ricardo Negrão, j. 29/06/2009)." (Grifos nossos)*

Pode-se concluir que, a não aplicação dos artigos 655, inciso I do Código de Processo Civil e artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, significa sujeitar o crédito fiscal aos efeitos do procedimento de recuperação judicial, o que contraria frontalmente o disposto na Lei de Falência.

E mais, prevê o artigo 187 do Código Tributário Nacional:

> *"Art. 187 A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento"*

Em última análise, desobrigar a executada ora agravante de pagamento de impostos devidos ao Fisco, significa conceder remissão de dívida tributária não sujeita ao regime de recuperação judicial, tudo ao arrepio da lei. Ademais, o só fato de estar a empresa submetida ao regime de recuperação judicial não inviabiliza a penhora de eventuais valores bloqueados junto às administradoras de cartão crédito/débito.

Pede-se vênia para transcrição da jurisprudência que se amolda perfeitamente ao caso em concreto:

> *"Saliente-se, por fim, que a agravante nada comprova quanto à genérica alegação de que o bloqueio on line prejudicará sua recuperação. Não se desincumbiu do ônus que somente a ela cabia, e por isso o despacho impugnado, que atende ao interesse coletivo consistente na efetiva repressão aos ilícitos ambientais, deve prevalecer. AI n. 990.10.528412-4 - CAMPINAS - VOTO N° 17.412, Rel Des. Renato Nalini"*

Em suma, não possui respaldo jurídico a tese da contribuinte.

Mas, ainda que assim não fosse, é forçoso reconhecer que não existe, no caso, prova inequívoca de que a penhora de recebíveis comprometerá o aludido plano de recuperação judicial.

Ora, nobre Julgadores, se a contribuinte não provou por documentos que o bloqueio prejudicará a sua recuperação, a mera alegação genérica da agravante, que ora não se desincumbiu do ônus previsto no artigo 333, inciso I, do CPC, não pode e não deve prevalecer sobre o interesse público.

3. Do não cabimento da alegação de ser indevida a substituição de bens

A agravante tentando demonstrar sua boa-fé alega que nomeou bens à penhora, e na sequência, a agravada, sem qualquer justificativa, requereu a penhora sobre o faturamento da empresa, e posteriormente, também sem qualquer respaldo, requereu a penhora de recebíveis.

Sem qualquer fundamento a alegação da requerente.

Excelências, trata-se de grande devedora no Estado de São Paulo, que se furta em todas as execuções fiscais paulisas do pagamento de ICMS.

Em casos análogos da mesma devedora, a empresa nomeia bens à penhora,

bens esses de difícil comercialização, integrantes de seu estoque rotativo, portanto fungíveis, que não despertam interesse em hasta pública, apenas para o manejo de embargos à execução meramente protelatórios.

Ademais, no caso em concreto, é falsa a afirmação que a Fazenda "sem qualquer justificativa plausível requereu a penhora de 15% do faturamento bruto da empresa".

Nobre Julgadores, a Execução Fiscal nº 18825/2006 para a cobrança de hoje pouco mais de 4 mil reais (considerando que a empresa lucrou mais de 38 milhões de reais no ano de 2009) foi ajuizada em outubro de 2006, sendo nomeados bens de difícil comercialização à penhora em janeiro de 2007, a própria agravante requereu a substituição dos bens por ela mesma nomeados em março de 2009, e posteriomente, em junho de 2009 ainda requereu mais dilação de prazo, desta vez para assinatura do Termo de Penhora.

Isto por si só não serve de justificativa para o Fisco, no atendimento do interesse público, qual seja, arrecadação de tributos de sua competência para o desenvolvimento do Estado, requerer a penhora sobre recebíveis de cartões de crédito/débito?

Assim, ao reverso do que sustenta a agravante, a penhora ora postulada nada tem de inconstitucional ou ilegal.

Na verdade, a medida foi requerida e decretada dentro de um cenário da mais completa inadimplência e descaso da devedora.

O comportamento padrão da agravante se repete em TODAS as execuções fiscais na Baixada Santista, e frise-se, não são poucas.

Primeiro ajuiza embargos à execução fiscal com objetivo de protelar ao máximo o início dos atos executivos.

Posteriormente, após o julgamento de todos os recursos, oferece à penhora ou deixa que sejam penhorados bens que compõe o seu estoque rotativo, leia-se que não despertam qualquer interesse em hasta pública e de difícil comercialização.

Excelências, quem em sã consciência comparece em Hasta Pública para arrematar um sabonete infantil marca Xuxinha Tradicional, ou então duas chupetas marca Kuka?

Nesse sentido, após diversos leilões em outros processos que por óbvio restaram infrutíferos, restou ao Fisco o bloqueio de ativos financeiros, expedição de ofícios à Receita Federal para localização de outros bens, bem como a penhora de porcentagem do faturamento.

Tudo em vão. Essas medidas sempre fracassam!

E justamente diante desse cenário foi requerida e deferida pelo I. Juiz *a quo* a penhora sobre recebíveis de cartões de crédito/débito.

Desta feita, e por todo o exposto, conclui-se que a medida de substituição da forma de pagamento da Execução Fiscal *sub judice* para o bloqueio e posterior depósito em conta judicial até o limite da execução do valor recebido por meio de cartões de crédito e débito constitui a derradeira forma de o Estado de São Paulo receber seus créditos de ICMS, nada havendo de ilegal ou inconstitucional nessa medida.

4. Da penhora sobre o faturamento e a observância da ordem do artigo 11 da Lei 6.830/80

Alega a agravante que a penhora sobre o faturamento exige o cumprimento dos requisitos previstos nos artigos 655-A, parágrafo 3º, 678 e 719 do Código de Processo Civil, bem como que os devedores não possuam bens penhoráveis e este percentual não seja prejudicial ao exercício da atividade comercial do devedor, de modo que a penhora do faturamento é medida de exceção e não poderia ser feito pelo valor total sob pena de inviabilizar o funcionamento da sociedade.

Assevera ainda que a penhora de cartões de crédito, sendo penhora de faturamento, estaria na sétima posição de preferência, ao invés de primeiro, conforme artigo 655 do Rito.

Não assiste razão a agravante, como passaremos a demonstrar.

Ao contrário do que sustenta a agravante, a substituição da penhora foi absolutamente regular porquanto decretada como último recurso para a satisfação do crédito fiscal.

Inicialmente, cumpre destacar que a finalidade essencial da execução, conforme estatuído nos artigos 591 e 646 do Código de Processo Civil, que refletem o intuito final do procedimento executório, visa a quitação do débito.

Fazendo-se uma interpretação sistemática dos dispositivos supra citados, temos que deve-se aplicá-los em harmonia com o sistema, de modo que a frustração no pagamento dos débitos da executada não cause prejuízo ao exequente de seu crédito devidamente legitimado na Certidão de Dívida Ativa.

Sabe-se, conforme amplamente defendido na jurisprudência moderna que a penhora de ativos de cartões de crédito e débito não se enquadra na penhora de faturamento, mas sim penhora de dinheiro, vez que os créditos recebíveis podem ser convertidos em espécie, equivalentes a dinheiro, nos termos dos artigos 655, inciso I do CPC e do artigo 11 da Lei 6830/80 que é o primeiro na ordem de preferência.

Esse entendimento vale também para a penhora "on line" que assim como a penhora de ativos de cartões, são penhoras de dinheiro, sendo, portanto, desnecessárias as providências do artigo 655-A § 3º.

Assim, temos que a penhora sobre recebíveis de cartão de crédito/débito, vem ao encontro da gradação legal indicada no já citado artigo 655 do Estatuto dos Ritos, facilitando a quitação do débito, inclusive evitando-se gastos relativos à avaliação, editais e demais atos relativos ao praceamento, que por vezes alcançam quantia superior à própria dívida, e muitas vezes não despertam interesse na praça.

A executada tem como atividade principal o comércio de medicamentos, perfumarias, acessórios e correlatos. Na prática, observou-se em suas diversas

execuções que foram nomeados à penhora produtos do gênero farmacêutico, e prevalecendo a penhora de tais bens, ocorreram em sequência atos inúteis, vez que não despertaram qualquer interesse em possíveis arrematantes, sendo que o dinheiro satisfará de vez o credor.

Sabe-se que o direito processual necessita de técnicas próprias dada sua condição de instrumento posto à disposição para satisfação do bem da vida, notadamente no processo de execução, merecendo especial atenção o princípio da efetividade da jurisdição.

E nessa esteira de pensamento, a penhora de dinheiro atende ao princípio da efetividade da jurisdição, bem como a plena satisfação do credor no processo executivo.

Conforme nos ensina o Professor Humberto Theodoro Junior[1]:

> *"(...) Não se destina o procedimento previsto na Lei n. 6.830 o acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, nem à definição de responsabilidades outras relacionadas com o crédito tributário; mas apenas se volta para a expropriação de bens do devedor para a satisfação do direito do credor (CPC, art. 646)." (Grifos nossos)*

Ademais, a penhora de numerário além de mais célere ao processo, pois favorece o alcance do objetivo da execução em prol do credor, inteligência do artigo 612 do CPC, igualmente trará benefício ao executado que não terá que arcar com os acréscimos decorrentes do praceamento, cumprindo o artigo 620 do mesmo diploma legal.

Merece transcrição a jurisprudência mais recente de nossos Tribunais:

> *927852 JCPC. 655. I – EXECUÇÃO – PENHORA – ORDEM DE PREFERÊNCIA – PENHORA SOBRE CRÉDITOS JUNTO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES – As compras efetuadas por meio de cartões de crédito constituem-se em dinheiro pertencente à executada e não a terceiros. Legítima a penhora sobre tais créditos, à luz do art. 655, I do CPC – Segurança denegada. (TRT 2ª R. – Ac. 99005263 – SDI – Rel. Juiz Edilson Rodrigues – DOESP 30.04.1999. (Grifos nossos)*
>
> *93005127 JCPC. 655 – PENHORA EM CRÉDITO – LEGITIMIDADE – Não se verifica qualquer irregularidade, ilegalidade ou abusividade no procedimento do MM Juízo a quo em deferir a penhora do crédito da executada junto a empresa administradora de cartões de crédito, vez que no momento oportuno, a impetrante não indicou, bens de sua propriedade, livres, desembaraçados e com liquidez suficiente para a garantia do crédito exequendo. Créditos que podem ser convertidos em espécie, equivalem a dinheiro e este figura em primeiro lugar no rol discriminado no artigo 655 do Código de Processo Civil, e traz efetivamente à execução, facilitando a satisfação do crédito exequendo. Nem se cogite*

1 Theodoro Junior, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*, 11ª edição, Editora Saraiva, página 08.

que tal excussão deva ser obstada, pois capaz de, indisponibilizando o capital de giro da empresa, acarretar-lhe inúmeros prejuízos no cumprimento de seus encargos sociais. Isto porque, além de a mesma correr os riscos de seu empreendimento, os créditos trabalhistas são superprivilegiados, preferindo a quaisquer outros, a teor do que dispõe o artigo 186 do Código Tributário Nacional (exceção feita apenas aos créditos advindos de acidente de trabalho). Segurança denegada. (TRT 2ª R. – Proc. 01420/99-3 – (200002267) – SDI – Rel. Juiz Benedito José Pinheiro Ribeiro – DOESP 14.03.2000)(Grifos nossos)

30028713 – MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA DE DIREITOS DE CRÉDITO – CARTÕES DE CRÉDITO – ORDEM LEGAL DO ART. 655 DO CPC – A ordem de nomeação de bens à penhora, estabelecida no art. 655 do CPC, não é aleatória e deve ser respeitada pelo devedor. Eventual desobediência à referida ordem implica passar ao credor o direito à indicação do bem a ser penhorado, caso discorde da oferta do devedor. Há que se ressaltar que o crédito relativo ao movimento de vendas da Reclamada com cartões de crédito, em termos de liquidez, equivale a dinheiro, primeiro bem na lista preferencial do art. 655. (TST – ROMS 360800/1997 – SBDI 2 – Rel. Min. José Carlos Perret Schulte – DJU 13.08.1999 – p. 00024)(Grifos nossos)

32027431 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA – 1 Penhora de créditos junto à companhia de Cartões de Crédito relativos a diárias de hospedagem. O pagamento de hospedagens através de cartão de crédito constitui apenas uma parte da receita do hotel. Muitos hóspedes quitam as suas contas através de cheques. Não se caracteriza penhora da renda diária do hotel. Trata-se de verdadeiros créditos, pois no momento que é aceito o pagamento através de cartão de crédito, o hotel passa a ter um crédito a ser recebido junto à companhia de cartões de créditos. 2. A penhora deve recair em bens da executada e não de terceiros. Penhora mantida. Agravo regimental desprovido. (TJDF – AI 916897 – (Reg. 96) – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Campos Amaral – DJU 25.03.1998)

Assim também manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

"REsp 1101288/RS RECURSO ESPECIAL 2008/0241056-0 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/04/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 20/04/2009

Ementa PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PENHORA ON LINE ARTS 655 E 655-A DO CPC ART 185-ADO CTN SISTEMA BACEN-JUD PEDIDO REALIZADO NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA LEI N 11 382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006 PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO SÚMULA N 7/STJ NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS NO PERÍODO DE VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI RECURSO ESPECIAL PROVIDO

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de

ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.
2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n 11.382/2006.
3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei. No sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-JUD é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n.7/STJ.
4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.
5. No caso em apreço, o Tribunal a quo *indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.*
6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei n 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento.
7. Recurso especial provido." (Grifos nossos)

Por todo o exposto até o presente momento temos que a penhora de recebíveis de cartão de crédito/débito equivale a dinheiro, obedecida, portanto, a ordem prevista nos artigos 11 da Lei de Execução Fiscal, e 655, inciso I do Código de Processo Civil, sendo irrelevante qualquer discussão acerca da aplicação do parágrafo 3º do artigo 655-A, pois conforme amplamente debatido, penhora de recebíveis de cartão de crédito/débito não se assemelha à penhora sobre faturamento.

5. Da satisfação do crédito. Interpretação do artigo 620 c.c. 612 do Código de Processo Civil

Sustenta a executada-agravante que o artigo 620 do CPC determina que a execução quando puder ser promovida por outros meios, deverá ser escolhido o meio menos gravoso ao devedor, o que não foi feito nos autos em testilha.

Trata-se de execução fiscal proposta com o objetivo de receber créditos provenientes de ICMS não pagos pelo contribuinte.

Ora, o interesse público não pode se subordinar ao do particular! O requerimento de bloqueio e posterior penhora dos recebíveis da empresa é a única forma que a exequente tem de tentar obter o pagamento dos impostos devidos pela empresa executada.

De fundamental importância a cobrança do débito, pois a execução fiscal confirma a resposta estatal de combate aos inadimplentes, e tem por escopo re-

ceber valores que serão aplicados em obras sociais, bem como na manutenção da Administração Pública.

Reitere-se: a agravante-executada afirma o descabimento da penhora de recebíveis de cartões, mas não oferece qualquer alternativa em substituição, apenas tenta protelar o feito esquivando-se do pagamento.

Por outro lado, não se pode levar em consideração a genérica afirmação de maior onerosidade com perigo de dano irreparável.

Conquanto o artigo 620 do Código de Processo Civil consagre o princípio da menor onerosidade para o devedor, tal dispositivo não tem a propriedade de subverter a ordem prescrita no artigo 11 da LEF, principalmente se isso significar frustração do objetivo da execução.

Ao lado do princípio da menor onerosidade, há de se levar em conta o disposto no artigo 612 do Código dos Ritos, e no caso em tela, o interesse do credor se confunde com toda a sociedade, beneficiária do valor arrecadado a título de impostos estatais.

Vem sendo decidido que "a tese de violação do Princípio da Menor Onerosidade não pode ser defendida de modo genérico ou simplesmente retórico, cabendo à parte executada a comprovação, inequívoca, dos prejuízos a serem efetivamente suportados, bem como da possibilidade, sem comprometimento dos objetivos do processo de execução, de satisfação da pretensão creditória por outros meios."(AgRg no REsp 1103760/ CE).

É a posição dos Tribunais:

> "2007.002.15710 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. FABRICIO BANDEIRA FILHO - Julgamento: 08/08/2007 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL Execução. Penhora de crédito da empresa devedora perante terceiros, em percentual que se situa nos limites da razoabilidade. Possibilidade. O princípio de que a execução deva ser processada de maneira menos gravosa para o devedor não tem como contrapartida que o deva ser de forma mais onerosa para o credor. Percentual fixado pela decisão agravada que não inviabiliza o negócio da executada. Decisão mantida. Agravo improvido".

Afirma o professor Cassio Scarpinella Bueno[2] ao dispor sobre o princípio do resultado do processo executivo:

> *"De acordo com o princípio do resultado, que tem fundamento no artigo 612, a tutela jurisdicional executiva, e consequentemente, a prática de atos que se fazem necessários para a sua prestação devem ser pensados com vistas à satisfação do exeqüente. O dispositivo é expresso*

2 Scarpinella Bueno, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 3, 2ª edição, página 24.

no sentido de que "realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados". E prossegue: "Parelho a este princípio é bastante freqüente haver menção a outro, o da máxima utilidade da execução, construído a partir do disposto nos arts. 577, 579, 599, 600 e 601, que expressamente reconhecem o munus público do Estado-juiz ao longo da prestação jurisdicional executiva, autorizando-o a tomar providências, até mesmo de ofício, para, a um só tempo, criar condições de prevalecimento do direito tal qual reconhecido no título – e, consequentemente, a satisfação plena do exeqüente – e reprimir quaisquer atos do executado (ou de terceiros) que, de alguma forma, busquem ilegitimamente frustrar aquela função".

6. Da ausência de quebra de sigilo bancário pela fazenda estadual

Alega a executada que houve quebra ilegal do sigilo bancário na medida em que a Procuradoria Estadual utilizou-se da movimentação financeira da agravante junto às administradoras de cartões.

Com relação à alegação de quebra de sigilo bancário, esta não deve prosperar, conforme será demonstrado.

O sigilo bancário foi disciplinado pela primeira vez com o advento da Lei 4595/1964, disciplinadora sobre a política e as instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e em seu artigo 38, § 5º prescrevia que:

"Art 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
(...)
§ 5º. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente".

Todavia, o indigitado preceptivo foi revogado pela Lei Complementar 105/2001, que por sua vez, autorizou a quebra de sigilo pela Administração sem autorização judicial, seja através de informes bancários, seja realizada no âmbito de procedimento ou processo administrativo tributário.

Assim prevê a Lei Complementar 105/2001:

"Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.
Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente."

O Estado de São Paulo, por sua vez, regulamentando a Lei Complementar 105/2001, editou a Decreto 54.240/2009, cujo previu a requisição, acesso e uso pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a ela equiparadas, que assim dispôs:

> *"Art. 1º Este Decreto regulamenta a requisição, o acesso e o uso, pela Secretaria da Fazenda, de dados e informações referentes a operações de usuários de serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, nos termos da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, bem como estabelece os procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas.*
> *Art. 2º A requisição de informações de que trata o artigo 1º somente poderá ser emitida pela Secretaria da Fazenda quando existir processo administrativo tributário devidamente instaurado ou procedimento de fiscalização em curso."*

Para que fosse possível então, dar cumprimento ao acesso de dados bem como a preservação de seu sigilo com o Fisco, a Portaria CAT 80/2001 determinou que "o contribuinte usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF que aceitar cartão de crédito ou débito como meio de pagamento das vendas realizadas e utilizar "Point of Sale" (POS) ou equipamento manual para a impressão do comprovante de pagamento ao invés de imprimi-lo por meio do ECF, deverá optar, até 31 de outubro de 2001, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito a fornecer à Secretaria da Fazenda informações sobre o faturamento do estabelecimento."

Posteriormente, a Portaria CAT 87/2006, ao disciplinar a entrega de arquivo eletrônico pela empresa administradora de cartões de crédito/débito, determinou em seu artigo 1º que "a empresa administradora de cartões de crédito ou débito entregará à Secretaria da Fazenda, até o dia 20 de cada mês, as informações relativas a operações de crédito ou de débito realizadas, no mês anterior, pelos estabelecimentos de contribuintes do ICMS localizados neste Estado, gravadas em mídia ótica não regravável", sendo que essas informações deverão ser fornecidas por número de inscrição no CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Ao ser analisado o caso *sub judice*, percebe-se que não houve qualquer violação das informações de movimentação bancária da executada, como por exemplo, quanto dinheiro entrou nos cofres da empresa, quanto saiu, para onde saiu, o porquê saiu, ou algo do gênero.

A Fazenda somente tem acesso aos dados, devido à utilização do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, bem como do "Point of Sale" (POS). Ter acesso aos dados não implica quebra de sigilo.

Ora, Excelências, o Fisco não divulga qualquer elemento decorrente do aces-

so à movimentação, o que há na verdade, é a mera transferência de informações da administradora de cartões para a Fazenda, de modo que o sigilo resta protegido, e restam obedecidos os artigos 5º, incisos X e XII da Carta Magna, e 198 do Código Tributário Nacional.

Vale ressaltar que não há qualquer violação às regras procedimentais. A uma porque os ativos de cartões são apenas uma parte do faturamento da sociedade empresária, sendo que este é complementado por dinheiro e títulos de créditos. A duas porque a Fazenda se utilizou de dados que são encaminhados pelo próprio contribuinte ou operadoras como obrigação tributária acessória.

Ademais, qualquer alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 cai por terra ao considerarmos que a referida lei é procedimental, ela não cria ou aumenta tributo, mas tão somente estabelece novos procedimentos de fiscalização, portanto em conformidade também com o artigo 144, § 1º do Código Tributário Nacional.

Assim, por todo o exposto, resta claro que não houve qualquer afronta à Constituição Federal ou às Leis como quer levar a crer a agravante.

A planilha onde consta a movimentação financeira da empresa W2G2, cuja demonstra o faturamento de 2009 declarado ao Fisco no importe de R$ 38.878.298,57 (Trinta e oito milhões, oitocentos e setenta e oito mil, e cinquenta e sete reais), foi obtida através da própria utilização do equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF pela empresa, o que subsidiou toda a investigação da empresa mencionada pela Secretaria da Fazenda.

Por derradeiro, não há que se perder de vista tratar-se de contribuinte com inúmeros débitos inscritos na dívida ativa, de montante relevante, cujo faturamento também acompanha a grandeza da sociedade, bem como sua inadimplência.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, a Fazenda do Estado requer seja negado provimento ao recurso interposto pela executada, mantendo-se a decisão guerreada por seus próprios e bem lançados fundamentos, prosseguindo-se a execução fiscal, por medida de lídima JUSTIÇA!

Nestes termos,
Pede deferimento.

Santos, 28 de janeiro de 2.011.
ADRIANA BRIENCE DA SILVA
Procuradora do Estado
OAB-SP 214.440

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Acórdão/Decisão Monocrática
Registrado (A) Sob Nº 03392340
Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0578101-48.2010.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante W2G2 S/A sendo agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto doía) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO GOMES (Presidente) e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2011.

Décio Notarangeli
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
NONA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

VOTO Nº 7.744
AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0578101-48.2010.8.26.0000 - SANTOS
AGRAVANTE: W2G2 S / A
AGRAVADA: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
JUIZ DE 1ª INSTÂNCIA: JOSÉ VITOR TEIXEIRA DE FREITAS

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ICMS -EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE CRÉDITOS - OPERAÇÕES JUNTO A ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO.

É legítima a penhora de créditos ou outros direitos patrimoniais (arts. 655, XI, e 671, CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80). Modalidade constritiva própria que não se confunde com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC). Decisão mantida. Recurso não provido.

É agravo de instrumento tempestivo tirado de execução fiscal e de decisão que deferiu pedido de substituição de penhora determinando que as empresas administradoras de cartões de crédito depositem em conta judicial o valor devido.

Alega-se, em síntese, que a medida é descabida e inoportuna, pois a execução

se acha garantida por bens integrantes do estoque rotativo, os quais nem sequer foram levados a leilão. Além disso, mostra-se ilegal, pois ausentes os requisitos dos artigos 655-A, § 3º, 678 e 719, do CPC, o que coloca em risco a higidez financeira da executada, que se acha em regime de recuperação judicial. De resto, argumenta a devedora com a aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 CPC) e com a quebra ilegal de seu sigilo bancário.

Negado efeito suspensivo ao recurso, foram dispensadas informações do juiz da causa e resposta da agravada.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Volta-se o inconformismo contra decisão que deferiu a indisponibilidade de créditos que a executada tem a receber de empresas administradoras de cartões de crédito, em razão de compras efetuadas por seus clientes por meio de cartão de crédito.

Não se desconhece o princípio da menor onerosidade da execução (art. 620 do CPC). Entretanto, não se pode olvidar que a execução é realizada no interesse do credor (art. 612 CPC), de forma que a aplicação desses princípios há de ser harmonizada para que a prevalência de um não implique necessariamente no sacrifício do outro.

Por outro lado, é direito da Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, obter a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente (art. 15, II, da Lei nº 6.830/80). No mesmo sentido dispõe a lei processual civil acerca da matéria (art. 656, V e VI, CPC).

No caso concreto, a indisponibilidade foi decretada pelo MM. Juízo *a quo* a pedido da exequente e na consideração de que os bens penhorados – medicamentos por sua especificidade são de difícil alienação pelo reduzido interesse de terceiros em sua arrematação, o que se mostra razoável. Partindo a ordem de autoridade judiciária, não há falar em inconstitucionalidade, mesmo porque o direito ao sigilo de dados não é absoluto devendo ser interpretado segundo a teoria da harmonização.

A penhora sobre créditos ou outros direitos patrimoniais é medida que tem pleno respaldo e se acha expressamente prevista na lei (arts. 655, XI, e 671, ambos do CPC; art. 11, VIII, da Lei nº 6.830/80), nada havendo de ilegal ou irregular nessa forma de constrição.

A propósito esse o ensinamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR para quem a "penhora pode recair sobre créditos vincendos exigíveis em prestações ou sujeitos a juros periódicos, Quando isto ocorre, o terceiro fica obrigado a depositar em juízo os juros, rendas ou prestações à medida que se vencerem. O exequente, após cada depósito, observado o art. 475-0, inc. III (quando for o caso), poderá levantar as importâncias respectivas, abatendo-as parceladamente de seu crédito, conforme as regras da imputação em pagamento, que consta dos arts.

352 a 355 do novo Código Civil (art. 675 do CPC)" (Curso de Direito Processual Civil, Volume II, Forense, 41ª edição, 2007, pág. 332).

No mesmo sentido a doutrina de ARAKEN DE ASSIS ao observar que a "penhora de crédito abrange o dinheiro do executado em mãos de terceiro, quaisquer créditos que não permitam apreensão por sua imaterialidade, presentes ou futuros, títulos diversos (art. 672, *caput),* direitos potestativos, inclusive já litigiosos (art. 674). Compete ao exequente individuar cabalmente o objeto da penhora. Impõe-se, paralelamente à liberdade do credor em formular o objeto litigioso da sua demanda, a indicação 'da coisa ou da soma devida*** (Manual da Execução, RT, 11ª edição, 2007, pág. 640).

Não há confundir a indisponibilidade com a penhora sobre percentual do faturamento da empresa devedora (art. 655, VII, CPC), pois a venda e compra de medicamentos não tem seu pagamento exclusivo por meio de cartão de crédito. Ao contrário, a experiência comum ensina que a maior parte das vendas no comércio varejista se faz mediante pagamento à vista, em dinheiro ou por meio de cheques. Logo, não há falar que a penhora de haveres decorrentes de compras efetuadas com cartão de crédito se caracteriza ou se equipara à penhora sobre a féria diária ou o faturamento do estabelecimento comercial.

A propósito, esse o entendimento assentado em venerando aresto de que foi relator o eminente Desembargador Laerte Sampaio, cuja ementa está assim redigida:

> "Execução fiscal. Penhora. Valores depositados. Créditos de cartão de crédito.
> 1. Inadmissível a nomeação à penhora de dinheiro depositado em ação consignatária pela qual se objetiva a quitação de créditos tributários anteriores ao relativo à pretensão satisfativa.
> 2. A penhora de crédito da executada em poder da administradora de cartões de crédito não se identifica com a penhora do faturamento da devedora e não obsta a atividade mercantil, pois, além de ser limitado a valor insignificante em relação àquele, não representa a exclusividade do aporte financeiro ao caixa. Agravo Improvido" (Agravo de Instrumento nº 711.626-5/4-00, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04/03/08).

Ressalte-se, por fim, que dado o reduzido valor do crédito tributário - menos de R$. 5.000,00 (fls. 55) - inexiste risco de comprometimento da higidez financeira da agravante.

Por essas razões nega-se provimento ao recurso.

DÉCIO NOTARANGELI
Relator

Transação Tributária e Indisponibilidade do Interesse Público: Questões Pontuais e Projeto de Alteração do CTN

Lucília Aparecida dos Santos[1]

Resumo: O artigo traça um panorama geral do instituto da transação tributária, sua base constitucional, sua perfeita afinidade com o princípio maior da indisponibilidade do interesse público. Aponta as grandes e legítimas diferenças existentes em relação à transação do Direito Privado. Explora o desenho normativo do instituto, esculpido na norma geral do art. 171 do CTN, que assegura a cada ente tributante a opção ou não pela transação, no exercício de função política própria da Administração Pública. A transação tributária também é vista sob o ângulo da praticabilidade, princípio difuso no ordenamento e que visa à efetividade das normas mediante mecanismos de simplificação, e sua plena compatibilidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público. São examinadas as mudanças previstas no Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, que, caso aprovadas, alterarão dispositivos importantes do CTN, notadamente a norma geral do art. 171. Ao final, as conclusões da autora.
Palavras-chave: TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA – INTERESSE PÚBLICO – INDISPONIBILIDADE – NORMA GERAL – ADEQUAÇÃO

Sumário: 1. Introdução. 2. Transação e o princípio da indisponibilidade do interesse público. 3. Transação Civil e Transação Tributária. 4. Fundamentos constitucionais da Transação Tributária. 5. Transação Tributária e contornos traçados pela norma geral. 6. Transação Tributária e necessidade de convênio para o ICMS. 7. Transação tributária e Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009 que altera dispositivos do CTN. 8. Transação tributária e Praticabilidade. 9. Conclusões. 10. Referências.

1 Procuradora do Estado de São Paulo
Coordenadoria da Dívida Ativa

1. Introdução

O presente trabalho visa apresentar um panorama geral do instituto da transação tributária, assim como é tratado pelo texto constitucional e pelas atuais disposições do Código Tributário Nacional, analisando sua compatibilidade com o princípio maior da indisponibilidade do interesse público.

Também será estudado o veículo legislativo necessário para introduzir a transação tributária pelos entes políticos, caso manifestem essa opção política, e examinados os limites impostos pelo sistema positivado à transação tributária, notadamente em relação às condicionantes "determinação" do litígio e "extinção do crédito tributário", previstas na atual redação do art. 171 do CTN.

Será analisada a "autonomia" dos Estados para disciplinar sobre transação tributária em relação ao ICMS – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, no que pertine à necessidade de convênio, nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07/01/1975.

Um rápido olhar será lançado sobre o pacote de mudanças legislativas recentemente apresentadas pela União, que, caso aprovadas, modificarão alguns contornos do instituto no CTN, além de fixar um regime próprio e geral dentro daquele ente federado.

Por fim, serão apresentadas as considerações da autora acerca da transação tributária e da sua introdução no ordenamento paulista, considerando o interesse público, a eficiência e a praticabilidade na busca da efetividade da arrecadação.

2. Transação e o princípio da indisponibilidade do interesse público

Na língua portuguesa, transigir significa "chegar a um acordo por meio de concessões de parte a parte; conciliar; pôr fim a ou evitar (litígio, demanda), mediante uma reciprocidade de concessões ou de renúncias das partes envolvidas"[2].

A transação é um instituto universal, reconhecido pelos vários ordenamentos jurídicos, e pressupõe concessões mútuas.[3]

O aparente paradoxo entre a possibilidade de transigir e o princípio da indisponibilidade do interesse público merece ser explorado para espancar qualquer dúvida sobre a legitimidade do instituto na seara tributária.

---

2 HOUAISS, Antonio (Dir.). Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. CD-ROM.

3 Para Kelsen, "A transação jurídica é um ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações." (*in* KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p.141).

O princípio da indisponibilidade do interesse público, juntamente com o da supremacia do interesse público sobre o privado, forma os pilares do Direito Administrativo.

Decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público que o administrador não tem o poder de disposição desses interesses, cabendo apenas gerí-los nos termos estritos da lei. Quem tem o poder de dispor desses interesses é o Estado quando exerce a sua função legislativa, segundo os limites da própria constituição.

Ensina o grande mestre Hely Lopes Meirelles que a existência do Estado se justifica pela busca do interesse geral, sua finalidade, sendo da essência da atuação estatal a primazia do interesse geral (ou público) sobre o privado:

> "O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral."[4]

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sucede a impossibilidade de dispor desse mesmo interesse:

> "Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia." [5]

E quais seriam os contornos do interesse público, a ponto de ser tão bem preservado em nosso ordenamento?

Celso Antônio Bandeira de Mello, em profunda análise, ensina:

> "O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas –, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precedera*m e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.
>
> Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse do todo ou interesse público. *Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa*

4 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. Curso ..., p. 101.

> *ser erigida irrelatamente aos interesses individuais*, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*. Então, dito interesse, o público – e esta já uma primeira conclusão -, *só se justifica na medida em que se constitui em veículos de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*. Logo, é deste que, em última instância, públicos. *Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem."* [6]

O desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público em relação à tributação é a necessidade absoluta de lei para que o administrador tributário possa remitir, transigir, compensar ou dispor de bens do Estado. Essa é a síntese da grande lição de Paulo de Barros Carvalho ao discorrer sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público:

> "Os interesses públicos são inapropriáveis. O titular do órgão administrativo incumbido de representá-los não tem poder de disposição, havendo de gerí-los na mais estreita conformidade do que preceitua a lei. A disponibilidade dos interesses públicos está permanentemente retida no âmbito do Estado, que a manipula de modo soberano, exercitando a sua função legislativa. Corolário desse princípio, no terreno dos tributos, é a premência absoluta de lei, em toda a circunstância em que o administrador tributário cabe remitir débitos, transigir, efetuar compensações ou lidar, de algum modo, com a titularidade de bens ou interesses do Erário."[7]

Na lição de Regina Helena Costa, o princípio da indisponibilidade do interesse público está implícito no ordenamento constitucional e deriva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para a autora, no âmbito do direito tributário, o princípio da indisponibilidade se impõe ao legislador e ao administrador, principalmente no trato de institutos que impliquem em manejo do crédito tributário, como isenção, compensação, transação, remissão e anistia.[8]

Os autores citados reconhecem na exigência de lei autorizadora para a transação a *afirmação do princípio da indisponibilidade do interesse público*, não encontrando qualquer óbice à aplicação do instituto à seara tributária:

---

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59 (grifos e destaque do autor).

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

8 Cf. COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

> "O princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação."[9]
> "Entretanto, a objeção (que feriria o princípio da indisponibilidade do interesse público) não nos parece válida, uma vez que a transação, nesse contexto, somente poderá ser efetuada observados os parâmetros fixados na Constituição e na lei, em consonância com o aludido princípio.
> Autêntico instrumento de praticabilidade tributária, por vezes a transação revelar-se-á mais vantajosa ao interesse público do que o prolongamento ou eternização do conflito. "[10]

A regra é a indisponibilidade do tributo, da arrecadação. A exceção, que justifica a regra, é o poder de dispor, porém, sempre com vistas ao interesse público, fundamento e finalidade do Estado. E o interesse público não se mede apenas pela não disposição dos recursos públicos, mas pela consecução dos vários interesses e valores considerados no constitucional, que, para serem alcançados, exigem redução, subtração, distribuição de alíquotas e tributos, a exemplo da extrafiscalidade[11].

3. Transação Civil e Transação Tributária

A transação é um instituto originário do direito privado.

Muito se discutiu sobre a natureza jurídica da transação, porém, com o Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10/01/2002), no âmbito do direito privado, a transação passou a ser uma modalidade contratual, posto que inserida no título VI, que disciplina as várias formas de contrato.

Pontes de Miranda leciona que transação tributária é um "negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de por termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia."[12]

---

9 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso..., p. 500.

10 COSTA, Regina Helena. Curso..., p. 265.

11 Na lição de Regina Helena Costa (*in* Curso ..., p. 48), extrafiscalidade "consiste no emprego de instrumentos tributários para o atingimento de finalidades não arrecadatórias, mas, sim, incentivadoras ou inibitórias de comportamentos, com vista à realização de outros valores, constitucionalmente contemplados. (...) Outrossim, vários instrumentos podem ser empregados para imprimir caráter extrafiscal a determinado tributo, tais como as técnicas de progressividade e regressividade, a seletividade de alíquotas e a concessão de isenção e de outros incentivos fiscais."

12 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1971, p. 117.

A transação, portanto, *no âmbito do direito privado*, segundo os elementos que lhe foram atribuídos pelo nosso ordenamento, apresenta as seguintes características:

1º) acordo entre as partes: por ser um negócio jurídico bilateral, a transação se constitui um pacto firmado entre sujeitos de direito, que divergem em uma relação obrigacional entre si; a vontade das partes é livre e a lei não obriga a transigir, não obstante estimulá-la indiretamente por via da conciliação.

2º) intenção de por fim a um litígio existente: é um meio para resolução das relações negociais controvertidas, quer estejam em juízo ou fora dele; sem litígio ou dúvida, não há transação.

3º) concessões recíprocas: é necessário que as partes cedam alguns dos seus direitos, pois, se houver cessão de uma só das partes, não se tratará de transação e, sim, doação, dação em pagamento ou remissão da dívida; *não há necessidade de que as concessões apresentadas pelas partes sejam iguais ou equivalentes*.[13]

A *transação tributária* importou algumas das características desenhadas para a transação no Direito Civil, *sofrendo severas mutações, nos termos do que autoriza o artigo 109 do CTN*[14].

Heleno Torres, ao discorrer sobre a *autonomia de qualificação* do legislador tributário em atribuir qualificações distintas a institutos regulados em outros ramos, desde que veiculadas em lei e nos limites do ordenamento, adverte que apenas a lei, e não o intérprete, tem esse poder:

> "Em resumo, não se pode deixar de reconhecer ao legislador tributário autonomia de qualificação, nos limites do quanto o ordenamento autorize. (...) As propriedades de um mesmo fato da vida podem ser colhidas segundo os diversos interesses. (...) Deveras, nada impede que a lei, mas nunca o intérprete, em atos de aplicação, possa dar qualificações mais amplas ou mais restritas a conceitos, institutos e formas já regulados em outros ramos do direito."[15]

No nosso Direito Tributário, o instituto da transação foi recepcionado como uma das formas de extinção da obrigação tributária (CTN, art. 156, III), e não tem, obviamente, natureza contratual, pois exige lei que a autorize nos limites e condições que estabeleça (CTN, art. 171)[16].

---

13 Cf. FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão.* Recife: Bagaço, 2004, p. 131-132.

14 CTN, art. 109: Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

15 TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária.* São Paulo: RT, 2003, p. 50-51.

16 Cf. COSTA, Regina Helena. Curso..., p. 264.

Trata-se de um acordo entre as partes, uma acomodação das pretensões litigiosas com vistas à extinção do crédito (obrigação tributária) por um dos meios adotados no direito tributário e compatível com a espécie, nos termos do art. 156 do CTN.

Os doutrinadores enfatizam que, não obstante estar disciplinada como causa extintiva do crédito tributário (CTN, 156, III), não é a transação tributária em si que extingue o crédito; serve ela apenas de meio preparatório para essa extinção por alguma das formas previstas no art. 156 do CTN. Na lição contundente de Sacha Calmon Navarro Coêlho:

> "Transacionar não é pagar, é operar para possibilitar o pagar. É modus faciendi, tem feito processual, preparatório do pagamento. Por meio de uma transação, muita vez ocorre pagamento em moeda consorciado a pagamento por compensação, aplicação de remissões e anistias, ou mesmo a dação em pagamento de coisa diversa do dinheiro."[17]

4. Fundamento constitucional da transação tributária

No âmbito tributário, o poder *jurídico* de exigir tributo do cidadão transfigura-se em *competência tributária*, competência esta que surge do grande e soberano ajuste da sociedade brasileira em torno da Constituição da República, que confere aos entes políticos, por meio de lei, para realização dos fins por ela – sociedade – estatuídos, a faculdade de instituir prestações pecuniárias compulsórias.[18]

É perfeita a poética descrição de Ricardo Lobo Torres para o tributo e a autolimitação da liberdade como opção do indivíduo para a garantia da sua própria liberdade:

> "O tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade, constitui o preço da liberdade, pois é o instrumento que distancia o homem do Estado, e pode implicar na opressão da liberdade, se não o contiver a legalidade."[19]

Os doutrinadores são uníssonos na compreensão de que a competência constitucional para criar tributos também importa em competência tributária para

17 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 716-717.

18 Para Paulo de Barros Carvalho, competência tributária é a "faculdade outorgada a uma pessoa jurídica de direito público para, nos limites da Constituição e nos termos da lei, estabelecer prestações pecuniárias compulsórias" (*in* CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência.* São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149).

19 TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal.* Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.2-3, grifo do Autor.

subtração total ou parcial dos mesmos tributos. A observação de Roque Antonio Carrazza sintetiza bem esse entendimento:

> "O que queremos significar é que quem pode tributar pode, do mesmo modo, aumentar o tributo, minorá-lo, parcelar seu pagamento, isentá-lo, no todo ou em parte, remi-lo, anistiar as infrações fiscais ou, até, não tributar, observadas sempre, é claro, as diretrizes constitucionais. Tudo vai depender de uma decisão política, a ser tomada pela própria entidade tributante."[20]

E a capacidade tributária para subtrair tributos está expressamente prevista no ordenamento constitucional, a exemplo dos artigos 150, VI; 150, § 6º; 153, § 3º, III; 153, § 4º, II; 155, § 2º, X; 156, § 2º, I.

A permissão para a transação tem berço nos fundamentos constitucionais das finanças públicas, que criam para o legislador a faculdade de não exigir o pagamento do crédito tributário, a exemplo dos artigos 150, § 6º e 165, § 6º da CF.

Dispõe o artigo 150, § 6º da CF:

> "Art. 150, § 6º CF: Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g."

A transação e a compensação, apesar de não expressamente citadas nesse dispositivo constitucional, pressupõem, ao menos em potencial, algum tipo de renúncia à receita tributária, devendo ser consideradas dentro da competência tributária para subtrair tributos, exigindo lei específica do ente renunciante.

O art. 165, § 6º da CF, dispõe sobre uma das ferramentas de controle da renúncia de receita, exigindo, no projeto de lei orçamentária anual, demonstrativos sobre receita e despesas dos impactos decorrentes de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia:

> "Art. 165, § 6º CF: O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia."

5. Transação tributária e contornos traçados pela norma geral

20 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 304.

Como já destacado, a permissão para a transação tem seu fundamento constitucional na faculdade atribuída ao legislador de não exigir o pagamento do crédito tributário (CF, artigos 150, § 6º e 165, § 6º), mediante lei específica do ente titular da competência tributária e consoante demonstração de impacto no balanço de receitas e despesas do projeto de lei orçamentária anual, exigência que confere transparência à opção política do ente, viabilizando o controle externo.

O art. 146, III, b da CF, estabelece que cabe à lei complementar estabelecer NORMAS GERAIS em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25/10/1966) foi recepcionado como lei complementar e é um dos principais instrumentos normativos que veiculam NORMAS GERAIS em matéria tributária, notadamente em relação ao nascimento a à extinção da obrigação tributária.

O artigo 156, III do CTN, enumera a transação como uma das formas de extinção da obrigação tributária.[21]

O artigo 171 do CTN dá o molde em que transação tributária será permitida e validada pelo ordenamento. E não há dúvida de que o citado artigo 171, juntamente com o art. 156 do CTN, funciona como NORMA GERAL, vinculando a todos os entes políticos, pois disciplinam uma das formas de extinção da obrigação tributária, nos termos do que determina o art. 146, III, b da CF, ao exigir lei complementar para tanto.

O art. 171 do CTN dá a exata extensão do instituto da transação no âmbito do direito tributário:

> CTN, Artigo 171 – A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção do crédito tributário.
> Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

A partir da *norma geral* esculpida no art. 171 do CTN, podemos concluir quais são as *características da transação tributária*, das quais *não pode se afastar o legislador tributário ao permiti-la*:

21 Ainda que a doutrina abalizada afirme que não é a transação em si que extingue o crédito tributário e sim o pagamento ou remissão realizados por meio dela, tal assertiva em nada afasta a certeza de que o cumprimento do avençado na transação tributária importará em efetiva extinção do crédito tributário, justificando a sua inclusão no rol de causas extintivas do art. 156 do CTN, até porque indicativo do aval dado pelo ordenamento tributário ao adimplemento realizado por meio de transação.

1º) faculdade do ente para permitir a transação, que também é facultativa: o art. 171 do CTN, norma geral, confere uma faculdade ao ente tributante para que, querendo, e por meio de lei, permita aos sujeitos ativo e passivo de obrigação tributária celebrar transação, nas condições que estabeleça; o art. 171 faculta ("a lei pode facultar") ao legislador autorizar a transação; trata-se de uma *opção política* do ente tributante, uma escolha, para permiti-la, ou não, sempre por intermédio de lei.

Em outras palavras, o ordenamento, por intermédio do art. 171 do CTN, autoriza e dá os contornos para que o ente tributante permita, por meio de lei, a transação tributária em seus domínios. Por haver autorização veiculada em norma geral, abriu-se espaço no ordenamento pátrio para a opção política – prévia e necessária – ao exercício da competência de "dispor" do tributo pelo instituto da transação tributária.

A função política, dentro do Estado Democrático de Direito, traduz-se em *iniciativas*, em opções de governo, em escolhas que irão influir e influenciar toda a sociedade.

Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, basicamente, a função política, uma das expressões fundamentais da Administração Pública, compreende as atividades co-legislativas e de direção, competindo ao Poder Executivo, no Estado brasileiro, a maior parcela de atuação política em relação às *iniciativas*:

> "E quando se pensa em função política como aquela que traça as grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação, verifica-se que o Poder Executivo continua, na atual Constituição, a deter a maior parcela de atuação política, pelo menos no que diz respeitos às iniciativas, embora grande parte delas sujeitas à aprovação, prévia ou posterior, do Congresso Nacional; aumenta a participação do Legislativo nas decisões do Governo."[22]

O exercício da competência tributária para instituir e exonerar tributos por intermédio das iniciativas compõe a função política do ente tributante, dentro das regras do Estado Democrático de Direito, traçadas pelo texto constitucional.

Convém destacar que, caso o ente opte (iniciativa) por autorizar a transação, veiculando lei permissiva, ainda assim a transação será uma faculdade do sujeito passivo, a quem compete voluntariamente aderir e comprovar o preenchimento das condições pré-estabelecidas.

Ao administrador tributário, na hipótese de adesão pelo sujeito passivo, cumprirá analisar o efetivo preenchimento das condições exigidas na lei permissiva e, caso preenchidas, celebrar a transação.

---

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 58. Destaques da autora.

Na lição de Nadja Araujo, a transação importa em um agir bilateral condicionado. Esse agir deve surgir como ato-condição, por parte do sujeito passivo, que, ao assentir às condições pré-estabelecidas na lei permissiva, fica investido numa situação jurídica geral também pré-estabelecida nessa norma de estrutura, garantindo-lhe direitos e deveres, enquanto que o sujeito ativo, o poder público, deve exercer sua competência administrativa, dentro dos limites e finalidades da lei, apreciando o preenchimento das condições, cujo resultado implicará ou não na celebração da transação.[23]

2º) por intermédio de lei: o ente tributante poderá permitir a transação tributária por intermédio do mesmo veículo legal utilizado para instituir a obrigação tributária (CF, art. 150, parágrafo 6º) ; o art. 97, VI do CTN, exige lei para as hipóteses de extinção de créditos tributários, nas quais se insere a transação;

3º) apenas os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária podem transigir: por previsão expressa da norma geral (CTN, 171), apenas os sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária, assim definidos na lei de instituição da obrigação, poderão transigir; não é permitido que terceiro transija;

4º) nas condições estabelecidas em lei permissiva: o ente tributante, mediante lei permissiva, poderá autorizar a transação tributária, nas condições que forem definidas e declaradas em lei.

As condições deverão ser definidas e não poderão ser incompatíveis com a finalidade traçada pela norma geral (CTN, art. 171): terminação de litígios e extinção do crédito tributário.

Nadja Araujo exemplifica contraprestações que podem ser antepostas na lei permissiva da transação e que devem guardar consonância com a dupla finalidade estabelecida pela norma geral:

> "As contraprestações são antepostas na lei: à oferta de remissão parcial pode ser atribuída com o consentimento do sujeito passivo, aderindo à proposta sobre valores e renunciando ao direito original alegado, assim, propiciando a eficácia extintiva do litígio. Nesse quadro, caracterizam-se reduções nas pretensões iniciais do sujeito ativo – diminuição do quantum a ser recebido – e do sujeito passivo – expressa renúncia às posições iniciais e pagamento imediato do saldo consolidado após o desconto. (...) Nesse contorno, sobressai a objetividade no detalhamento dos elementos circunstanciais e das condições, bem como a impessoalidade da abertura para a manifestação facultativa, a critério do sujeito passivo que entenda por anuir à proposta do ente público referente a um tipo de litígio."[24]

23 Cf. ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 146-150.

24 ARAUJO, Nadja. Transação..., p. 163-164.

A autora entende que, ainda que a lei de permissiva da remissão não estabeleça os meios admissíveis de finalização do litígio, indicando apenas os limites da disponibilidade, poderão ser utilizados os instrumentos indicados na norma geral de extinção do crédito tributário, no caso, o rol do art. 156 do CTN.

5º) finalidade de terminação de litígio judicial ou administrativo: a norma geral traçou duas finalidades para a transação tributária, que deverão ser observadas na edição da lei permissiva: a terminação de litígio e a extinção do crédito tributário.

Examinando a primeira finalidade, temos que a transação tributária somente pode ser terminativa de litígio, o qual pode ser tanto de natureza judicial ou administrativa. Aqui está uma diferença fundamental entre a transação do direito privado e a transação tributária: na transação civil, a consenso serve tanto para *prevenir* como para *terminar* litígios; na transação tributária, apenas para *terminar* litígios, judiciais ou administrativos.

Muito se discute na doutrina sobre o âmbito do litígio na transação tributária, se apenas judicial ou também administrativo. Paulo de Barros Carvalho, com a costumeira sabedoria, abraça o entendimento de que a transação é cabível para por fim a litígio tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo, enfatizando que não há qualquer impedimento no ordenamento que provoque uma interpretação mais restritiva:

> "Ao contrário do que sucede no direito civil, em que a transação tanto previne como termina o litígio, nos quadrantes do direito tributário só se admite a transação terminativa. Há de existir litígio para que as partes, compondo seus mútuos interesses, transijam. Agora, divergem os autores a propósito das proporções semânticas do vocábulo litígio. Querem alguns que se trate de conflito de interesses deduzido judicialmente, ao passo que outros entendem a acepção a ponto de abranger as controvérsias meramente administrativas. Em tese, concordamos com a segunda alternativa. O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e *não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema*."[25]

Hugo de Brito Machado, abraçando o mesmo entendimento de Paulo de Barros Carvalho, discorre sobre o momento em que é instaurado o litígio na esfera administrativa, autorizador da celebração de transação tributária:

> "para que seja possível a transação no Direito Tributário impõe-se tenha sido instaurado o litígio, mas não há de se exigir que este se caracterize pela propositura da ação judicial. Basta que tenha sido impugnado, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, um auto de infração contra o mesmo lavrado. É necessário que se tenha

25 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso..., p. 500-501. Grifamos.

> estabelecido uma pendência, dando lugar à instauração de um procedimento administrativo a ser julgado pelo órgão administrativo competente."[26]

6º) finalidade de extinção do crédito tributário: outra finalidade da transação, traçada pela norma geral do art. 171 do CTN, é a extinção do crédito tributário. A extinção do crédito tributário não pode ser uma opção e, sim, uma condição para que a transação tenha validade perante o ordenamento. A extinção do crédito pode ser até mesmo parcial, na hipótese em que a transação envolver apenas um aspecto controvertido da obrigação tributária.

Nadja Araújo enfatiza, com acerto, que as partes envolvidas na transação, nem a lei permissiva, *não podem* se afastar da finalidade estabelecida pela norma geral (art. 171, CTN), que é, ao lado da terminação do litígio, a extinção do crédito tributário:

> "A norma geral dispõe uma faculdade aos sujeitos da obrigação tributária para celebração de transação que solucione litígio com extinção do crédito. (...) Essa faculdade dos sujeitos deve converter-se em anuência ou discordância ao agir condicionado, pela impossibilidade de regulação alternativa ou modificação dos fins e efeitos previstos por norma heterônoma. Se dois agentes concordarem em solucionar um litígio fazendo concessões, tal autocomposição será dirigida à extinção do respectivo crédito tributário através de pagamento (por qualquer forma), compensação e/ou remissão parcial."[27]

7º) Concessões mútuas: como já anunciado, é da essência da transação as concessões de lado a lado. Não se cuidará de transação se somente uma parte conceder. Caso isso ocorra, estaremos diante de outros institutos: remissão, dação em pagamento, doação ou mera desistência[28]. O artigo 171 do CTN deixa claro que a transação tributária envolverá concessões mútuas, nesse aspecto, repisando a disciplina do art. 840 do Código Civil. Todavia, até por que os interesses em conflito não estão na mesma medida, as concessões não terão de ser iguais ou equivalentes.

Os entes políticos, portanto, a partir do desenho traçado pela NORMA GERAL do art. 171 do CTN, poderão autorizar a transação tributária nas suas esferas.

---

26 MACHADO, Hugo de Brito. *A Transação no Direito Tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, 75, Dezembro, 2001, p. 60/70, *in* FIGUEIREDO, Paulo Henrique. A transação..., p. 142. Grifamos.

27 ARAUJO, Nadja. Transação..., p. 142-143.

28 Para Ricardo Lobo Torres: "Renúncia ao litígio fiscal sem a correspectiva concessão é mera desistência, e, não transação" (*in* TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298)

6. Transação Tributária e necessidade de convênio para o ICMS

Em matéria de competência tributária, somente a pessoa política que criou o tributo poderá conceder subsídio ou isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, por meio de lei específica, estadual, federal ou municipal (CF, 150, § 6º). *A regra geral é a autonomia do ente político para conceder quaisquer exonerações sobre o tributo de sua competência mediante o mesmo instrumento normativo.*

Em relação ao ICMS, porém, as competências estaduais não possuem autonomia para instituir tributação exceptiva. O art. 155, § 2º, XII, g da CF, exige, para concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, *prévia* deliberação dos Estados e Distrito Federal, nos termos em que disciplinar a lei complementar.

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição, dispõe que a forma de deliberação interestadual para a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais é o convênio (art. 1º), sendo que a aprovação de concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime (art. 2º, § 2º).

O art. 10 da LC nº 24/75 dispõe que *os convênios definirão as condições gerais* da anistia, remissão e *transação*, além de parcelamentos e ampliação de prazo para o recolhimento do tributo.

O convênio não concede benefícios ou isenções. Não gera direitos ou deveres à Fazenda ou ao contribuinte. Em verdade, funciona como pressuposto do exercício eficaz da competência exceptiva dos legisladores ordinários estaduais.[29]

Diante do quadro normativo que se apresenta, parece impossível aos Estados legislar sobre transação tributária sem "atentar para os marcos firmados em convênio ajustado através do colegiado dos Estados-membros."[30]

7. Transação tributária e Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009 que altera dispositivos do CTN

Convém, aqui, uma pequena síntese da proposta apresentada pela União, que reúne, ao todo, quatro projetos.

---

29 Roque Antonio Carrazza entende que a lei ordinária estadual (ou distrital) não é o meio jurídico adequado para ratificar convênio, devendo este ser ratificado por *decreto legislativo*, que é lei em sentido lato, sendo seu traço diferenciador justamente a ausência de sanção, vez que a aquiescência do Poder Executivo é prévia, materializando-se no próprio ato de celebração do convênio. É contra, obviamente, a ratificação por decreto do governador, reputando inconstitucional o dispositivo autorizador do art 4º caput da LC nº 24/75 (cf. CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 500-501). O que observamos no Estado de São Paulo é que as últimas anistias têm sido ratificadas por lei ordinária.

30 ARAUJO, Nadja. Transação..., 2009, p. 60.

A União apresentou em 2009 um pacote de propostas de alterações legislativas, com o objetivo de modernizar a Administração Fiscal e tornar sua atuação mais transparente, célere e eficiente[31]

Desse pacote, faz parte o Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, que altera e inclui dispositivos no CTN, dando base e sustentação aos outros três projetos de lei ordinária apresentados em conjunto: 1º) Projeto de Lei nº 5082/2009, designado Lei Geral de Transação Tributária, que estabelece condições de transação para que a União, por intermédio da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal, celebre transação com os sujeitos passivos de obrigação tributária; 2º) Projeto de Lei Ordinária nº 5081/2009, que dispõe sobre a instituição de mecanismos de cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa da União, mediante a regulamentação da prestação de garantias extrajudiciais, oferta de bens imóveis em pagamento, parcelamento e pagamento à vista de débitos de pequeno valor; e 3º) Projeto de Lei Ordinária nº 5080/2009, que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, alterando fundamentalmente a cobrança da dívida ativa, obrigando os entes federados (União, Estado e DF) ao novo procedimento após cinco anos de sua entrada em vigor, sendo facultativo aos municípios.

Diferente do que a ousada designação[32] pode indicar ("Lei Geral da Transação em Matéria Tributária"), o Projeto de Lei Ordinária nº 5082/2009 *não veicula norma geral* de transação tributária, não vinculando, portanto, Estados, DF e Municípios. Pelo contrário, trata-se de uma lei geral de transação tributária nas *obrigações tributárias de competência da União, das suas autarquias e fundações*, como bem evidencia o seu artigo 1º, *caput*: "Esta Lei estabelece as condições e os procedimentos que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal, e os sujeitos passivos de obrigação tributária deverão observar para a realização de transação, que importará em composição de conflitos ou terminação de litígio, para extinção do crédito tributário, nos termos dos artigos 156, III e 171 da Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

Uma norma geral deve ser veiculada por Lei Complementar, nos termos do que determina o art. 146, III, b da CF, e, da leitura do texto do projeto, um projeto de lei ordinária, não se extrai qualquer intenção nesse sentido.

O Projeto de Lei Ordinária nº 5082/2009 ("Lei Geral de Transação em Matéria Tributária") pode funcionar como modelo, um paradigma, que merece ser

31 Cf. Ofício de encaminhamento do pacote ao Presidente da República, subscrito pelo Ministro da Fazenda Guido Mantega.

32 Não consta do Projeto de Lei Ordinária nº 5082/2009 a designação Lei Geral de Transação Tributária; essa designação foi dada no ofício de encaminhamento da minuta do projeto pelo Ministro da Fazenda ao Presidente da República (EM Interminsterial nº 00204/2008-MF, de 10/12/08).

estudado e analisado por sua ousadia e extensa regulamentação, podendo ser adotado, ou não, pelos demais entes, mediante o exercício de sua competência legislativa.

O Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, por sua vez, que propõe a alteração e a introdução de dispositivos no Código Tributário Nacional, caso aprovado, vinculará a todos os entes políticos, pois alterará a norma geral da transação tributária esculpida nos artigos 156, III e 171 do CTN.

Caso aprovado o Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, a nova redação do art. 171 não alterará substancialmente o instituto. As alterações seriam mais destinadas a atender às interpretações restritivas (e não justificadas) realizadas por parte de alguns doutrinadores, notadamente em relação à impossibilidade de transação quando o litígio está apenas na esfera administrativa. O texto proposto permite que a transação seja feita para a "composição de conflito ou litígio" (conflito no sentido de litígio na via administrativa), evidenciando uma intenção da União em evitar questionamentos judiciais caso seja também aprovado e entre em vigor o projeto de Lei Geral de Transação em Matéria Tributária, que viabiliza vários procedimentos para a transação na seara administrativa.

A proposta de alteração do art. 156, III do CTN, também norma geral, pois veicula hipótese de extinção do crédito (obrigação) tributário, pretende abraçar o entendimento doutrinário (correto, mas que não invalida o dispositivo tal como disposto hoje) que entende não ser a transação responsável pelo extinção do crédito tributário e, sim, o adimplemento dos deveres nela pactuados.

Em resumo, caso aprovado o Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, as propostas que envolvem a transação tributária (art. 156, III e 171), apesar de sutis, proporcionarão ao ente tributante maior conforto na disciplina da matéria no exercício das suas competências legislativas, principalmente na gestão da transação tributária na seara administrativa, antes do litígio ingressar do âmbito judicial, evitando riscos de grandes questionamentos judiciais.

8. Transação tributária e Praticabilidade

Não obstante a transação estar regulada (NORMAL GERAL) no Código Tributário Nacional desde a sua edição, em 1966, é tímida a utilização dessa poderosa ferramenta de praticabilidade tributária, mais pela resistência de muitos que, açodadamente, julgam ser esse instituto incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Como explicitado no início, e com lastro em tributaristas de nomeada, essa objeção não é válida, pois a transação somente pode ser feita observados os parâmetros fixados em lei, o que significa afirmação e pleno exercício do princípio da indisponibilidade do interesse público.

De outro turno, a complexidade da sociedade moderna, sentida em todos os âmbitos, impõe medidas de simplificação.

Para viabilizar os direitos assegurados no ordenamento pátrio, o Estado deve arrecadar tributos. Não basta criar tributos. Impõe-se sua efetiva arrecadação, de forma que a receita gerada possa ser destinada às múltiplas finalidades assinaladas na Constituição.

A necessidade de aumentar a eficiência da arrecadação dos tributos tem gerado a adoção de mecanismos voltados à simplificação do sistema, por meio de medidas legislativas e administrativas. Regina Helena Costa assevera que tornar mais simples os sistemas tributários constitui *um dos grandes objetivos da fiscalidade de nossos dias, já que, por razões várias, os ordenamentos fiscais se têm convertido em realidades cada vez mais complexas*.[33]

Na legislação, verifica-se uma paulatina simplificação de modelos, redução de variáveis e padronização de procedimentos, que deverão ser observados pelo contribuinte, e incremento das "obrigações acessórias". Administrativamente, a tendência é aumentar a disciplina de situações de modo a abrangê-las nas mesmas regras, *com pouca ou nenhuma possibilidade de consideração das peculiaridades a elas inerentes*.[34]

Veja-se o exemplo dos tributos tidos pela doutrina como "sem lançamento" ou com "lançamento por homologação" (CTN, 150), como é o caso do ICMS, que é apurado e declarado inteiramente por deveres instrumentais cumpridos pelo próprio contribuinte, autorizando, inclusive, a imediata inscrição e ajuizamento, sem intermediação da fiscalização, em caso de não pagamento. Esse mecanismo simplificado de tributação corresponde, obviamente, à opção do legislador para maioria dos tributos instituídos no nosso ordenamento na atualidade.

A praticabilidade, nesse contexto de inarredável simplificação da arrecadação fiscal com vistas ao aumento da sua eficiência, *presta-se a apontar os limites dentro dos quais essa simplificação pode ser legitimamente buscada*, sem risco de amesquinhamento de direitos do contribuinte.

Na sua acepção jurídica, a praticabilidade visa viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico, com fundamento na noção de que "o direito positivo não é uma realidade metafísica existindo em si e por si; a regra jurídica não é um fim em si mesma, mas um *instrumento de convivência social*."[35]

Desse senso comum decorre que a praticabilidade tributária é um princípio difuso no ordenamento jurídico, sem formulação escrita, manifestando-se por meio de diversos instrumentos.

---

33 COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18-19.

34 Idem, p. 19.

35 Cf. COSTA, Regina Helena. Praticabilidade..., 2009, p. 53, citando lição de Alfredo Augusto Becker.

Regina Helena Costa aponta quais são esses instrumentos, entre eles, a transação tributária:

> "Inicialmente, temos as chamadas abstrações generalizantes, abrangentes das *presunções, ficções e indícios*, bem como de *conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, normas em branco* e *normas de simplificação*.
> No entanto, outros expedientes de simplificação da execução normativa vêm a eles somar-se no intuito de expressar a praticabilidade no meio tributário, dos quais cabe destacar a *analogia, as técnicas de privatização da gestão tributária* e os *meios alternativos de solução de conflitos tributários*";
> "Outro expediente destinado à solução e conflitos fiscais é a transação. Cuida-se de modalidade extintiva da obrigação consubstanciada em concessões mútuas, pressupondo situação incerta e duvidosa." [36]

A praticabilidade tributária é a busca da efetividade do ordenamento por intermédio de mecanismos de simplificação, dentro dos limites e garantias previstas dentro do próprio ordenamento, não se afastando da realidade inarredável de busca de eficiência na arrecadação pela simplificação das complexidades nas relações tributárias. E reconhece na transação um mecanismo cabal desse intento.

9. Conclusões

A transação tributária é um mecanismo legítimo de simplificação das relações tributárias e corresponde à afirmação do princípio da indisponibilidade do interesse público, na forma em que foi positivado em nosso ordenamento.

As alterações nos artigos 156, III e 171 do CTN, norma geral em transação tributária, caso aprovadas no Anteprojeto de Lei Complementar nº 469/2009, não amesquinharão esse instituto e permitirão um maior conforto às competências estaduais para disciplinar a transação em seu núcleos, pois acolherão em seu texto as restrições da doutrina crítica ao texto atual, que assevera ser proibida a transação em litígio no âmbito administrativo.

Por sua vez, o Projeto de Lei Ordinária nº 5082/2009, apresentado pela União, designado Lei Geral de Transação em Matéria Tributária, não vinculará aos demais entes políticos, pois não se trata de norma geral, servindo apenas de um paradigma a ser estudado com critério e atenção em razão de sua ousadia e extensa regulamentação, notadamente na transação realizada na fase administrativa.

Ao ICMS, cumprirá haver prévio convênio entre os demais entes estatais e o DF, acerca das linhas gerais da transação tributária, para edição de lei permissiva, nos termos do que determina o art. 155, § 2º, XII, g da CF c.c. LC nº 24/75, art.

36 Idem, p. 158 e 205. Grifos da autora.

10. Para os demais tributos, aplica-se a regra geral onde o ente tributante poderá, autonomamente (CF, art. 150 § 6º c.c. CTN, art. 97, VI), legislar sobre transação, estabelecendo as condições necessárias e indicando a autoridade competente para transacionar, observando a dupla finalidade traçada na norma geral (CTN, art. 171) consubstanciada na terminação de litígio (judicial ou administrativo) e na extinção do crédito tributário.

Estamos convencidos de que o Estado deve se debruçar sobre esse instituto, construindo um modelo que lhe garanta simplificação nas relações duvidosas e incremento, direto ou indireto, na arrecadação, pois, consoante demonstrado ao longo desse estudo, o mito de que a transação tributária não se presta ao interesse público deve ruir.

10. Referências

ARAUJO, Nadja. *Transação Tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*.

São Paulo: Saraiva, 1999.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão. Recife: Bagaço, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A transação tributária e seus descontentes. Disponível em http://www3.pgfn.gov.br. Acesso em 24/11/2009.

HOUAISS, Antonio (Dir.). Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. CD-ROM.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: RT, 1971.

TÔRRES, Heleno. Direito Tributário e Direito Privado: autonomia privada, simulação, elisão tributária. São Paulo: RT, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PROCESSO: PGE nº 1000726-842639/2010 (SE nº 2592/2010)

PARECER PA Nº 051/2011

INTERESSADO: Luiz Fernando Gomes dos Santos
ASSUNTO: Contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. O procedimento que deverá preceder eventual rescisão antecipada do contrato por "descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado" é aquele previsto no § 3º do art. 8º da L. C. Nº 1093/09: é esta lei complementar que disciplina o regime jurídico próprio a que estão submetidos os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo especificados em seu artigo 23. Descabimento, na hipótese, da instauração de processo administrativo disciplinar na forma prevista na Lei nº 10.261/68. Proposta de edição de decreto regulamentando o § 3º do art. 8º da L.C. Nº 1093/09.

1 - O presente expediente inicia-se com o ofício de fls. 06, através do qual o Terceiro Promotor de Justiça da Comarca de Penápolis - SP, em 20/10/2010, encaminha ao Corregedor Geral da Administração

"(...) cópias dos autos do processo crime nº 483/10 (Segredo de Justiça), em trâmite na 3ª Vara Judicial de Penápolis, que investiga a prática dos delitos (...) praticados por LUIS FERNANDO GOMES DOS SANTOS, funcionário público estadual, na qualidade de Professor de Educação Básica II, para as providências cabíveis, atentando-se para a necessidade da preservação do sigilo dos fatos, visando resguardar a intimidade da vítima." (g.o.).

2 - Os documentos mencionados estão encartados às fls. 07 a 92, e do seu teor se pode inferir: (I) o interessado foi preso em flagrante delito no dia 13/09/2010 (fls. 12) e, em 09/11/2010, continuava preso no CDP de São José do Rio Preto (cf. fls. 104); (II) em 23/09/2010 foi oferecida denúncia (fls. 08 a 10) e (III) a denúncia foi aceita pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Penápolis em 27/09/2010 (fls. 59).

3 - Remetidos os autos pela CGA à Secretaria da Educação, o então Titular da Pasta, às fls. 106, determina a instauração de processo administrativo disciplinar em face do interessado, "com fulcro no artigo 270, c.c. o artigo 274, ambos da Lei nº 10.261/68, alterada pela Lei Complementar nº 942/03".

4 - A Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, no entanto, às fls.

108/109, restitui os autos ao Gabinete da Secretaria da Educação, perfilhando o seguinte entendimento:

"Considerando que, segundo a consulta funcional juntada aos autos às fls. 103, o docente foi Contratado por Tempo Determinado e tendo em vista as disposições do art. 8º, inciso IV e parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/2009, bem como do artigo 14 do Decreto 54.682/2009 e do artigo 5º, inciso I e II da Resolução SE 68 de 01/10/09, que dispõe sobre a contratação de docentes por tempo determinado e preveem a extinção antecipada da relação contratual, em virtude de descumprimento de obrigação legal naquela prevista, por parte do docente, retorno estes autos ao Exmo. Sr. Secretário de Estado da Educação, com proposta de cumprimento do disposto no artigo 8º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/2009."

5 - A proposta foi acolhida, tendo sido expedida notificação ao interessado "para exercer o direito de defesa (...)" (fls. 111). Não se comprovou, porém, que a notificação tenha sido efetivamente entregue a seu destinatário (cf. fls. 111/112).

6 Havendo o expediente retornado à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, a Procuradora do Estado Responsável por sua 7ª Unidade, às fls. 118 a 122, elabora Representação, nos seguintes termos:

"(...) constatou-se tratar de CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO, nos termos da Lei Complementar 1.093/2009 e Decreto 54.682/2009 que a regulamentou.

Diante disso, os autos foram encaminhados ao Exmo. Secretário de Estado da Educação, com proposta de cumprimento do disposto no artigo 8º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1.093/09 (fls. 108).

Referido dispositivo legal determina que *"previamente ao ato que rescindir o contrato será assegurado ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa no prazo de 03 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las"*.

Conforme se verifica no dispositivo legal que dispõe sobre a extinção antecipada do contrato, o procedimento para tanto é expressamente previsto, o que exclui, s.m.j., a observância do disposto na Lei 10.261/68 no que tange a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, até porque o artigo 10 da Lei Complementar prevê que o contratado nos termos desta Lei está sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei 10.261/68, e não aos mesmos direitos.

A contratação por tempo determinado foi instituída para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, cuja formalização e extinção do contrato vêm regulamentadas pela legislação pertinente, de forma a dar celeridade tanto a contratação quanto a extinção contratual.

Apenas a título de exemplo, o artigo 16 da Lei Complementar 1093/09 dis-

põe que *"Os limites de faltas abonadas, justificadas e injustificadas serão fixados em decreto"*.

E, efetivamente, o Decreto 54.682/09 que regulamentou a Lei Complementar, em seu artigo 19 dispõe que:

"A falta não abonada ou não justificada será considerada injustificada, não podendo exceder a uma no período contratual implicando na perda da remuneração.

Parágrafo único: Ultrapassado o limite de que trata o "caput" deste artigo, as faltas injustificadas serão consideradas descumprimento de obrigação contratual por parte do contratado, sendo aplicável a extinção contratual nos termos do artigo 8° da Lei Complementar n° 1.093, de 16 de julho de 2009".

Em outras palavras, se o contratado faltar por duas vezes, de forma injustificada, durante o período contratual, será aplicado o parágrafo único (extinção contratual).

E essa extinção terá que ser através de Procedimento Administrativo Disciplinar?

Tal entendimento contraria totalmente o espírito do legislador, ao elaborar a referida Lei Complementar, que era simplificar a contratação e extinção contratual, sem a necessidade de Processo Administrativo Disciplinar, garantia dada aos funcionários públicos.

É certo que deva haver um procedimento administrativo, que garanta ao contratado o direito de defesa. E esse procedimento está previsto no artigo 8 º parágrafo terceiro da Lei Complementar 1093/2009, não pela Lei 10.261/68.

.....

[No presente caso] não há nos autos o comprovante de recebimento por parte do contratado da notificação para exercer o direito de defesa no prazo de 03 (três) dias.

.....

Saliente-se, por fim, que apesar de se tratar de Contrato por Tempo Determinado, não foi juntado aos autos o referido contrato. Não se sabe sequer a data do início da contratação ou se ela já foi extinta automaticamente."

6.1 - Às fls. 123 a 125, a i. Chefia da Coordenadoria de Processos Disciplinares endossa a manifestação reproduzida e, face ao ineditismo do tema, remete os autos à Subprocuradoria Geral do Estado - Área de Consultoria.

7 - Às fls. 126, o Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria profere o seguinte despacho:

"Sem prejuízo das providências ainda pendentes de cumprimento, que deverão ser adotadas no âmbito da Secretaria de origem para a solução do caso concreto, encaminhem-se os autos à Procuradoria Administrativa para exame da matéria suscitada pela Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares (fls. 118/122 e 123/125), visando fixar orientação a ser seguida pela Administração Pública em geral, nos casos de rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de

obrigação legal ou contratual (art. 8º, IV, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009)."

8- Em cumprimento ao despacho reproduzido, passamos a nos manifestar a propósito da questão suscitada.

9- No tocante à definição de processo administrativo disciplinar, EGBERTO MAIA LUZ[1] destaca:

"(...) é processo administrativo todo aquele iniciado, desenvolvido e concluído na administração pública.

Como o precedente, *[o processo disciplinar]* é de natureza administrativa (...)

[No entanto,] o objeto do processo administrativo disciplinar não é tão genérico quanto o outro, e é de uma tal especificidade, que se impõe na sua própria distinção.

O processo administrativo disciplinar trata, essencialmente, da ordenação dos atos e dos termos necessários à caracterização de autos típicos para a desenvoltura da instrução probatória e outros, ulteriores típicos do julgamento ou pertinentes à fase recursal." (grifo do autor)

8.1 - De sua parte, JOSÉ ARMANDO DA COSTA[2] formula a seguinte definição para o processo administrativo disciplinar:

"uma série de atos procedimentais que, formalizados em obediência a certos rituais traçados pelas normas e outras fontes do direito, se propõe a apurar a verdade real dos fatos, a fim de fornecer base à legítima decisão disciplinar."

8.2 À vista da lição doutrinária colacionada, tem- se que o processo disciplinar se individualiza pelo rito, pelo procedimento que é objeto de minucioso regramento legal.

9 - Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[3],

"O processo disciplinar é obrigatório, de acordo com o artigo 41 da Constituição[4], para a aplicação das penas que impliquem perda de cargo para o funcionário estável. (...)"

10 - Em se tratando de servidores não estáveis, é pacífico o entendimento de que a aplicação de penalidades, mesmo de natureza demissória, pode ser precedida de procedimento simplificado, sem os rigores formais do processo administrativo disciplinar.

A propósito do tema, consignou-se na obra de HELY LOPES MEIRELLES[5]:

---

1 (Sindicância e Processo Disciplinar - Teoria e Prática, Bauru, EDIPRO, 1999, pág. 42).

2 Citado por CLÁUDIO ROZA, em *Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa*, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 2006, pág. 83.

3 (*Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, pág. 638).

4 O citado dispositivo constitucional estatui, na redação vigente:
Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
§ Iº O servidor público estável só perderá o cargo:

5 I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

"Para a demissão dos vitalícios, entretanto, o meio único é o processo judicial (CF, arts. 95, I, e 128, §5º, I, "a"); para os estáveis poderá ser utilizado o processo administrativo disciplinar (CF, art. 41, § Iª) e para os não estáveis bastará a sindicância, despida de maiores formalidades, desde que por ela se demonstre a falta ensejadora dá pena demissória. Em qualquer caso, porém, é necessário que se faculte ao processado ou ao sindicado a possibilidade de ampla defesa, "(grifos do original).

10.1 - No mesmo diapasão, no âmbito da PGE, cabe mencionar-se o Parecer PA-3 n² 72/98, de lavra do Dr. MARIO ENGLER PINTO JÚNIOR, aprovado pela Chefia da Instituição e assim ementado:

"Servidor não estável admitido nos termos da Lei n° 500/74. Desnecessidade da instauração de processo administrativo disciplinar regulado pela Lei n° 10.261/68, para eventual dispensa decorrente da prática da ilícito funcional. Procedimento simplificado previsto nos arts. 38 e 39 da Lei nº 500/74, que preserva contraditório e ampla defesa."

11 - A par disso, conforme realça JOSÉ ARMANDO DA COSTA[6]

"O processo disciplinar se preordena a fornecer a precondição legal para a formalização do ato punitivo interno, conforme o regime disciplinar aplicável." (g.n.).

11.1- Conforme foi destacado pela Coordenadoria de Processos Disciplinares, exceto nos casos em que há remissão expressa na Lei Complementar n° 1093/09, as disposições do Estatuto não são aplicáveis – nem mesmo subsidiariamente - aos contratos por tempo determinado celebrados com amparo naquela Lei Complementar.

11.2 - Portanto, o processo administrativo disciplinar previsto no Estatuto não é precondição legal para a rescisão contratual amparada no inciso IV do artigo 8ª da L.C. nº 1093/09.

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.
§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.
§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.
§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade."
- (*Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e oo., São Paulo, Malheiros, 2010, pág. 536).

6 (*Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*, 4ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2002, pág. 150).

12 - No recém-proferido Parecer PA nº 40/2011[7] consignou-se:

"Os deveres e os direitos dos contratados temporariamente para atender necessidade de excepcional interesse público advêm da referida Lei Complementar Paulista *[nº 1.093/2009]*. Mantêm eles com a Administração Pública vínculo que não se confunde com o estatutário, a que estão submetidos os funcionários públicos, nem com o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, reservado aos empregados públicos. Trata-se de um regime especial ou próprio.

(...) o regime funcional a que estão submetidos os temporários é especial, cujos deveres e direitos advêm das disposições da Lei Complementar Estadual n- 1093, de 16 de julho de 2009 (...)" (grifamos).

12.1 - A propósito da matéria ora debatida, a Lei Complementar nº 1093/09 veicula os seguintes dispositivos:

"Artigo 8º - O contrato celebrado com fundamento nesta lei complementar extinguir-se-á antes do término de sua vigência:

.....

IV - por descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte do contratado;

.....

§ 3º - Na hipótese do inciso IV deste artigo, previamente ao ato que rescindir o contrato, será assegurada ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa, no prazo de 3 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las.

.....

Artigo 10 - O contratado nos termos desta lei complementar está sujeito aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades previstos na Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, aplicando-se aos docentes, subsidiariamente, as disposições da Lei complementar nº 444, de 27 de dezembro de 1985."

12.2 - Do teor dos dispositivos transcritos, deflui que os contratados em caráter temporário estão sujeitos aos deveres, proibições e responsabilidades previstos nos artigos 241 e segs. do Estatuto dos Funcionários Púbicos Civis (bem como, em se tratando de professores, aos deveres estabelecidos no art. 63 do Estatuto do Magistério).

12.3 - No entanto, o procedimento que deverá preceder eventual rescisão antecipada do contrato por *"descumprimento de obrigação lesai ou contratual por parte do contratado"* é aquele previsto no § 3º do artigo 8º da Lei Complementar nº 1.093/09. Isto porque, conforme exposto, é este diploma normativo que disciplina o regime jurídico próprio a que estão submetidos os contratados por tempo determinado para atender

7 Subscrito pelo Dr. MARCELO DE AQUINO e ainda pendente de apreciação pelas Instâncias Superiores da PGE.

a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo especificados no artigo 23 da mencionada lei complementar.

13 - Neste sentido, ratificamos as conclusões alçadas pela Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.

14- Não cremos, porém, que a conclusão externada no item 12.3, acima, seja suficiente para, conforme determinado pelo Sr. Subprocurador-Geral da Área de Consultoria, fixar a orientação a ser seguida pela Administração Pública em geral, nos casos da espécie.

14.1 - Com efeito, o § 3° do art. 8º da L.C. n° 1093/2009 limita-se a estabelecer que *"(...) será assegurada ao contratado a faculdade de exercer o direito de defesa, no prazo de 3 (três) dias úteis, devendo o procedimento ser concluído dentro de 10 (dez) dias contados da data do protocolo das razões de defesa ou do decurso do prazo para apresentá-las"*.

15 - A fim de evitar a proliferação de atos eivados de nulidade e a adoção de soluções díspares para situações fáticas idênticas, entendemos que determinados aspectos do procedimento em debate devam ser disciplinados de forma mais pormenorizada - alguns de forma idêntica para todos os órgãos da Administração direta e autárquica que celebrem contratos com base na Lei Complementar nº 1093/2009. A propósito do tema, uma vez ouvidos os órgãos competentes, consideramos possa ser sopesada pelo Sr. Governador do Estado a conveniência de editar decreto abrangendo, a título exemplificativo, os seguintes temas:

a) qual o órgão competente para conduzir os procedimentos em causa e qual é a autoridade competente para neles proferir decisão;

b) como se conta o prazo de três dias úteis referido no dispositivo legal, como se procede caso o contratado não seja localizado, etc;

c) como se faz para que o contratado tenha plena ciência do fato que lhe está sendo imputado - ou seja, se deverá ser praticado um ato assemelhado à Portaria que dá início ao processo disciplinar, se a notificação para apresentar defesa deverá ser acompanhada de cópias de peças dos autos, etc;

d) sugere-se ainda que o decreto proposto torne explícita a necessidade de motivação do ato que eventualmente determine a rescisão do contrato com amparo no inciso IV do art. 8° da L. C. nº 1093/2009, motivação esta que demanda necessariamente o exame de todos os argumentos expostos na defesa do contratado.

E o parecer, à elevada consideração superior.

São Paulo, 04 de maio de 2011.
PATRICIA ESTER FRYSZMAN
Procuradora do Estado - Nível IV
OAB/SP nº 71.361

PROCESSO: SE N° 2592/2010 PGE 1000726-842639/2010.
INTERESSADO: Luiz Fernando Gomes dos Santos.

PARECER PA N° 51/2011.

De acordo com o criterioso Parecer PA n° 51/2011.

De se reforçar a proposta de edição de Decreto que venha a regulamentar a aplicação da norma do artigo 8º, IV da Lei Complementar n° 1093/2009.

Transmitam-se os autos ao Subprocurador Geral do Estado - área da Consultoria.

PA, em 12 de maio de 2011.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria Administrativa
OAB n° 79.413

PROCESSO: SEE 2592/0000/2010 (GDOC Nº 1000726-842639/2010)
INTERESSADO: Luiz Fernando Gomes dos Santos
ASSUNTO: Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual. Art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009.

O Parecer PA nº 51/2011 (fls. 127/141), aprovado pela Chefia da Procuradoria Administrativa (fl. 142), concluiu que:

a) os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito dos órgãos da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo submetem-se a regime jurídico próprio disciplinado pela Lei Complementar nº 1.093/2009;

b) o procedimento para a rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual por parte dos contratados, é aquele previsto no § 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 1.093/2009;

c) deve ser sopesada a conveniência de se editar decreto para disciplinar esse procedimento de forma mais pormenorizada, a fim de evitar a proliferação de atos eventualmente eivados de nulidade e a adoção de soluções díspares para situações fáticas idênticas;

d) descabe a instauração de processo administrativo disciplinar na forma prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado - Lei estadual nº 10.261/68.

Estando de acordo com as conclusões alcançadas no Parecer PA nº 51/201, proponho a sua aprovação.

Endosso também a proposta de edição de decreto objetivando regulamentar a aplicação do disposto no § 3º do art. 8º da Lei Complementar nº 1.093/2009, nele esposando os aspectos apontados no item 15 do parecer. Para tanto, deverá ser oficiado, com cópia do parecer, o Secretário de Gestão Pública, a quem compete propor ao Governador do Estado a regulamentação de dispositivos da legislação de pessoal (art. 25, I, "c", do Decreto nº 52.833, de 24 de março de 2008), lembrando que constitui atribuição da Unidade Central de Recursos Humanos *"elaborar e propor a regulamentação de dispositivos legais relativos à área de recursos humanos"* (art. 31, V, "b", do Decreto nº 51.463, de 1º de janeiro de 2007, com a redação que lhe foi dada pelo art. 42 do Decreto nº 52.833, de 24 de março de 2008).

Encaminhe-se os autos à consideração do Senhor Procurador-Geral do Estado.

Subg., 20 maio de 2.011.
ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador-Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

PROCESSO: SEE 2592/0000/2010 (GDOC nº 1000726-842639/2010)
INTERESSADO: Luiz Fernando Gomes dos Santos
ASSUNTO: Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Rescisão antecipada do contrato, em razão de descumprimento de obrigação legal ou contratual. Art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria-Geral do Estado - Área da Consultoria Geral, aprovo o Parecer PA nº 51/2011.

Expeça-se ofício, com cópia do parecer, à Secretaria de Gestão Pública, a quem cabe examinar a proposta de edição de decreto para regulamentar a aplicação da norma do art. 8º, § 3º, da Lei Complementar nº 1.093/2009, bem como às Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e das autarquias e à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares, para ciência.

Devolvam-se os autos à Secretaria da Educação, por intermédio da Consultoria Jurídica, com a observação de que ainda se encontram pendentes de cumprimento as providências apontadas na manifestação de fls. 118/122.

GPG, 24 de maio de 2011.
ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador-Geral do Estado

Consultoria

32) Constitucionalidade. Produção e consumo. Direito à saúde.

Lei Estadual nº 14.274, de 16 de dezembro de 2010, que dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado de São Paulo. Promulgação pelo Presidente da Assembleia Legislativa, em razão de rejeição integral de veto oposto pelo Governador. Violação do artigo 24 e parágrafos da Constituição Federal. Viabilidade de interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o STF. (Parecer PA nº 23/2011 aprovado pelo Procurador-Geral do Estado Adjunto em 19.07.2011)

33) Servidor público. Agente fiscal de rendas. Contagem de tempo de serviço para fins de licença-prêmio. Afastamento.

Desincompatibilização, por quatro meses, para participar de pleito eleitoral para o cargo de Prefeito, no Município de Sales. Art. 1º, inc. IV, 'a', *in fine*, c.c. seu inc. 11, 'd', da Lei Complementar Federal nº 64/90. Inexistência de fundamento legal para computar-se, como tempo de efetivo exercício, o período em que o servidor afastou-se de seu trabalho para candidatar-se às eleições municipais. Interrupção do lapso quinquenal para fins de licença prêmio. Necessidade de contagem, em sua integralidade, de novo prazo de cinco anos para obtenção do prêmio, a partir do retorno ao efetivo exercício de seu cargo. (Parecer PA nº 43/2011 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado da Área da Consultoria Geral em 29.06.2011).

34) Servidor Público - Licença-Prêmio Não Fruída - Aposentadoria.

Indenização pleiteada com fundamento no artigo 14 da Lei Complementar nº 1.079/2008. Conversão em pecúnia de períodos de licença- prêmio não usufruídas. Servidor da Secretaria de Economia e Planejamento afastado junto à Secretaria da Saúde. Impossibilidade de atendimento do pedido. Exigência legal de que o servidor esteja em atividade na Pasta contemplada pelo percebimento da Bonificação por Resultados - BR, que passe por avaliação periódica, e que a aposentadoria ocorra a partir do primeiro período de avaliação. (Parecer PA nº 199/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 19.05.2011).

35) Servidor Público - Lei Nº 500/74. Licença Prêmio.

Decisão judicial, prolatada em mandado de segurança e transitada em julgado, reconheceu a servidora o direito ao gozo da licença prêmio. Autorização dada pela Administração para

conversão em pecúnia da parcela de trinta dias do período de licença-prêmio, nos termos do artigo 54, da Lei nº 1.080/2008. Pretensão da Secretaria da Fazenda de efetuar o desconto em folha, em dez vezes, do montante recebido. Impossibilidade. A averbação de período de licença-prêmio completada após a edição da Lei nº 1.080/2008, assegurada a servidores admitidos sob a égide da Lei nº 500/74, por decisão judicial, mesmo referindo-se a períodos posteriores à impetração, permite a conversão indenizatória, desde que cumpridos os demais requisitos legais. Precedente: manifestação da Subprocuradora-Geral do Estado - Área da Consultoria, referendada pelo Procurador-Geral do Estado, ao desaprovar o Parecer PA nº 53/2005. (Parecer PA nº 50/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 16.05.2011)

36) Pena disciplinar - prescrição.

Sindicância disciplinar instaurada para apurar a ocorrência de falta sujeita à pena de repreensão - Extinção, na espécie, da punibilidade da falta pela prescrição, de acordo com os critérios preconizados nos pareceres P A-3 nº 311/95 e PAnº 306/2003 - Pendendo o desfecho da sindicância apenas da prolação de decisão pela autoridade competente, e havendo manifestações favoráveis à absolvição dos acusados, em princípio assiste a este o direito ao prosseguimento do feito inobstante a prescrição, dada a possibilidade de virem a ser absolvidos pela autoridade julgadora. PROCESSO DISCIPLINAR - PORTARIA. AMPLA DEFESA. Ato instaurador de sindicância disciplinar que não especifica a conduta infracionária imputada aos acusados - Obrigatoriedade, decorrente do princípio da ampla defesa, de ser dada ao acusado, desde a instauração do feito disciplinar, integral e minudente ciência da conduta infracionária que lhe está sendo imputada - Presença, porém, nos autos, de elementos, aos quais se reporta a peça vestibular, e de peculiares circunstâncias que tornam inequívoca a ciência pelos sindicados, desde a instauração da sindicância, da precisa especificação da falta de que são acusados - Situação em que não deverá ser declarada a nulidade do ato instaurador da sindicância, face ao princípio do relativismo formal do processo disciplinar, consagrado no art. 305 do Estatuto. (Parecer PA nº 208/2005 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 31.10.2005 e restabelecido no expediente PGE nº 27699-848045/2009 em 10.03.2011 que afastou orientação do Parecer PA nº 181/08)

Contencioso Geral

37) Cerceamento de Defesa - Desnecessidade de dilação probatória - Cerceamento de defesa não configurado - Prova cujo destinatário é o juiz - Princípio do livre convencimento e do tempo razoável do Processo - Presença de provas documentais que embasam a decisão - Alegação afastada - Recurso improvido. (Apelação n. 0965244.5/9-00 - Quatá - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: José Luiz Germano - 19/04/2011 - 8549 - Unânime).

38) Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Inépcia da inicial por não se ter individualizado a conduta - Descabimento - Recebimento de adiantamento de despesas sem o devido procedimento legal, o que caracteriza improbidade administrativa - Conduta essa, comprovada nos autos - Recurso improvido. (Apelação n. 0965244.5/9-00 - Quatá - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: José Luiz Germano - 19/04/2011 - 8549 - Unânime).

39) Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Mero receptor de ordens - Na qualidade de agente público, embora não tenha poder de decisão e seja apenas receptador de ordens de seus superiores hierárquicos, exerce um `múnus público´ da própria natureza da administração pública, e tem o dever de conservar, aprimorar os bens, serviços e interesses da coletividade, além da obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação - Recurso improvido. (Apelação n. 0965244.5/9-00 - Quatá - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: José Luiz Germano - 19/04/2011 - 8549 - Unânime).

40) Recurso - Agravo de instrumento - Interposição via "fac-símile" - Ausência das peças obrigatórias elencadas no inciso I do artigo 525 do Código de Processo Civil - Juntada com o original entregue em Juízo - Descabimento, uma vez que a transmissão via "fac-símile" se caracteriza pela preclusão consumativa - Impossibilidade de verificação da sua tempestividade - Recurso não conhecido. (Agravo de Instrumento n. 0028800-58.2011.8.26.0000 - São Paulo - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Israel Góes dos Anjos - 11/04/2011 - 6947 - Unânime).

41) Julgamento Antecipado Da Lide - Responsabilidade civil - Responsabilidade objetiva do Estado, exclusivamente de direito, razão pela qual se torna despiscienda a produção de provas - Ausente afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa - Cerceamento de defesa inocorrente - Preliminar rejeitada. (Apelação n. 990.10.536013-0 - Mogi das Cruzes - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Rulli Júnior - 13/04/2011 - 24205 - Unânime).

42) Ação Civil Pública - Improbidade administrativa - Contratação irregular de servidores - Ausência de concurso - Alegação de necessidade

temporária de excepcional interesse público - Desacolhimento - Ausência de comprovação da justificativa - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos - A contratação de servidores sem concurso público constitui ato ofensivo aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade aos quais a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios está iniludivelmente vinculada - Improbidade administrativa configurada - Exegese do artigo 37, "caput", incisos II e IX da Constituição Federal e do artigo 11 da Lei n. 8429/92 - Sentença mantida - Recurso improvido. (Apelação n. 994.06.051789-0 - São Simão - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Décio de Moura Notarangeli - 13/04/2011 - 7979 - Unânime).

43) Prescrição - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Pretensão de contar a prescrição contra o terceiro, que concorreu para o ato ímprobo, da assinatura do contrato administrativo decorrente de licitação fraudada - Inviabilidade - O "dies a quo" do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no artigo 23, I, da Lei n. 8429/92, é extensivo aos particulares que se valeram do ato ímprobo, porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos - Inocorrência de prescrição - Preliminares rejeitadas - Recurso improvido. (Apelação n. 0011411-63.2007.8.26.0400 - Olímpia - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: João Alfredo de Oliveira Santos - 02/05/2011 - 29689 - Unânime).

45) Ação Civil Pública - Improbidade administrativa - Licitação - Vício - Indícios de má fé dos participantes - Ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da legalidade - Ressarcimento do dano - Descabimento - Ausência de prejuízo ao erário - Recursos providos, em parte. (Apelação n. 0420728.5/3-00 - Ribeirão Bonito - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Décio de Moura Notarangeli - 25/05/2011 - 7911 - Unânime).

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Maio e Junho de 2011.

46) Mandado de Segurança - Decisão agravada que indeferiu pedido de cientificação inicial da Fazenda Estadual na pessoa do Procurador Geral do Estado - Ciência inequívoca da Fazenda, nos termos do artigo 6º c/c artigo 7º, inciso II, ambos da Lei 12.016/09 - Inadmissibilidade - Não é válida a cientificação feita na pessoa de Procurador do Estado, se o mesmo não detém poderes especiais para recebê-la - Recurso provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 0565225-61.2010.8.26.0000 – Diadema – 11ª Câmara de Direito Público – Relatora Maria Laura Tavares – 28/02/2011 – Unânime)

Fonte: Contribuição de Alexander Silva Guimarães Pereira

Contencioso Tributário-Fiscal

47) Mandado de Segurança - Imposto - Circulação de Mercadorias e Serviços - Imunidade Tributária - Brindes em revista infantil - Estímulo visual disponibilizado para as crianças sem custo adicional na revista - Extensão da imunidade, tendo em vista o objetivo da norma constitucional (difusão da cultura) - Artigo 150, inciso "VI", alínea "d", da Constituição Federal - Segurança concedida para a liberação de produto importado, consistente em bonecos de brinquedo, produtos complementares ao conteúdo editorial - Recurso provido para este fim. (Apelação n. 994.06.152241-0 - Santos - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Luiz Edmundo Marrey Uint - 19/04/2011 - 11264 - Maioria de votos com voto declarado).

48) Imposto - Imunidade - Exigência de ICMS sobre importação de equipamento efetuada por entidade assistencial sem fins lucrativos - Pretensão ao reconhecimento da imunidade concedida no artigo 150, inciso VI, alínea "c" e § 4º, da Constituição Federal - Admissibilidade - Precedentes jurisprudenciais - Reconhecimento do benefício fiscal constitucionalmente outorgado à entidade importadora - Recurso provido para isentar a entidade do recolhimento do ICMS sobre os bens importados, discriminados na peça inicial. (Apelação n. 0886226.5/1-00 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Fermino Magnani Filho - 04/04/2011 - 4055 - Unânime).

49) Ilegitimidade "Ad Causam" - Execução Fiscal - Compromisso de venda e compra - Documento devidamente registrado no Cartório de Registro Imobiliário - Perda das condições inerentes à propriedade por parte do alienante - Hipótese em que o promitente vendedor não mais possui os direitos inerentes à propriedade, cujo rol encontra-se elencado no art. 1228 do Código Civil, sendo que o artigo 34 do Código Tributário Nacional não tem o condão de modificar os institutos já consagrados na legislação civil - Transferência a terceiro, que passa a responder pela propriedade em todos os seus termos - Ilegitimidade passiva reconhecida - Exceção de pré-executividade acolhida - Recurso provido. (Agravo de Instrumento n. 990.10.480223-7 - Sumaré - 15ª Câmara de Direito Público - Relator: Eutálio José Porto Oliveira - 14/04/2011 - 13744 - Maioria de votos).

50) ICMS e "cálculo por dentro" - 1 - A inclusão de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS em sua própria base de cálculo é constitucional. Essa a conclusão do Plenário ao, por maioria, desprover recurso extraordinário no qual sociedade empresária, contribuinte do tributo, sustentava, em síntese: a) a ocorrência de dupla tributação e afronta ao princípio da não-cumulatividade; b) o não-cabimento da taxa SELIC na atualização do débito tributário, sob pena de majoração do imposto; e c) a natureza confiscatória da multa moratória fixada em 20% sobre o valor do débito.

Preliminarmente, também por votação majoritária, conheceu-se do recurso, vencidos os Ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli, no que se refere à utilização da taxa SELIC, ao fundamento de que a matéria restringir-se-ia ao âmbito infraconstitucional. No mérito, quanto a esse respeito, ressaltou-se que — não obstante a existência de precedentes desta Corte no sentido manifestado pelos Ministros acima referidos — estar-se-ia diante de recurso com repercussão geral reconhecida. Assim, reputou-se legítima a incidência da SELIC como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso. O Min. Gilmar Mendes, relator, aduziu que a questão poderia ser suscitada à luz do princípio da isonomia, bem como da legalidade, consoante já declarado pelo STJ sob a sistemática dos recursos repetitivos. No tocante ao método de cálculo "por dentro" da exação, reafirmou-se orientação fixada no julgamento do RE 212209/RS (DJU de 14.2.2003), segundo a qual a quantia relativa ao ICMS faz parte do conjunto que representa a viabilização jurídica da operação e, por isso, integra a sua própria base de cálculo. Por outro lado, tendo em conta a razoabilidade do importe da multa moratória, rechaçou-se a alegação de eventual caráter confiscatório. RE 582461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.5.2011. (RE-582461).

51) ICMS e "cálculo por dentro" - 2 - Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que proviam o recurso. Este aduzia ser incompatível com o ordenamento constitucional a consideração de valores estranhos à materialidade da hipótese de incidência do ICMS, bem como extensível às obrigações acessórias o princípio da não-confiscatoriedade. Aquele assentava que o cálculo "por dentro", no que o vendedor não fatura o ICMS, discreparia do modelo constitucional, em transgressão ao princípio da não-cumulatividade. Consignava, ademais, que essa forma de cálculo, uma vez afirmada relativamente ao ICMS, poderia vir a ser transportada para qualquer outro tributo. Salientou também que se teria um confisco, ante a inexistência de móvel para essa cobrança. Por fim, o Min. Cezar Peluso, Presidente, apresentou proposta de redação de súmula vinculante, a ser encaminhada à Comissão de Jurisprudência, com o seguinte teor: "É constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS na sua própria base de cálculo". RE 582461/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.5.2011. (RE-582461).

52) Imposto - Circulação de mercadorias e serviços. - Repetição de indébito - Instituição sem fins lucrativos - Imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal - Exclusão da imunidade em relação aos "produtos que por sua natureza tiveram os custos do tributo repassados a terceiros" - Descabimento - Ação procedente - Incidência da taxa SELIC nos juros de mora - Recurso oficial e da Fazenda não providos, recurso da autora provido. (Apelação n. 994.02.004032-8 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Samuel Alves de Melo Júnior - 24/05/2011 - 15664 - Unânime).

53) Execução Fiscal - Auto de infração - Nota fiscal cancelada - Canhoto assinado demonstrando o recebimento da mercadoria e procedimento de cancelamento da nota fiscal registrado no regulamento do ICMS que não foi observado - Execução cabível - Recurso improvido. (Apelação n. 0546355-22.2006.8.26.0577 - São José dos Campos - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: José Luiz Germano - 10/05/2011 - 9984 - Não consta).

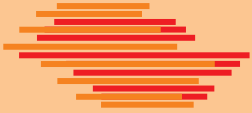
54) Servidor Público Estadual - Procuradores do Estado - Programa de Parcelamento Incentivado (PPI), instituído pelos Decretos ns. 51960/07 e 52424/07 envolvendo débitos fiscais de "ICM" e "ICMS" - Dispositivos que reduziram a verba honorária a 1% do débito fiscal - Alegação de tais profissionais de que têm assegurada a irredutibilidade dos percentuais de honorários - Descabimento, pois eles não possuem direito à execução autônoma da condenação relativa à verba honorária - Valores que não configuram verba individual em razão da sua natureza pública - Submissão ao Fundo de Despesa da Procuradoria Geral do Estado que os distribuí por rateio mensal, portanto, flexível - Dispositivos legais que apenas tutelaram hipótese de débitos tributários, nos quais glosadas multas e juros, formatou mínima verba honorária, a fim de compreender, na sua essencialidade, todos os predicados para que fossem selados acordos - Ação coletiva julgada improcedente - Recursos desprovidos. (Apelação n. 0993506.5/5-00 - São Paulo - 5ª Câmara de Direito Público - Relator: Carlos Henrique Abrão - 23/05/2011 - 1655 - Unânime).

55) Servidor público: reajuste de vencimentos e dever estatal de indenização. - 1 - O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário, interposto em desfavor do Estado de São Paulo, em que se discute o direito de indenização a servidores, considerada a desvalorização anual de seus vencimentos em face da inflação e a ausência de norma que promova o reajuste periódico do montante percebido. O Min. Marco Aurélio, relator, julgou procedente o pleito, para impor ao Estado-membro a obrigação de indenizar os autores em razão do descompasso entre os reajustes porventura implementados e a inflação do período. Aduziu, inicialmente, que incumbiria à Corte zelar para que a Constituição não fosse esvaziada por conduta omissiva ou comissiva dos agentes públicos, em especial os ocupantes dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, afirmou que a inoperância da Constituição deveria ser combatida, presente a insurgência do cidadão e a prova da mora injustificável do legislador ou do Chefe do Poder Executivo, para se superar a conhecida "síndrome da inefetividade das normas constitucionais". Consignou que a revisão geral anual dos vencimentos de servidores estaria prevista no art. 37, X, da CF ("a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de ín-

dices") e que haveria relação de equivalência estabelecida entre os serviços prestados por eles e o que lhes seria devido a título remuneratório, tendo em conta o disposto no inciso XV do mesmo artigo ("o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I"). RE 565089/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 9.6.2011. (RE-565089).

56) Servidor público: reajuste de vencimentos e dever estatal de indenização - 2 - Reputou, ademais, que a denominada reforma administrativa, promovida com a EC 19/98 teria, dentre seus objetivos, a melhora das condições do servidor. Por outro lado, este não teria o mesmo poder de barganha dos trabalhadores em geral, visto que a paralisação da máquina administrativa, em razão das greves, implicaria prejuízo ao administrado, e não ao empregador. Essa diferença reduziria a efetividade da prerrogativa enquanto instrumento de negociação. Estabeleceu, também, a diferença entre aumento e reajuste e frisou que este seria voltado a afastar os efeitos nefastos da inflação, para manter o poder aquisitivo da remuneração. Reconheceu a inviabilidade do aumento remuneratório por decisão judicial, considerado inclusive o Verbete 339 da Súmula do STF ("não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia"), mas destacou que o caso trataria apenas de reajuste decorrente do inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho. Notou que o direito ao reajuste seria componente essencial do sistema de contratação pública, com o fim de manter o equilíbrio do acordo firmado. Salientou que o impacto financeiro do preceito constitucional invocado não justificaria sua inobservância, bem como que não incumbiria ao Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma. Outrossim, caberia àquele Poder apenas assentar se determinada pretensão seria, ou não, compatível com o ordenamento jurídico, mormente se a obrigação decorre da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição. Lembrou que o Supremo teria firmado esse enfoque ao apreciar situações envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Consignou que, na espécie, o Estado continuaria a contar com a valia dos serviços que, paulatinamente, seriam remunerados de maneira a revelar decesso. Afirmou que o quadro estaria a indicar ato omissivo da Administração e que a responsabilidade estatal, na hipótese, seria objetiva, uma vez que concretamente demonstrada a ocorrência do fato danoso, embora existente a obrigação legal de agir e a possibilidade de evitar a lesão. Após, pediu vista a Min. Cármen Lúcia. RE 565089/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 9.6.2011. (RE-565089).

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



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515