# BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515

# CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARÇO/ABRIL 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. 2 - mar./abr. 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*

Contrarrazões de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança – Invalidação de Nomeação e Posse de Professor. ..... 7

*Doutrina*

O Encerramento Irregular das Atividades da Pessoa Jurídica Devedora e a Prescrição na Execução Fiscal ..... 19

*Parecer*

Reclamação feita por advogado de que a Jucesp, em caso do seu interesse profissional, adotou práticas nocivas e ilegais ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil ..... 37

*Ementário*

Consultoria ..... 41

Contencioso Geral ..... 43

Contencioso Tributário-Fiscal ..... 45

# 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.

# Editorial

Passados quatro meses de gestão, tenho ainda mais firme a convicção de que os Procuradores do Estado e os servidores da PGE dispõem de um instrumento valiosíssimo de enriquecimento profissional e cultural: o Centro de Estudos.

Sua organização pelo Decreto nº 8.140, de 5 de julho de 1976, foi uma feliz e ousada proposta da então Procuradora Geral do Estado, Doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz, e do Procurador-Chefe do Centro de Estudos, Doutor Eurípedes Carvalho Pimenta, colegas aos quais deixo aqui consignadas minhas homenagens.

Para o atendimento de um universo ainda reduzido de profissionais, foram concebidos para o Centro de Estudos serviços de Aperfeiçoamento, de Divulgação, de Biblioteca e de Administração voltados ao desenvolvimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, além da edição e divulgação de matéria de interesse da Procuradoria Geral do Estado, produção de informações técnico-jurídicas no campo de atuação da Instituição.

Tratar destes objetivos neste novo milênio, quando a velocidade da informação é desenfreada e a oferta de cursos de aperfeiçoamento e especialização transborda e ultrapassa qualquer limite, tem exigido de nossa equipe especial atenção a novas tecnologias que desafiam os métodos tradicionais de ensino, assim como de leitura, pesquisa, e de controle de recursos públicos.

Não podemos deixar de considerar que o Centro de Estudos serve a dois públicos: um, da nova geração, com jovens procuradores e servidores, que buscam a informação de modo instantâneo – a geração "Y" – e o outro, dos mais antigos, cuja tradição da atenção na leitura dos textos exige outro ritmo de acompanhamento.

Hoje nosso órgão dispõe de vários Programas na área de Aperfeiçoamento, atendendo aos 948 Procuradores do Estado da ativa e 767 servidores que prestam serviços na PGE.

Em um universo de 1.715 profissionais, não é difícil imaginar o volume da rotina administrativa do órgão que, para desempenho de suas atividades, não se pode furtar ao rigor no controle da utilização dos recursos públicos que dão suporte aos programas de aperfeiçoamento funcional, às atividades da Escola Superior, e àquelas relacionadas à organização, divulgação e publicação de periódicos e revistas de destaque na área jurídica.

Nossa equipe, hoje formada pelos colegas Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Norberto Oya e Camila Rocha Scwenck, Patrícia Ulson Pizarro Werner e Marily Diniz do Amaral Chaves, tem se empenhado em atender aos anseios da carreira em relação ao Centro de Estudos, sempre observando, contudo, os princípios da legalidade, interesse público, eficiência e economicidade.

Dentro desta linha, algumas mudanças se mostraram necessárias.

A primeira delas é a observação dos prazos regulamentares para a apresentação da documentação que dá suporte aos programas de ajuda financeira.

Outra, a necessidade de se ouvir os colegas em relação aos métodos tradicionalmente utilizados para a divulgação do material técnico-jurídico, e também para a realização de cursos de pequena, média e longa duração.

Estes fatores implicam comprometimento não só com a redução de custos, mas também com a preservação do meio ambiente.

A edição de boletins, periódicos e livros em meio eletrônico, a parceria com a Secretaria de Gestão para a imediata utilização dos recursos disponíveis para a realização de cursos e reuniões em teleconferências, ou por meio de transmissão pela "internet", o planejamento do orçamento para que no próximo exercício seja possível dar início à reforma de salas na Capital e em todas as Procuradorias Regionais para que se coloquem na rotina do Aperfeiçoamento os cursos à distância, dentre outras medidas, são inovações que vão ao encontro daquilo que se espera de uma sociedade mais consciente e comprometida com os valores sociais e com a qualidade de vida das futuras gerações.

Soma-se a isto nossa vontade de enriquecer o site da PGE, alimentando o "link" do Centro de Estudos com o material disponibilizado por professores e palestrantes, assim como com a legislação atualizada e compilada, de modo a facilitar a consulta e utilização diária dos interessados.

O incentivo e o incondicional apoio à criação de Núcleos Temáticos, nos moldes do recém-criado, que tem por objeto o estudo dos aspectos jurídicos da participação financeira do Estado de São Paulo na exploração e produção de petróleo e gás, também estão dentro de nossa metas.

Por fim, chamo a atenção à importância da produção deste periódico que, na esteira do que foi escrito pelo Procurador Geral do Estado, Doutor Elival da Silva Ramos, no exemplar janeiro/fevereiro, representa importante ferramenta de apoio à advocacia pública, especialmente aos colegas recém-ingressados na carreira.

Neste número são colacionados importantes julgados, doutrinas e pareceres sobre invalidação do ato de nomeação em concurso público, a prescrição da responsabilização dos sócios administradores no caso de encerramento da empresa no curso de execução fiscal, a liberalidade dos sócios de sociedade anônima por ações para adesão ao procedimento da arbitragem, dentre outros temas.

Destaco a valorosa dedicação da comissão editorial, composta por colegas comprometidos e preocupados com a organização e circulação de material de suporte ao trabalho de cada um dos Procuradores do Estado. O intercâmbio entre profissionais gabaritados que almejam um mesmo fim só engrandecerá, ainda mais, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, instituição de excelência na Advocacia Pública brasileira.

Daí o nosso reiterado chamado para o envio de estudos e de novas teses lançadas, com sucesso, na defesa dos interesses do Estado.

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA
Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

# Cursos do Centro de Estudos

**19.04 –** Seminário: O Marco Legal da Indústria do Petróleo e a Participação dos Estados.

**27.04 –** Bens Ideais para Penhora.

# Eventos do Centro de Estudos

**14.04** – Lançamento da *Revista PGE nº 72* – Estudos em homenagem à Professora doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

**26.04** – Lançamento da foto do doutor Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo, na galeria de fotos dos ex-procuradores-gerais do Estado.

# Eventos em parceria com outras instituições

**15 e 16.03 –** Vinte Anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor, Escola Superior do Ministério Público/Faculdade de Direito USP.

**21, 22, 23 e 24.03 –** 6º Congresso de Pregoeiros, promovido pela NP Eventos Ltda.

**22 e 23.03 –** Reequilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos Administrativos, promovido pelo Centro de Estudos de Licitações e Contratos (Celc).

**23, 24 e 25.03 –** Sistema PGE.Net, promovido pela Softplan.

**29 e 30.03 –** Formação de Preços, promovido pela Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (Fundap).

**26, 27 e 28.04 –** Seminário Nacional: Sistema de Registro de Preços – Inexigibilidade, promovido pela Zenite.

**28, 29 e 30.04** – 9º Congresso Internacional de Direito Constitucional, promovido pela Escola Brasileira de Estudos Constitucionais (Ebec).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sala 331
Processo n. 115.258.0/4-02
Autor: EGLEMEIRE DOS SANTOS RICCIARDI PACHECO

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo procurador que esta subscreve, nos autos do **recurso ordinário** em epígrafe, vem, mui respeitosamente, oferecer suas

**CONTRARRAZÕES**

requerendo digne-se V. Exa. em determinar sua juntada e processamento, na forma de Direito.

Pede nestes termos, deferimento.
São Paulo, 6 de setembro de 2005

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

Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo
Recorridos: Eglemeire dos Santos Ricciardi Pacheco

**CONTRARRAZÕES DE**
**RECURSO ORDINÁRIO**

**COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA!**

O recurso em questão se originou de mandado de segurança ajuizado contra o governador paulista, contra ato de invalidação de nomeação da impetrante para cargo do magistério estadual.

O mandado de segurança foi denegado, pelo voto unânime do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Busca, agora, a impetrante, a reversão do julgado que lhe foi desfavorável.

O recurso não merece prosperar, devendo ser mantida incólume a decisão do Tribunal Estadual. É o que demonstraremos.

## 1. Breve relato dos fatos litigiosos

Para melhor entendimento dos fatos ocorridos, referentes à recorrente, e que motivaram a invalidação do seu ato de posse, é necessário fazer um sucinto relatório.

A recorrente, em cargo anteriormente ocupado – de oficial de escola – sofreu processo administrativo disciplinar, que culminou com a aplicação de pena de demissão a bem do serviço público – sanção essa publicada em 1º de dezembro de 2000.

Esclareça-se que essa punição deixou de ser concretamente aplicada, uma vez que a demandante pediu exoneração do cargo de oficial de escola anteriormente ao término do processo. Todavia, a sanção foi anotada em seu prontuário, para registro e para efeito de cominação das penalidades acessórias – no caso, o impedimento de readmissão no serviço público, pelo período de 5 (cinco) anos (art. 39, § 2º do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo).

Nesse ínterim, a impetrante veio a prestar concurso para ocupar cargo no magistério estadual. Tendo sido aprovada, foi nomeada em 30 de dezembro de 1999 e veio a tomar posse em janeiro de 2000.

Observe-se, pois, que a assunção do novo cargo foi feita na pendência do processo administrativo disciplinar, referente à conduta faltosa grave ocorrida no exercício do cargo anterior.

Com o desfecho do processo administrativo disciplinar, o Estado de São Paulo invalidou a posse no novo cargo, visto que a apuração final acabou por comprovar a falta grave da servidora, passível de demissão a bem do serviço público. Tal invalidação teve esteio no não atendimento ao disposto no artigo 47, inciso V, do Estatuto Funcional, pelo qual a boa conduta é requisito para posse em cargo público.

Ainda para melhor esclarecimento de V. Exas., é preciso dizer que a servidora buscou, junto ao Poder Judiciário, a invalidação do processo administrativo disciplinar que lhe cominou a pena demissória, o que fez também por meio de mandado de segurança. Tal *mandamus* subiu a esta Egrégia Corte (RMS 14497-SP), tendo sido confirmada pela 5ª Turma deste Pretório a sentença denegatória, decisão essa que transitou em julgado em 22.10.2003 – vide acórdão em anexo.

Esse o relato que se fazia necessário.

## 2. Do mérito: da suposta nulidade do procedimento invalidatório da posse

Inicia a impetrante a sua peça recursal alegando que teria ocorrido, no procedimento que invalidou sua posse, cerceamento de sua defesa, em prejuízo dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Todavia, não se mostra evidenciada onde teria ocorrido o suposto cerceamento. Observou-se, ao contrário, que as autoridades estaduais responsáveis pelo procedi-

mento de invalidação da posse observaram estritamente a processualística administrativa, concedendo à recorrente a oportunidade de apresentar suas alegações de defesa.

E, de fato, ela assim o fez, apresentando defesa escrita (fls. 249/267 e 344/357). E, nessas ocasiões, protestou genericamente pela produção de provas, sem especificá-las. Como bem observou o aresto recorrido:

> *"Nenhum fato novo relevante arguiu em sua defesa que implicasse na pretendida dilação probatória (...).* Não houve, com a devida vênia, o alegado cerceamento de defesa. Eventuais testemunhas, já ouvidas no primeiro processo administrativo, como alegou, poderiam tão-somente depor a respeito de sua conduta pessoal e de seu desempenho funcional. Além do mais, incumbia-lhe juntar os documentos que entendesse pertinentes, o que não o fez.
>
> *O fato é que a inobservância do requisito legal da 'boa conduta', deve-se, exatamente, ao procedimento administrativo disciplinar, que culminou, repito, na sua demissão a bem do serviço público, providência tida como legal no controle exercida por esta Egrégia Corte, no julgamento do mandado de segurança n.º 80.607.0/6, ajuizada pela impetrante e outro (...)"* (fls. 454 – grifos nossos).

Na esteira de decisões desta E. Corte e também das produzidas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, o Estado de São Paulo primou por produzir o procedimento invalidatório com todas as cautelas necessárias, não obstante a evidência da má conduta da recorrente, sobejamente comprovada em processo administrativo disciplinar.

O que era evidentemente incabível era repetir-se nesse processo toda a instrução já ocorrida no processo disciplinar anterior, o que ofende ao mais comezinho bom senso. Nem havia necessidade de produção de outras provas referentes à conduta da autora, diante da concretude da falta por ela cometida, já por si suficiente para afastar o requisito de "boa conduta" – inda mais que cometida a falta grave em função análoga à desempenhada no novo cargo por ela ocupado.

Caem por terra, pois, as alegações referentes à nulidade do processo invalidatório levado a efeito pelas autoridades estaduais.

## 3. Do mérito: do suposto prejuízo ao ato jurídico perfeito, aos princípios da segurança jurídica e da presunção de inocência

Passemos, pois, às demais alegações da recorrente, que se referem à suposta impossibilidade jurídica do ato invalidatório, em razão da também suposta ofensa aos princípios acima destacados.

De início, esclareça-se que os elementos existentes no processo administrativo disciplinar já eram por si só suficientes para impedir a posse da recorrente.

Nessa senda, este Superior Tribunal tem reconhecido a possibilidade de se basear a Administração em investigação prévia da conduta do candidato a ingressar no serviço público, para impedimento da posse. Confira-se:

"ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PARA DELEGADO DE POLÍCIA ESTADUAL – CANDIDATO, SERVIDOR PÚBLICO CIVIL, DESLIGADO POR NÃO GOZAR DE BOA CONDUTA – INVESTIGAÇÃO DA VIDA SOCIAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - O ato que impediu a continuação do candidato no Concurso de Delegado de Polícia, por não gozar de boa conduta, embasou-se no Edital e na Lei 5.406/69. Obedecido, desta forma, o princípio da legalidade. Ademais, as provas nos autos são irrefutáveis da má conduta do recorrente: falta de decoro, uso indevido do cargo, participação em fuga de presos, etc, impossibilitando o implemento das condições necessárias para o exercício da função pública.

Ausência de liquidez e certeza para deferir-se a pretensão.

2 – Precedente (RMS 586/MS).

3 – Recurso conhecido, porém, desprovido."

(RMS 3710 / MG – Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI – 5ª Turma – julg. 07.12.1999 – DJ 04.09.2000 p. 168).

Porém, no caso em questão, justamente por prestigiar o princípio da presunção da inocência, a Administração permitiu que a autora prosseguisse no concurso público, fosse nomeada e até viesse a tomar posse de novo cargo público.

Portanto, soa contraditório que a recorrente alegue ofensa a esse princípio, pois foi justamente o respeito a ele que fez surgir a inusitada situação de um servidor sob cuja conduta pesam as mais graves suspeitas, vir a ser readmitido em outro cargo público até de maior responsabilidade.

Quanto à suposta preservação do ato jurídico perfeito, é preciso que se esclareça a verdadeira natureza desse instituto, que não deve servir de escudo para tornar definitivas situações que foram constituídas de forma precária – como é o caso aqui estudado.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, utilizando da lição de LIMONGI FRANÇA, o *"ato jurídico perfeito (...) é aquele que sob o regime da lei antiga se tornou apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável"* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. Malheiros, 2002, p. 434)

CELSO BASTOS, por sua vez, leciona que o ato jurídico perfeito *"é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova"* (*Dicionário de Direito Constitucional*. Saraiva, 1994, p. 43).

Dos escólios acima, podemos concluir que a figura do chamado ato jurídico perfeito busca impedir a modificação subsequente, pela via legislativa, de atos e negócios constituídos sob a égide de regra anterior. Daí a impropriedade do uso dessa expressão no recurso em exame, visto que não houve "lei posterior" a trazer novo tratamento ao ato em questão.

Cabe também ressaltar que o termo "perfeição", empregado no sentido aqui mencionado, não se refere à suposta inexistência de vícios, mas à completude do ato, de maneira que o mesmo seja reconhecível juridicamente. *"Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído"*, nos diz CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Malheiros, 2001, p. 345).

Portanto, mesmo o ato jurídico perfeito (isto é, completo na sua formação) pode ser desfeito – sendo uma de suas formas de desfazimento a invalidação, como a que ora se observou.

Um exemplo banal é o casamento celebrado com erro essencial de pessoa (CCivil, art. 1.557) que pode ser anulado, não obstante seja um ato jurídico perfeito e protegido, pois, contra a retroação legislativa.

No caso em questão, o Estado de São Paulo observou a Lei Estadual n° 10.177/98, que estatui, na senda da melhor doutrina administrativista, que a Administração tem o dever jurídico de invalidar o ato que esteja eivado de algum vício.

Reproduzimos o texto legal estadual, para conhecimento de Vv. Exas.:

> Artigo 8.º – São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:
>
> I – incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;
>
> II – omissão de formalidades ou procedimentos essenciais;
>
> III – impropriedade do objeto;
>
> IV–- inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito;
>
> V – desvio de poder;
>
> VI– falta ou insuficiência de motivação.
>
> Parágrafo único – Nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.
>
> (...)
>
> Artigo 10 – A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:
>
> I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;
>
> II – da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;
>
> III – forem passíveis de convalidação."

Como se observa, a "inexistência ou impropriedade do motivo" é causa de invalidação do ato. Motivo, na feliz explicação de MARIA SYLVIA DI PIETRO, é *"o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo"*. E complementa:

> *"Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato"* (*Direito Administrativo*, 17ª Ed. Atlas, 2004, p. 203).

Ora, no caso em tela, o pressuposto de fato – no caso, a "boa conduta" da recorrente – no momento da posse foi avaliado como existente, por força de uma presunção, em virtude de estar o fato em apuração administrativa (art. 5º, LIV e LV). Como já se disse, a presunção de inocência obrigava, naquele momento, a Administração a tomar por suposta (pressuposta) a ausência de culpa da indiciada, permitindo-lhe a posse. Além disso, o princípio da impessoalidade (art. 37 da CF/88), que também é tomado no sentido de imparcialidade, obrigava a Administração a aguardar o termo do processo administrativo disciplinar.

Porém, ao termo desse processo, tal presunção caiu por terra. Do implemento dessa condição suspensiva – pois, como se demonstrou, o comportamento da Administração foi condicionado pela pendência do processo – decorreu a possibilidade de vir a Administração a reavaliar os motivos do seu ato – e assim o fez, para concluir que o pressuposto de fato em questão, isto é, a boa conduta, era inexistente ou inverídica.

Evidentemente, essa "possibilidade" de vir a reexaminar o ato de posse da recorrente, não era apenas um "poder", mas sim um "dever". Pois já é matéria consensual na doutrina moderna, brilhantemente sintetizada por WEIDA ZANCANER:

> *"A invalidação se propõe como obrigatória porque se o ato não comporta convalidação, inexiste outra forma de a Administração Pública restaurar a legalidade violada. Ora, a restauração do Direito é para ela obrigatória por força do princípio da legalidade. Logo, toda vez que o ato não seja convalidável, só lhe resta o dever de invalidar"* (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos.* 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996, 58).

A própria legislação estadual, seguindo tal tendência, obriga à revisão do ato, na medida em que determina que "*a Administração anulará seus atos inválidos"* (art. 10 da Lei 10.177/98), sendo que a declinação do verbo no futuro, nos ensina a mais basilar hermenêutica, é um comando impositivo para a Administração, destinatária da norma.

Ao invalidar seus atos, portanto, a Administração Pública exerce um dever de recompor a ordem jurídica violada, embora tal dever seja muitas vezes nomeado como um poder: a *autotutela.*

Conclui-se, pois, que não há escolha para a Administração entre anular ou não o ato, sendo que o exame da "boa conduta" da candidata também se coloca para o administrador como competência vinculada. É evidente que não pode o administrador escolher entre examinar ou não examinar tal requisito para dar posse ao candidato.

Aliás, os demais candidatos classificados também passaram por tal exame, sendo evidente violação ao princípio da igualdade *(art. 5º, caput e inciso I da CF/88)* o querer se furtar a tal exame.

Por fim, cabe examinar se a retroação da invalidação da posse ofende, como insinua a recorrente, o princípio da segurança jurídica.

Também nesse aspecto se equivoca a impetrante. Recorramos mais uma vez ao mestre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que assim define a invalidação: "é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica" (*Op. cit.,* p. 410 – grifos nossos).

O efeito retroativo, como se vê, é da própria essência do ato invalidatório, sendo que o ordenamento permite, por vezes, e em caráter excepcional, a mantença provisória dos efeitos do ato invalidado – *v.g.* a possibilidade de efeito posterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF (art. 28 da Lei 9.882/99).

Nesse mesmo sentido é a Súmula 473 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao ressaltar que *"a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...*"

A súmula em questão é duplamente esclarecedora, ao afirmar que: a) a Administração tem o poder (que também é dever, acrescentamos) de invalidar seus atos; e, b) a invalidação do ato deve retroagir ao momento de sua produção, visto que do ato inválido não surgem efeitos jurídicos albergados pelo Direito.

Com isso não se quer dizer que o poder-dever de invalidar seja absoluto, visto que o próprio direito pode estabelecer limites, em homenagem ao já mencionado princípio da segurança jurídica – como estabelecer prazo para o exercício dessa invalidação. Porém, no caso em questão, esse impedimento não ocorreu, visto que entre o ato e sua invalidação transcorreu menos de 1 (um ano), sendo que a lei estadual estipula o prazo de 10 (dez) anos para a invalidação (art. 10, I da Lei Estadual 10.177/98).

Por todo o exposto, afigura-se absolutamente impróprio o recurso que a impetrante faz ao princípio da segurança jurídica, impropriedade que se ressalta ainda mais por estar a impetrante ciente, o tempo todo, do trâmite do processo disciplinar e dos efeitos de eventual decisão demissória. Não tinha ela, portanto, expectativa razoável de que o seu retorno ao serviço público fosse definitivo, diante da situação jurídica que, ressalte-se, decorreu de sua própria conduta.

Nesse sentido, cabe lembrar o brocardo: *nemo potest venire contra factum proprium.* Se a autora cometeu a falta grave que veio a prejudicar sua reputação perante a Administração, não pode ela, agora, utilizar-se da circunstância de que o conhecimento – conhecimento pleno, pelo julgamento definitivo – de tal fato tenha sido posterior à assunção do novo cargo, para que se alegue prejudicada.

Além disso, cabe lembrar outro brocardo: *nemo turpitudinem sua audire potest.* O fato de ter se exonerado para fugir aos efeitos da condenação administrativa, não pode servir de escudo para a autora, permitindo-lhe ocupar, imediatamente, novo cargo na Administração, em evidente burla à responsabilidade administrativa.

Patenteia-se assim, como sabiamente reconheceu a Corte *a quo,* a absoluta ausência do direito líquido e certo que se coloca como pressuposto indeclinável do mandado de segurança.

Ante todo o exposto, requer confiante a Fazenda do Estado de São Paulo NÃO SEJA CONHECIDO E TAMPOUCO PROVIDO O RECURSO da impetrante, confirmando-se integralmente a decisão injustamente atacada.

São Paulo, 6 de setembro de 2005
CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO
Procurador do Estado
OAB/SP nº 114.625

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 20.931 – SP (2005/0185979–0)**

Relator: MINISTRO JORGE MUSSI
Recorrente: EGLEMEIRE SANTOS RICCIARDI PACHECO
Advogado: GUSTAVO CORTES DE LIMA E OUTRO(S)
T. Origem : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Impetrado: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO
Recorrido: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Procurador: CARLOS JOSÉ TEIXEIRA DE TOLEDO E OUTRO(S)

**DECISÃO**

Eglemeire Santos Ricciardi Pacheco interpõe recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no artigo 105, II, "b", da Constituição Federal, contra acórdão Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

> Mandado de Segurança. Impetração contra ato do Governador do Estado. Invalidação de nomeação e posse de professora por inobservância de requisito legal. Ação mandamental objetivando a anulação do ato administrativo. Inadmissibilidade. Verificação, a posteriori, que a servidora fora demitida a bem do serviço público por infração disciplinar cometida no cargo de "oficial de escola". Punição não executada porque investida no cargo de professora. Infringência ao art. 43, V, da Lei n. 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos Estaduais), que exige, como requisito para a posse, "boa conduta". Inocorrência de afronta ao princípio do devido processo legal. Inexistência de ato jurídico perfeito, por faltar-lhe uma das condições legais. Direito líquido e certo não reconhecido. Segurança denegada (fl. 450).

Sustenta violação ao ato jurídico perfeito e aos princípios da segurança jurídica e da presunção de inocência, pois, segundo entende, um ato (posse no cargo de Professor Educação Básica II) não poderia ser anulado em razão de outro (aplicação de pena a bem do serviço público) que lhe foi posterior.

De acordo com a parte, a penalidade que se deu em razão de atos praticados no cargo de oficial de escola não poderia ser considerada para anular o ato jurídico perfeito da nomeação e da posse no cargo de professor, para os quais, na ocasião, a recorrente preenchia todos os requisitos, inclusive o de boa conduta.

Afirma que não foram observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, garantias estas que não se resumem em apresentar razões finais de defesa e documentos, mas produzir todas as provas necessárias, que a recorrente possuía, contemporâneas à posse, que poderiam comprovar o preenchimento do requisito da boa conduta.

Intimada, a Fazenda do Estado de São Paulo ofereceu contrarrazões às fls. 498/508.

O Ministério Público Federal manifestou–se às fls. 577/580 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A irresignação não merece acolhimento.

Trata-se de mandado de segurança cuja pretensão é anular o ato administrativo que invalidou sua nomeação e posse no cargo de Professor de Educação Básica II da Secretaria Estadual de São Paulo.

Como cediço, a Administração pública pauta seus atos pelos princípios contidos no art. 37, caput, da Carta da República, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O compulsar dos autos revela que a impetrante, em procedimento administrativo efetivado no PAD n. 45/93, foi condenada à pena de demissão a bem do serviço público por infração aos arts. 256, II, e 257, II, ambos da Lei n. 10.261/1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo).

No entanto, a pena não foi cumprida em razão de que, ao término do PAD, a então servidora havia sido exonerada a pedido do cargo de Oficial de Escola por ter sido aprovada no cargo de Professor de Educação Básica II. De registrar que a referida demissão foi mantida pela Corte Estadual de Justiça no MS n. 80.607-0/6 e, neste Tribunal Superior, no RMS n. 14.497/SP; está, por isso, acobertada pela coisa julgada (fls. 169; 188-197; e 454).

Diante desse contexto, o Governador do Estado determinou a anotação no prontuário e, posteriormente, instauração de novo procedimento a fim de invalidar o ato de nomeação de posse (PAD n. 545/2002).

Contra o ato governamental que tornou sem efeito a sua posse (fl. 393), insurge-se a recorrente sob as alegações de violação ao devido processo legal e de preenchimento das exigências necessárias ao ingresso no serviço público.

Todavia, ao contrário do defendido pela recorrente, o ato impugnado foi precedido de procedimento administrativo que observou ao devido processo legal, como demonstram os termos de ciência da instauração do processo administrativo pela recorrente e sua defensora (fls. 70-71).

Outrossim, o próprio pleito de vista do processo fora da repartição pública, inicialmente indeferido, foi suprido por ordem judicial com determinação, inclusive, de prazo para apresentar defesa (fls. 76 e 108), a qual foi juntada às fls. 249 e seguintes.

Vale transcrever, sobre o tema, o trecho infra do acórdão objurgado:

> Cientificada do procedimento que se instaurava, a impetrante apresentou defesa escrita (fls.249/267 e 344/357), nela pugnando, em preliminar, pela anulação do feito, assim como pela "produção de todos os meios de provas, especialmente pela oitiva de testemunhas, juntada de novos documentos, etc".
>
> Pleiteava, segundo consta, fazer prova de sua "boa conduta", fato que foi contrariado, incontestavelmente, com a "demissão a bem do serviço público", por infração disciplinar praticada enquanto oficial de escola.
>
> Nenhum fato novo relevante arguiu em sua defesa que implicasse na pretendida dilação probatória. [...].
>
> Não houve, com a devida vênia, o alegado cerceamento de defesa. Eventuais testemunhas, já ouvidas no primeiro processo administrativo, como alegou, poderiam tão-somente depor a respeito de sua conduta pessoal e de seu desempenho funcional. Além do mais, incumbia-lhe, naquela oportunidade, juntar os documentos que entendesse pertinentes, o que não fez" (fl. 454).

Dessa forma, descabe a afirmação de que a impetrante tenha sofrido cerceamento em seu direito de defesa.

Quanto ao mais, cumpre destacar o seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido, segundo o qual:

> [...] a Administração tem a prerrogativa de impor pré-requisitos para admitir servidores em seus cargos. Pré-requisitos previstos em lei. Não preenchidos, significa que o pretenso servidor não reúne condições morais de exercer as atividades próprias do cargo.
>
> Desimporta se, quando da investidura, não havia sido punida. Havia, já, procedimento administrativo disciplinar instaurado. E isso já revelava informes depreciativos, o que não se coaduna com o preconizado pela lei, que exige "boa conduta", não se olvidando, nesse ponto, do poder discricionário da Administração Pública, já que o conceito deste requisito legal é vago, indefinido (fl. 457).

Por sua vez, o art. 47, inc. V, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei n. 10.261/68) estabelece os requisitos para a posse no cargo público, dentre os quais elencou a boa conduta, *verbis*:

Art. 47 – São requisitos para a posse em cargo público:

1 – ser brasileiro;

II – ter completado 18 (dezoito) anos de idade;

III – estar em dia com as obrigações militares;

IV – estar no gozo dos direitos políticos;
V – ter boa conduta;
VI – gozar de boa saúde, comprovada em inspeção realizada em órgão médico oficial;
VII – possuir aptidão para o exercício do cargo; e
VIII – ter atendido às condições especiais prescritas para o cargo.

Dessa forma, não configura ilegal o ato administrativo que, no âmbito de sua discricionariedade, torna inválidas a nomeação e a posse de servidora que não atendeu aos requisitos legalmente exigidos, como na espécie.

Nesse diapasão, colhem-se os seguintes arestos:

> ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – EXONERAÇÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – AUTORIDADE COMPETENTE PARA A INSTAURAÇÃO – ATO PRATICADO ANTES DA NOMEAÇÃO E POSSE NO CARGO – RELAÇÃO DIRETA COM A CLASSIFICAÇÃO FINAL NO CERTAME – INIDONEIDADE MORAL – REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO – DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA OBSERVADOS – PRECEDENTES – RECURSO DESPROVIDO.
>
> I – Nos termos do art. 60, inciso XII da Lei Complementar n° 46/94 – Estatuto dos Servidores do Estado do Espírito Santo –, o Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça daquele Estado é competente para instaurar o procedimento adotado.
>
> II – Aquele que ocupa cargo público ainda em estágio probatório está passível de ser destacado dos quadros da Administração, não só por não preencher requisitos objetivos, quais sejam a inaptidão ou incapacidade para o exercício das funções e atividades peculiares ao cargo, mas também por não possuir idoneidade moral. Precedentes.
>
> III – No caso dos autos, a servidora beneficiou-se de ato desabonador para alcançar melhor colocação em concurso público para o cargo de Escrivão Judiciário de 1ª Entrância, consistente na falsificação de certidão da Prefeitura da comarca de Itapemirim, durante a fase de avaliação de títulos.
>
> IV – Não convém a permanência de servidor, mesmo que o ato revelador da sua inidoneidade moral tenha ocorrido em momento anterior à nomeação e posse, ainda mais por se tratar de fato diretamente relacionado ao seu ingresso no serviço público.
>
> V – A exoneração não é dotada de caráter punitivo, podendo ser aplicada se a Administração conclui ser inconveniente suportar servidor que não atende às exigências do cargo.
>
> VI – Uma vez respeitados o contraditório e a ampla defesa, perfeitamente cabível é a apuração dos fatos imputados através de processo administrativo disciplinar, vez que é aceita, inclusive, a busca do esclarecimento da situação tão-somente por meio de sindicância, desde que, obviamente, obedecidos aqueles ditames constitucionais. Precedentes.
>
> VII – Recurso desprovido (RMS 12764/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 25/5/2004, DJ 1°/7/2004 p. 214) (grifou–se).

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DA NOMEAÇÃO E POSSE NO CARGO DE PSICÓLOGA. PEDIDO DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA POSSE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE APUROU FRAUDE MATERIAL NO ATESTADO MÉDICO APRESENTADO.

GARANTIA DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Direito líquido e certo não corresponde ao mérito da ação mandamental, ou seja, à existência de ilegalidade ou abuso de poder, mas sim à condição que torna o mandado de segurança a via processual adequada para a tutela do direito invocado.

2. Os fatos que dão supedâneo a impetração é que devem ser líquidos e certos e não o direito invocado em si, de sorte que a ausência desta condição da ação é obstativa tão-somente de seu cabimento, do conhecimento ou da admissibilidade da via eleita, sendo possível sua postulação por outras vias judiciais.

3. Diante do indeferimento de seu pedido de prorrogação de 75 dias do prazo para sua posse, a fim de que pudesse concluir o curso superior e, assim, assumir o cargo de psicóloga no Polo de Lages/SC, a ora recorrente apresentou requerimento de licença-saúde pelo período de 90 dias, mediante atestado médico apontando como causa de impedimento para o ato de posse a CID F 43.0 (estresse), incapacidade esta que foi descaracterizada pela Junta Médica formada por técnicos do Estado.

4. A declaração de fraude no deferimento do pedido de prorrogação de posse efetuado pela recorrente, foi precedido de regular procedimento administrativo, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, afastada, assim, a atuação arbitrária da Administração.

5. A anulação do ato de nomeação da impetrante foi fundada na legalidade, uma vez que não foram preenchidos os requisitos exigidos no instrumento convocatório, que estabelece normas garantidoras da isonomia e igualdades de condições no ingresso no serviço público.

6. Recurso desprovido, em conformidade com o parecer ministerial (RMS 25909/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/6/2008, DJe 4/8/2008) (grifou–se).

Ante o exposto, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nega-se seguimento ao recurso ordinário.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2010.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

(*reprodução integral do julgado*)

# O Encerramento Irregular das Atividades da Pessoa Jurídica Devedora e a Prescrição na Execução Fiscal

**Fabrizio Lungarzo O'Connor**[1]

**Resumo:** O presente trabalho objetiva analisar cientificamente a questão da prescrição da responsabilização dos sócios administradores, no caso de encerramento irregular das atividades da empresa, no curso de execução fiscal, construindo a norma jurídica da prescrição aplicável ao caso. Tratando-se de análise dentro do campo da Ciência do Direito, teremos como base a Teoria do Conhecimento, considerando o Cientista do Direito como ser cognoscente, que se debruça sobre o objeto de sua ciência – o Direito Positivo –, para construção de sua norma jurídica, construção que se realiza sob a influência da Teoria da Interpretação, tendo o Direito Positivo como realidade linguística a ser interpretada.

## 1. Introdução

O presente trabalho objetiva analisar uma questão jurídica corriqueira na prática forense tributária que vem sendo tratada, de forma geral, sem maior profundidade científica, motivo pelo qual cremos tenha surgido um consenso, em alguns setores do meio jurídico, quanto o que seria sua correta solução, a qual pretendemos analisar, apresentando nossa proposta para a questão. Trata-se da questão referente ao prazo prescricional, especialmente da questão de seu prazo inicial, do direito de redirecionar a execução fiscal em face dos administradores, na qualidade de responsáveis tributários, quando ocorrer o encerramento irregular das atividades da empresa, o que comumente se verifica pela não localização da empresa devedora nos autos da execução fiscal.

Delimitamos, então, o objeto deste trabalho, que é a prescrição do direito de redirecionar a execução fiscal na pessoa dos administradores e seu prazo inicial, caso haja o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica. Para

1 Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP
Procurador do Estado de São Paulo

isso, consequentemente pressupomos que existe a responsabilidade dos administradores nesse caso, bem como que é possível o redirecionamento da execução fiscal. Portanto, partimos das premissas de que, verificando-se o fato jurídico da responsabilidade dos administradores, que é o encerramento irregular das atividades, é possível prosseguir a execução fiscal em face de suas pessoas, por meio da inclusão no polo passivo da execução. Nosso objetivo é, portanto, analisar o direito positivo vigente e apresentar uma proposição científica sobre esse tema.

## 2. Conceitos básicos

Antes de iniciar o estudo do objeto conforme aqui proposto, importante definirmos alguns conceitos básicos sem os quais a presente investigação não poderia chegar a resultados dignos de cientificidade. São conceitos referentes ao objeto do nosso estudo e ao seu contexto existencial: o ser humano, o conhecimento e o direito como objeto de conhecimento.

### 2.1 O ser humano e o conhecimento

A forma como se conhece a realidade, como se compreende o mundo a nosso redor, é e sempre foi objeto da maior atenção dos filósofos e cientistas em todos os tempos.

O ato de conhecer foi primeiramente concebido como ato de organizar e compreender internamente o mundo exterior, por meio do contato com a realidade objetiva, única e verdadeira, externa ao ser humano. Tal ato de conhecimento seria praticado por meio dos sentidos, que teriam contato com os dados brutos da realidade, e por meio do intelecto (que seria a capacidade humana de sentir, perceber e organizar o mundo à sua volta, de forma interna) os organizaria de forma compreensível para a mente humana.

Havia, portanto, uma dualidade entre sujeito e realidade. A realidade seria uma existência única externa, e o ato de conhecimento teria por objetivo captar essa realidade. A verdade de um conceito seria estabelecida pela sua correspondência com o objeto exterior. Verdade seria a correspondência do exterior com o conceito elaborado pelo sujeito cognoscente.

O ato de conhecimento teria como meio de expressão a linguagem, que seria a via, o caminho pelo qual o ser humano poderia compreender e transmitir a realidade, realidade exterior a ele.

Vê-se que, para essa visão filosófica, somente haveria verdade, isto é, somente um conhecimento seria verdadeiro, quando correspondesse ao objeto sobre o qual recaiu o ato de conhecimento. E, nesse contexto, a linguagem seria apenas um meio para expressar o conhecimento do objeto.

Tal teoria científico-filosófica, apesar de respeitável, a nosso ver não resolveu o problema do conhecimento humano de forma satisfatória. A ideia de uma ver-

dade única, externa, que estaria fora do ser humano, aguardando ser captada, e passível de ser captada por todos os seres da mesma forma, mostrou-se insatisfatória diante da prática da existência humana.

Nesse contexto, ocorreu o chamado "giro linguístico", uma verdadeira mudança de conceitos filosóficos sobre a verdade e o conhecimento. A partir dessa nova perspectiva, desmantelou-se o conceito de verdade absoluta, e atribuiu-se novo significado ao papel da linguagem no contexto do conhecimento, não mais como mero meio de acesso ao objeto, mas como mecanismo de construção de todo o ato de conhecimento, inclusive do objeto em si. Paulo de Barros Carvalho bem esclareceu a questão[2]:

> Pondere-se: ultrapassar o modelo que trabalha com a "verdade absoluta", no âmbito da linguagem empregada em função descritiva, não significa prescindir dos valores "verdadeiro/falso". Obviamente, quem transmite uma notícia, uma informação, o faz "em nome da verdade", sem o que não teria sentido a proposição expedida a título de mensagem. Tal reconhecimento, contudo, não tolhe as livres especulações de nossa mente a respeito do valor metafísico "verdade". Há, portanto, duas dimensões operativas: (I) uma, de caráter eminentemente lógico, que advém da necessidade imanente ao ser humano de lidar com a "verdade" e com a "falsidade" das proposições; e (II) outra, de índole ontológica, a concepção de "verdade" como valor filosófico.
>
> Com estes torneios, pretendo deixar claro que a superação dos métodos científicos tradicionais pelo movimento "giro linguístico" deixou de encontrar-se tão só no degrau do valor da "verdade"; crava, da mesma forma, uma nova postura cognosciva perante o que se entende por "sujeito", por "objeto" e pelo próprio " conhecimento". Levando-se em conta essas injunções para delinear os traços do movimento, após o "giro linguístico", passou-se a exigir o próprio conhecer da linguagem, condição primeira para a apreensão do objeto. Eis o resultado dessa transposição de sistemas referenciais.

Essa nova visão sobre a existência humana e sobre o ato de conhecimento estabeleceu como premissas a inexistência de uma realidade exterior única captável por todos os seres humanos, mas a linguagem como a própria realidade; não mais um meio de acesso a ela. As premissas dessa teoria filosófica são impressionantes: o ser humano somente se compreende (subjetivamente e intersubjetivamente) por meio da linguagem. Os sentidos não são nada sem a linguagem, que cria uma realidade para o ser cognoscente. O ato de olhar para uma cadeira e concluir que se trata de uma cadeira é um ato de linguagem. O sentido da visão capta uma imagem que é entendida pelo intelecto humano por meio de sua linguagem. O próprio pensar é linguagem, uma linguagem que cria pensamentos e sentimentos subjetivos, que, primordialmente, fazem perceber, antes de tudo, que o ser existe. É a celebre frase de Descartes: *cogito ergo sum*.

---

2 *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 161.

Essa função da linguagem em relação à existência é muito bem explanada por Fabiana Del Padre Tomé[3]:

> Tomados o conhecimento e seu objeto como construções intelectuais, sua existência dá-se pela linguagem: metalinguagem o primeiro; linguagem-objeto o segundo. Só há realidade onde atua a linguagem, assim como somente é possível conhecer o real mediante enunciados linguísticos. Quaisquer porções do nosso meio-envolvente que não sejam formadas especificamente pela linguagem permanecerão no campo das meras sensações, e, se não forem objetivadas no âmbito das interações sociais, acabarão por dissolver-se no fluxo temporal da consciência, não caracterizando o conhecimento, na sua forma plena.

Portanto, a linguagem, sob essa nova visão, não é mais mero elemento na busca por uma realidade exterior, mas a criação da própria realidade, a partir do contato do ser com a existência.

Tal visão da realidade é acalentadora, pois traz como cerne a diversidade. A diversidade de realidades: cada sujeito terá sua realidade, construída pelo seu ser. Sob essa visão, não mais falaremos em verdades absolutas, muitas vezes opressoras, mas sim em tolerância pelas diferentes visões da realidade, nossas e alheias. Interessante a colocação de Dardo Scavino, quando relaciona a defesa da "verdade única", intolerante, idealizada, com regimes totalitários e opressores[4]. A visão da realidade como linguagem foi, certamente, uma revolução em termos de paradigmas científicos.

Uma crítica que se fez a essa teoria foi que afirmar a inexistência de uma verdade externa ao ser e idêntica a todos os seres humanos equivaleria a uma negação de qualquer realidade externa, uma afirmação de que não haveria nada além do próprio ser. Cremos que tal crítica não se sustenta. A Filosofia da Linguagem, a nosso ver, não professa a inexistência de uma realidade externa, mas sim que toda e qualquer percepção do ser humano somente se compreende por meio de linguagem. Para essa filosofia, existe, sim, uma realidade externa, mas apreendida única e exclusivamente pela linguagem do ser humano, extremamente limitada para produzir categóricas afirmações a respeito do que deve ser a verdade absoluta.

Parece-nos apropriada a seguinte colocação de Vilém Flusser, a respeito da questão da verdade absoluta[5]:

> [...] As palavras observam uma ordem hierárquica, que varia de língua para língua. As frases, ou pensamento, são organizações de palavras obedecendo a regras que, no caso do português, são aproximadamente lógicas. A verdade é uma correspondência entre frases ou pensamentos, resultado das regras da língua. A verdade absoluta, essa correspondência entre língua e o "algo" que ela significa, é tão inarticulável quanto esse algo.

---

3 *A Prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 3.

4 *La filosofia actual*. 4. ed. 1999, pp. 14-17.

5 *Língua e realidade*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 46.

Outra questão interessante que chama à meditação e que já foi utilizada como crítica à visão da realidade como linguagem, construída pelo ser, é o porquê de, se cada ser pode livremente construir a sua realidade, haver realidades tão semelhantes umas das outras, originadas de seres aparentemente tão diferentes; o porquê de haver um consenso em relação a determinadas realidades que não parecem subjetivas, mas externas. Cremos que, para tirar uma conclusão a respeito dessa questão, devem ser analisadas as noções de texto e contexto e sua influência no ato de formar conceitos, de construir a realidade, o que faremos a seguir, utilizando o contexto do direito e a construção da realidade jurídica, que é linguagem também.

## 2.2 O direito

O primeiro conceito que devemos construir, tratando-se de uma investigação no campo do direito, é o do próprio direito. O que é o direito? O que consideraremos como direito na presente investigação? Essas perguntas deverão ser respondidas com clareza, para que o presente trabalho possa se desenvolver com coerência.

O direito é linguagem. Somente se cria e se compreende direito por meio da linguagem. Aurora Tomazini de Carvalho bem sintetiza essa característica linguística do direito, quando afirma que "Da mensagem legislada, o que temos acesso é um aglomerado de palavras estruturadas em frases (artigos, incisos, parágrafos) que tem o condão de serem significativas. Nossa função, como juristas, é atribuir sentido, a tais estruturas científicas, a fim de compreender a mensagem transmitida pelo legislador"[6].

Dentro dessa perspectiva de direito como linguagem, fica visível a distinção entre as duas diferentes linguagens dos dois ramos do direito: a Ciência do Direito e o direito positivo. O primeiro é o ramo do conhecimento científico que objetiva analisar o direito positivo e descrevê-lo, por meio de proposições. É uma ciência descritiva, sujeita aos critérios da lógica alética, da veracidade e falsidade das proposições. O segundo ramo, objeto de estudo do primeiro, é o conjunto composto pela totalidade das normas jurídicas válidas em determinado território. O direito positivo, sendo composto de normas, que são entidades que determinam condutas, pertence ao campo da lógica deôntica, composta por critérios de validade e invalidade.

Tendo-se afirmado que o direito positivo é composto de normas, esse conceito deve ser elaborado.

## 2.3 A norma

Afirmamos que o direito é composto de normas jurídicas. Norma é a menor unidade semântica que possibilite determinar uma conduta humana (ação ou omissão). É o menor conteúdo de linguagem apto a determinar a um ser humano que

6 *Regras para fixação do critério temporal das normas de decadência e prescrição no direito tributário* in *Decadência e prescrição no direito tributário*, São Paulo: MP Editora, 2007, p. 39.

faça ou deixe de fazer alguma coisa. Dentro do direito, essa norma, denominada norma jurídica, de acordo com sua estrutura lógica, sempre preverá em seu antecedente um fato de possível ocorrência no mundo social, que, uma vez ocorrido, implicará, por meio de seu consequente, determinada relação jurídica entre dois sujeitos. A estrutura da norma jurídica será, portanto, de antecedente e consequente.

Tratando o direito como realidade que objetiva regular as condutas dos indivíduos em sociedade, a norma do direito, a norma jurídica, somente possuirá coerência lógica se for apta a determinar condutas que devam ou possam ser praticadas, ou que não devam ser praticadas (por meio de seus três modais deônticos: obrigatório, permitido e proibido, únicos existentes, em decorrência da lei do quarto excluído), por determinado sujeito identificável. A norma jurídica será, portanto, a determinação de conduta imposta pelo Estado. Essas normas, porém, não se confundem com os textos jurídicos, enunciados prescritivos do direito. A norma é configuração mental construída pelo ser, ao tomar contato com os textos prescritivos jurídicos. A construção de seu sentido se dará por meio da interpretação. Ao interpretar os enunciados prescritivos do direito positivo, o intérprete construirá as normas jurídicas.

Nesse ponto, oportuna a lição de Paulo de Barros Carvalho[7]:

> A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos do direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. Vejo os símbolos linguísticos marcados no papel, bem como ouço a mensagem sonora que me é dirigida pelo emissor da ordem. Esse ato de apreensão sensorial propicia outro, no qual associo ideias ou noções para formar um juízo, que se apresenta, finalmente, como proposição.

Esse processo de criação do direito será composto, segundo Paulo de Barros Carvalho[8], cuja visão adotamos, por sucessivas etapas intelectuais, nas quais o intérprete primeiramente tomará contato com o aglomerado de palavras que é o texto jurídico, formando o denominado plano da expressão (*S1*). Após, construirá o sentido dos conceitos desses textos, suas significações, de forma não deonticamente estruturada (*S2*). Na etapa seguinte, criará a norma jurídica, mediante a estruturação dessas proposições na forma implicacional, o que significa que entre dois enunciados pode ser lícito colocar um operador de implicação, como no exemplo "se houver operação de circulação de mercadoria, deve ser recolhido o ICMS" (*S3*). Nesse momento, já surgiram as normas jurídicas, mas é necessário proceder-se a uma sistematização entre todas as normas do sistema, organizando-as em relações de coordenação e subordinação (*S4*), para, somente nesse ponto, chegar-se ao sentido da norma jurídica dentro do sistema.

Ao passar pelos quatro planos da construção do sentido jurídico, o intérprete, que busca construir o sentido do texto jurídico, encontra-se imerso em um contex-

7 *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18.

8 *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 182.

to, composto de outros textos, jurídicos e extrajurídicos. Esses textos influenciam a formação das significações dos textos nos quatro planos, e serão a causa das diferentes construções: cada intérprete construíra o sentido de sua norma jurídica com base em seu contexto, com base em sua cultura e em seu conjunto de valores. Esse contexto é formado por infinitos textos, quer jurídicos, quer não, motivo pelo qual Paulo de Barros Carvalho afirmou que a interpretação é intertextual e inesgotável[9].

Veja-se o seguinte exemplo, extraído de recente julgamento realizado na mais alta corte de justiça do País.

Na mente de um ministro, dos enunciados prescritivos analisados, construiu-se uma norma que permite que seja realizado um aborto em caso de anencefalia. Na mente de outro, reconhecidamente tão culto, estudado e conhecedor do direito como o primeiro, tal sentido não foi criado, mas seu contrário. Ambos os ministros analisaram o mesmo objeto, os mesmos enunciados prescritivos; partiram, portanto, do mesmo texto, mas chegaram a conclusões contrárias. O que gerou a diferença de conclusões foi o contexto pessoal de cada intérprete: em cada contexto criou-se um sentido diferente. Contextos diferentes geram construções diferentes; contextos semelhantes, construções semelhantes.

E esse contexto, esse conjunto de valores culturais, espirituais, sociais, antropológicos, jurídicos e todos os demais possíveis e imagináveis que componham o meio do intérprete é que ditarão o sentido da norma a ser criada. A única objetividade, o único dado comum ao qual se pode referir é o texto jurídico, que será, a princípio, o mesmo para todos. Aurora Tomazini de Carvalho bem esclarece a questão, observando a ausência de padrões significativos na construção do direito, no seguinte excerto[10]:

> Podemos dizer que os limites construtivos da mensagem jurídica são: (I) o plano de expressão dos textos jurídicos; (II) os horizontes culturais do intérprete; e (III) todo contexto que os envolve. Isto causa um desconforto em muitos juristas, porque não há um padrão significativo para a construção normativa. Todas as palavras, expressões e frases presentes no texto produzido pelo legislador podem dar ensejo a inúmeras significações. Mas, o fato é que o direito é assim. Não existe um limite objetivo para a interpretação, como pressupõe a teoria tradicional. A objetividade do direito está no seu suporte físico, que é aberto. A comunicação jurídica (entre legislador e intérpretes) se estabelece por ambos vivenciarem a mesma língua, a mesma cultura, por estarem inseridos no mesmo contexto histórico. É por isso que, para HEIDEGGER, a referência objetiva do diálogo, que guia o processo de entendimento mútuo, deve sempre se dar no solo de um consenso prévio, produzido por tradições comuns. As significações jurídicas, assim, aproximam-se tendo em conta o mesmo contexto histórico-cultural, mas se afastam na medida em que se consideram as associações valorativas ideológicas que informam os horizontes culturais de cada intérprete.

9 *Direito tributário, linguagem e método.* 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, pp. 194-198.

10 *Sobre a interpretação e a aplicação do direito*. Texto inédito.

Observe-se que tanto o cientista do direito quanto o aplicador do direito (o juiz, por exemplo) criam a sua norma jurídica. Porém, apenas a norma criada pelo segundo poderá ser tida como pertencente ao sistema do direito positivo, e, portanto, como norma válida ou inválida.

Esse aplicador do direito será um agente credenciado pelo sistema jurídico como apto a inserir novas normas nesse sistema. Essa aptidão será conferida por outra norma de hierarquia superior. Isso nos leva à questão da validade das normas.

## 2.4 A validade das normas

As normas jurídicas, como categorias da lógica do comportamento, da lógica deôntica, possuem a característica da *validade*: serão válidas ou não em relação a determinado sistema, obrigando a seu cumprimento dentro desse. Importante observar que a validade não é atributo da norma em si, mas relação dela para com o sistema. A norma não vale por si só, ela vale em relação a determinado sistema, de acordo com os critérios de pertinencialidade impostos pelo próprio sistema, que, no modelo Kelseniano, é o de ser produzida por órgão credenciado pelo sistema e na conformidade com o procedimento também previsto pelo sistema, como bem afirma Paulo de Barros Carvalho[11]. Tárek Moysés Moussallem chamou este aspecto da validade de validade sintática[12]. Afirmou também que deve ser considerado o aspecto da validade semântica das normas jurídicas, que consiste em seu conteúdo relacionar-se com fatos que possuam o mínimo de relação com a conduta humana. Caso contrário, serão desprovidos de valor deôntico[13].

Portanto, se a norma for válida em relação a um determinado sistema, deverá ser aplicada, esperando-se os efeitos previstos em seu consequente; se não, não o será. Não haveria sentido em se falar em valor de verdade e falsidade para normas jurídicas, dentro do sistema do direito positivo.

Assim colocando a questão, temos que o direito positivo é composto pela totalidade das construções de sentido criadas a partir dos enunciados prescritivos inseridos validamente no sistema jurídico, e cujo conteúdo material possua relação com a conduta humana.

## 2.5 A vigência

Adotaremos no presente trabalho o conceito de vigência de Tárek Moysés Moussallem, o qual transcrevemos[14]:

11 *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 49-52.

12 *Fontes do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, pp 171-172.

13 Op. Cit., pp. 172-174.

14 *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, pp. 143-144.

> O conceito de vigência (que alguns chamam de validade normativa) nada mais é do que uma consequência da função criadora exercida pela linguagem normativa para determinar o tempo e o espaço em que uma norma jurídica (em sentido amplo) terá força para regulamentar condutas. Na esteira do pensamento de GARCÍA MÁYNEZ, "o termo vigência designa o atributo das regras de conduta que em certo lugar e em certa época o poder público considera obrigatórias (sejam ou não cumpridas ou aplicadas)".

*Vigência* é, portanto, um pré-requisito para que as normas jurídicas válidas possam ser aplicadas. Uma norma validada, mas ainda não vigente, não pode obrigar a conduta. Para construir as normas jurídicas referentes ao objeto de nosso estudo, o que faremos adiante, devemos considerar apenas os enunciados prescritivos válidos e vigentes dentro do direito positivo.

## 2.6 Aplicação do direito

Cremos importante, para encerrar a análise dos conceitos básicos que constituem as premissas deste trabalho, uma explicação sobre o conceito de aplicação do direito, sem o qual fica comprometido o entendimento da incidência jurídica.

Não seguimos a linha de pensamento que concebe que a incidência da norma jurídica é automática e infalível, decorrente da mera ocorrência do fato previsto no antecedente da norma. Seguimos a linha que concebe que o direito precisa ser aplicado, por meio de um processo de concretização, e que a incidência ocorre simultaneamente a essa aplicação.

Disse-se que dos textos do direito positivo se constrói a norma jurídica. No caso, será a norma geral e abstrata, conforme a estrutura já anteriormente descrita, de antecedente e consequente. Essa norma prevê hipoteticamente um evento de possível ocorrência na vida social como desencadeador de determinada relação jurídica entre dois sujeitos determináveis. Essa previsão, como não poderia deixar de ser, não se aplica por si só. Requer-se um agente competente para aplicar a norma ao caso, determinando que seja cumprida a prestação jurídica devida pelo sujeito passivo ao sujeito ativo, no caso concreto, em decorrência da ocorrência de determinado fato que se amolda à previsão geral e abstrata da norma jurídica. É necessário se produza uma norma individual e concreta, saindo da previsão hipotética para a indicação efetiva de certo fato determinado, ocorrido em determinado tempo e espaço, como fato implicacional de uma determinada relação jurídica entre dois sujeitos determinados. Trata-se, portanto, de um trajeto da previsão geral e abstrata para o caso concreto.

Em uma ação judicial, o juiz é o agente que expede a norma individual e concreta, por meio de uma sentença, determinando que aquela obrigação genérica de ressarcir o dano se aplica ao caso dos autos, ficando o Sr. X obrigado a reparar o dano causado ao Sr. Y, por meio da entrega da quantia R, em decorrência do dano Z, de efetiva ocorrência em um determinado tempo e lugar.

Assim, a aplicação do direito é uma jornada de concretização do direito.

## 3. O objeto da presente investigação

Estabelecidos os conceitos básicos do presente trabalho, passamos a analisar o objeto proposto: a prescrição do redirecionamento da execução fiscal em face dos administradores, na qualidade de responsáveis tributários, no caso de encerramento irregular das atividades, definindo o prazo prescricional e seu termo inicial.

Como já mencionado, vamos pressupor que essa responsabilidade existe no caso de encerramento e que é possível o redirecionamento da execução. Tomando esses pressupostos, pretendemos, partindo da Constituição e do Código Tributário Nacional, elaborar uma conclusão coerente. Para tanto, cremos necessário construir a norma da responsabilidade dos administradores, a norma da responsabilidade pelo encerramento irregular das atividades, e a norma da prescrição da responsabilidade dos administradores, aplicando-a, por fim, ao caso ora em exame: a prescrição da responsabilidade tributária dos administradores pelo encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica.

### 3.1 A norma da responsabilidade dos administradores

O primeiro passo é construir a norma da responsabilidade dos administradores. E para tanto, importante apresentar os conceitos básicos da responsabilidade tributária.

Quanto à sua natureza jurídica, adotamos a visão de que se trata de norma de caráter sancionatório, e não propriamente de obrigação tributária, conforme bem esclarecido por Paulo de Barros Carvalho[15]. Ainda, outro aspecto importante a observar é que a responsabilidade tributária possui três espécies: responsabilidade dos sucessores, responsabilidade de terceiros e responsabilidade por infração. O caso em estudo enquadra-se na terceira.

Colocados esses conceitos, passamos à construção da norma da responsabilidade dos administradores, que será construída com base nos enunciados prescritivos do artigo 135, *caput* e III, do Código Tributário Nacional, que estão assim redigidas:

> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
>
> [...]
>
> III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Em termos de responsabilidade por infrações dos administradores, vamos considerar que sua norma jurídica prevê, no antecedente, a ocorrência de um fato que consiste na prática de uma infração à lei ou a estatuto ou contrato social, que acarrete na impossibilidade de recebimento de tributo devido, e que,

15 *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, pp. 568.

no consequente, prevê a instauração de uma relação jurídica entre o credor do tributo cujo recebimento se impossibilitou, como sujeito ativo, e o praticante do ato infracional como sujeito passivo, que é obrigado a recolher o tributo cujo recebimento frustrou.

Temos, também, que a obrigação do responsável por infração é autônoma, decorrente de norma autônoma em relação à norma da obrigação do contribuinte, motivo pelo qual assim deve ser tratada, inclusive no que se refere ao prazo prescricional e seu termo inicial. Não negamos a relação entre as obrigações do contribuinte e do responsável, que podem se influenciar mutuamente, como no caso da interrupção da prescrição, que, operada em desfavor do contribuinte, prejudica também o responsável, nos termos das normas dos artigos 124, I, e 125, III, do Código Tributário Nacional. São, no entanto, obrigações autônomas.

## 3.2 A norma da responsabilidade pelo encerramento irregular das atividades

Para o presente caso, temos, então, que a norma jurídica da responsabilização dos administradores pelo encerramento irregular das atividades possui, em seu antecedente, a previsão de um fato consistente em ter a pessoa jurídica encerrado irregularmente suas atividades; não tendo encerrado as atividades por uma das formas legalmente previstas (falência, distrato social e liquidação, etc.), configura-se o fato jurídico previsto. No consequente, a norma implica uma relação jurídica que prevê a obrigação do administrador de saldar o valor devido pelo contribuinte, de forma solidária.

## 3.3 A norma da prescrição em relação à responsabilidade dos administradores

A prescrição tributária, se possui certa autonomia didática, não possui de forma alguma autonomia em relação à prescrição, considerada como instituto aplicável a todo o direito. Os sobreprincípios que orientam a prescrição em geral, como o da segurança jurídica, aplicam-se à prescrição tributária da mesma forma que à prescrição em geral. Haverá diferenciação apenas em relação aos aspectos infraconstitucionais da prescrição tributária, pois, como regra geral, a prescrição no direito é tratada por meio de lei ordinária, enquanto que, por previsão constitucional, as normas específicas da prescrição tributária devem ser veiculadas por meio de lei complementar (artigo 146, III, "b" da Constituição da República).

No presente estudo, seguiremos o conceito de norma prescricional proposto por Paulo de Barros Carvalho, o qual transcrevemos[16]:

16 *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 205.

> De fora, parte o interesse que há no estudo das significações e toda magnitude de que o tema se reveste, tomemos logo "prescrição" como a perda do direito de ação pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. No direito tributário, o prazo para ingresso da ação de cobrança é de cinco anos, firmados a partir do momento em que a norma individual e concreta constituiu o fato (relatando o evento) e constituiu também a relação jurídica tributária (fato relacional). Eficaz essa regra, tem início a contagem do tempo, ainda que o legislador do Código Tributário Nacional utilize a frase "*... contados da data da sua constituição definitiva*" (crédito tributário).

Temos, então, que a prescrição é a norma jurídica que gera a extinção de determinado direito subjetivo cuja defesa judicial não foi exercitada em determinado período de tempo pelo seu titular.

Como já mencionado antes, consideraremos que a prescrição tributária é matéria de lei complementar, motivo pelo qual passaremos a analisar os enunciados prescritivos veiculados por meio de lei complementar – ou lei assim recepcionada pela Constituição da República de 1988, caso do Código Tributário Nacional –, a partir dos quais entendemos se possa construir uma norma jurídica referente à prescrição da responsabilidade dos administradores.

Partindo dessas premissas, identificamos o seguinte enunciado que cremos sirva de suporte fático para a construção da norma prescricional relativa à responsabilidade dos administradores, inserido no artigo 174 do CTN, que está assim redigido:

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

Desse enunciado prescritivo, é consenso que se constrói a norma da prescrição em relação ao contribuinte. Se assim é, e se a relação do responsável, ainda que autônoma e sem propriamente caráter tributário, está relacionada com o tributo devido pelo contribuinte, cremos que sua obrigação deve ser construída a partir desse enunciado, localizado no mesmo contexto. Por esse motivo, tomaremos esse enunciado como base para a construção da norma da prescrição da responsabilidade dos administradores. Construiremos o sentido de seus termos, aplicando-os à responsabilidade tributária dos administradores, e, mais especificamente, ao caso de encerramento irregular das atividades.

Quanto ao prazo prescricional, não parece haver maiores dificuldades: será de cinco anos. Quanto à menção "crédito tributário" do enunciado do artigo 174, conforme o conceito que adotamos para a responsabilidade tributária, concluímos que a responsabilidade por infração não é propriamente crédito tributário, mas obrigação autônoma a esse relacionado. No entanto, foi tratado dentro do contexto do crédito tributário pelo Código Tributário Nacional, pelo que cremos tratar-se de um caso de atecnia da legislação nacional, sendo mais aproriado falar-se em "crédito decorrente de responsabilidade tributária".

Cremos que a maior dificuldade semântica surge quando se verificam os vocábulos a partir dos quais se constrói o termo inicial da prescrição, do que trataremos adiante, já entrando no objeto do presente estudo.

### 3.3.1 A norma da prescrição no caso do encerramento irregular das atividades e seu termo inicial

A maior divergência surge quando se procura identificar o termo inicial da prescrição.

O artigo 174 menciona que o termo inicial da prescrição é a "data da constituição definitiva do crédito". Para o contribuinte, significa que apenas com a constituição definitiva do crédito, isto é, com a constatação do fato jurídico tributário e de sua consequência, por meio da linguagem competente, é que surge o direito do Estado de exigir o tributo, conjuntamente com a obrigação do contribuinte de recolhê-lo – e, portanto, o direito de ação, caso não seja voluntariamente satisfeita a prestação.

Essas noções não parecem aplicar-se ao responsável por infração, porque sua relação jurídica é autônoma em relação à do contribuinte, bem como porque, no caso de encerramento irregular das atividades durante a execução fiscal, o crédito tributário já se encontra definitivamente constituído anteriormente à ocorrência do fato da responsabilidade.

O termo inicial da prescrição em face do responsável será a data na qual for definitivamente constituído o fato jurídico que implica sua responsabilidade. No caso do encerramento irregular das atividades, o fato jurídico da responsabilização é exatamente a constatação dessa ocorrência do mundo social, por meio da linguagem das provas. Somente nesse momento é que se pode cogitar da responsabilização, e somente nesse momento é que surge para o Estado o direito de ação em face do responsável, caso não cumpra a prestação à qual está obrigado.

Cremos, portanto, ser coerente entender que, no caso em estudo, a expressão "da sua constituição definitiva" refere-se ao momento do surgimento do direito de ação, que é, no caso em estudo, o momento da constatação do fato "encerramento das atividades", por meio da linguagem competente para tanto, que, na execução fiscal, é a não localização da pessoa jurídica em seu endereço cadastral pelo oficial de justiça. Somente nesse momento surge a relação jurídica entre sujeito ativo e responsável, e, por consequência, o direito de exigir a prestação, caso não adimplida voluntariamente. Esse, então, o termo inicial da prescrição.

Posto isso, a norma jurídica da prescrição no caso em estudo fica assim constituída: ANTECEDENTE: não ter o sujeito ativo requerido o redirecionamento da execução fiscal para a pessoa dos administradores, exercendo assim seu direito de ação, no prazo de cinco anos, após ter sido constato o encerramento das atividades do devedor; CONSEQUENTE: extingue-se a responsabilidade dos administradores, não mais podendo ser a execução fiscal redirecionada em face dos mesmos. Observamos que o crédito tributário em si permanece inalterado, e em relação a ele permanece obrigada a devedora principal.

### 3.3.2 Análise da principal tese contrária

Estabelecemos nossa proposição quanto à prescrição da responsabilidade dos administradores, no caso de encerramento irregular das atividades, construindo a sua norma e indicando o termo inicial da fluência do prazo prescricional.

Há uma tese, muito difundida no meio jurídico, que diverge da tese aqui colocada em ponto substancial. Sob seu ponto de vista, o prazo prescricional da obrigação dos responsáveis pelo encerramento irregular das atividades seria também de cinco anos, aplicando-se norma de prescrição construída com base no enunciado prescritivo do artigo 174 do Código Tributário Nacional. Interessante notar, então, que essa tese parte dos mesmos enunciados prescritivos dos quais partimos.

A divergência surge ao se definir o termo inicial da fluência do prazo prescricional. Sob essa visão, o prazo prescricional em relação aos responsáveis flui conjuntamente com o prazo prescricional relativo ao devedor principal. Assim, distribuída a execução fiscal, interrompe-se a prescrição em face da devedora principal, pelo despacho do juiz que determina a citação. Essa interrupção aplicar-se-ia ao responsável também. Uma vez interrompida a prescrição, essa não mais fluiria em face da devedora principal, executada na ação de execução fiscal, mas recomeçaria a fluir imediatamente em face dos responsáveis que não fazem parte do polo passivo da execução fiscal. Assim, o redirecionamento em face dos administradores deveria ocorrer, necessariamente, dentro do período de cinco anos a partir da interrupção da prescrição pelo despacho que determina a citação da executada (se outra causa de interrupção da prescrição não ocorreu posteriormente). Não redirecionada a execução para a pessoa dos administradores dentro desse prazo, estaria prescrito o direito do sujeito ativo em face dos mesmos. Vamos chamar essa de proposta de "tese do reinício imediato".

A nosso ver, a tese do reinício imediato não pode ser considerara uma tese aplicável a qualquer caso de responsabilidade, indistintamente, e não é adequada para o caso em estudo.

Tratando-se de duas obrigações distintas, ainda que inter-relacionadas, temos que apenas acidentalmente pode ocorrer o reinício do prazo de prescrição em face dos responsáveis, após o despacho que determina a citação do devedor principal para a execução fiscal.

Permitimo-nos apresentar dois exemplos práticos, retirados da prática forense tributária, aplicando a eles a tese por nós apresentada e a tese do reinício imediato. Quer nos parecer que os resultados mais coerentes são obtidos por meio da aplicação da tese por nós sustentada.

No primeiro caso, a fiscalização da Secretaria da Fazenda dirigiu-se a determinado estabelecimento comercial, onde verificou que determinada pessoa jurídica deixou de recolher certa quantia de ICMS. Foi detectado o chamado "calçamento" ou "espelhamento" de notas fiscais, prática ilícita que consiste em informar valores menores do que o efetivamente objeto da operação tributável, nas vias dos documentos fiscais de permanência na empresa e encaminhamento ao fisco, gerando um recolhimento a menor do imposto devido, pela redução de

sua base de cálculo. Verificada a infração à lei, o agente fiscal de rendas lavrou auto de infração apenas em face da pessoa jurídica. Após o devido processo administrativo, não sendo liquidado o débito, ocorreu a inscrição do débito na dívida ativa. Promovida a execução, o juiz determinou a citação da pessoa jurídica, ato que interrompeu a prescrição em face da pessoa jurídica e dos responsáveis. Passados mais de cinco anos do despacho que determinou a citação (e sem ter ocorrido outra causa de suspensão ou interrupção da prescrição), a Fazenda requereu a inclusão dos administradores no polo passivo, sob o argumento de que esses praticaram ato infracional à lei (adulteração de notas fiscais). O magistrado indeferiu o pedido, reconhecendo a prescrição em relação aos administradores, determinando o prosseguimento apenas em face da pessoa jurídica.

Nesse caso, cremos correta a decisão, aplicando-se a tese do reinício imediato. Há coincidência (acidental) dos termos iniciais de prescrição, em decorrência de ter o fato jurídico previsto na norma da responsabilidade dos administradores sido constituído contemporaneamente ao fato jurídico tributário que desencadeou a obrigação da devedora principal. Portanto, constituído definitivamente o fato da responsabilidade dos administradores, pela sua constatação durante a fiscalização e sua formalização em linguagem competente, mediante a lavratura do auto de infração, o prazo prescricional em face dos administradores iniciou-se. Isso independentemente de ter sido lavrado o auto em face apenas da pessoa jurídica ou da pessoa jurídica e dos administradores.

Nesse caso, se a Fazenda manteve-se inerte em relação à propositura da ação em face dos responsáveis (no caso por meio do instituto processual do redirecionamento), a prescrição se consumou.

Consideremos, no entanto, um segundo caso. Uma pessoa jurídica contribuinte do ICMS declarou por meio de GIA um determinado valor a recolher, referente às operações realizadas em um determinado mês. Não tendo recolhido o tributo, o valor foi inscrito na dívida ativa, e a respectiva execução fiscal, ajuizada. O magistrado determinou a citação da executada. Após a citação, essa não ofereceu bens à penhora. Inúmeras diligências se seguiram, até lograr-se uma penhora que garantisse o juízo. Após a penhora, a devedora apresentou embargos, que foram processados e julgados improcedentes. Apresentou, então, apelação, que também foi processada, julgada e denegada. O devedor não mais recorreu, e o processo retornou ao juízo originário, momento em que a Fazenda requereu a constatação e reavaliação dos bens penhorados, objetivando o leilão dos mesmos. O oficial de justiça, então, constatou que a empresa encerrou suas atividades irregularmente, pois não mais existia, apesar de não constar sua dissolução perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo, ou ter sido sua falência decretada. Nesse momento, então, formalizou-se, na linguagem competente para o direito, a ocorrência de um fato jurídico descrito no antecedente de uma norma jurídica que prevê a responsabilização dos administradores pelo encerramento irregular das atividades da empresa. Surgiu, então, o direito de a Fazenda promover a execução fiscal em face desses administradores, motivo pelo qual imediatamente

requereu a inclusão dos mesmos no polo passivo da execução fiscal e sua citação em nome próprio. O magistrado, no entanto, indeferiu o pedido, fundamentado que, do despacho que determinou a citação da pessoa jurídica, até o momento do requerimento, transcorreram mais de cinco anos, tendo ocorrido a prescrição da responsabilidade. Determinou, então, o prosseguimento da execução apenas em face da pessoa jurídica.

Nesse caso, cremos que a decisão aplicou a tese do reinício imediato incorretamente.

O fato jurídico desencadeador da relação jurídica que prevê a responsabilidade dos administradores pelo encerramento irregular das atividades ocorreu apenas quando da formalização do fato social do encerramento, na linguagem competente prevista pelo sistema do direito positivo. Até esse momento, não havia fato jurídico, e, por consequência, relação jurídica de responsabilidade. Sem relação jurídica obrigando certa pessoa ao cumprimento de determinada prestação, não há possibilidade de seu descumprimento, e, consequentemente, não há direito de ação a ser exercitado pelo sujeito ativo. E sem direito de ação, não pode haver prescrição. Seria efetivamente uma contradição em termos lógicos afirmar que se extinguiu o direito de ação, que pressupõe uma obrigação, antes mesmo de essa obrigação ter existido. Seria como afirmar que faleceu uma pessoa que não chegou a nascer.

Curioso observar que, se fosse requerido o redirecionamento da execução pelo encerramento irregular das atividades, antes de ser tal fato constituído na linguagem do direito, o magistrado certamente – e corretamente – indeferiria o pedido, pela ausência de relação jurídica, face à inocorrência do fato jurídico previsto na norma de responsabilidade. Se, então, após a construção do fato do encerramento para o direito, o magistrado afirmasse que a prescrição já transcorrera e que se consumou, antes da ocorrência do fato jurídico, então, em termos de lógica formal, há uma violação ao princípio da não contradição, pois se afirma que "A" deixou de existir, enquanto "A" sequer começou a existir, semelhante a afirmar que "A" é e não é ao mesmo tempo.

Parece-nos que melhor seria aplicar a tese defendida neste trabalho: quando da constituição do fato jurídico do encerramento irregular das atividades, inicia-se o prazo prescricional para o exercício do direito de ação em face dos administradores, o qual se esgota após cinco anos, caso não haja causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Em termos de sistema jurídico, da coerência do sistema em relação a suas premissas e aos valores sociais que visa defender e difundir, uma tese jurídica que gera a extinção de direitos ainda não surgidos, com fundamento na negligência de seu titular em defendê-los, agindo de forma contrária às leis da lógica, parece-nos muito danosa, geradora de insegurança jurídica, prejudicando a unidade sistêmica e o caráter científico do direito, abrindo um perigoso caminho para a manipulação do sistema, por meio de argumentos mais convenientes a determinados interesses específicos, do que efetivamente coerentes.

Ocorreria efetivamente uma destruição da consistência interior do conjunto, esfacelando o sistema, como bem afirmou Paulo de Barros Carvalho[17].

### 3.3.3 Da jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema

Importante no estudo do direito a análise da jurisprudência pátria. Não apenas em termos da pragmática jurídica, mas em termos de análise do argumento da verdade por consenso.

Em defesa da tese do reinício imediato, normalmente apresenta-se o forte argumento de que o c. Superior Tribunal de Justiça, a mais alta corte do País a decidir a questão até o presente momento, teria pacificado seu entendimento nesse sentido.

Analisamos alguns acórdãos que bem exprimem a jurisprudência à qual se faz referência, inclusive acórdãos recentes, como o REsp 1.026.369-PR, julgado em 04/11/2008, do qual foi relator o ministro Humberto Martins, disponível na página do tribunal na internet (*www.stj.gov.br*). Concluímos que em nenhum dos casos a questão ora em estudo foi tratada com a profundidade e especificidade necessária. Apenas aplicou-se uma tese geral, que não nos parece aplicável ao caso em espécie. Isso porque essa tese (tese do reinício imediato) foi aplicada majoritariamente a casos em que os responsáveis possuíam seus nomes inscritos na dívida ativa, e a casos em que a exequente permaneceu inerte, negligenciando o andamento dos autos por muitos e muitos anos. Casos como o do encerramento irregular das atividades aqui mencionado não foram muito discutidos na história do colendo tribunal.

Recentemente, no entanto, ao julgar o AgRg no REsp 1.062.571-RS, o c. Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua segunda turma, sinalizou que a prescrição contra os responsáveis, no caso do encerramento irregular das atividades, apenas se inicia quando consolidada a pretensão, em obediência ao princípio da *actio nata*. Esse julgamento ocorreu em 20/11/2008 e foi relatado pelo ministro Herman Benjamin, estando o acórdão pendente de publicação. Seu conteúdo foi, no entanto, publicado no respeitado Informativo de Jurisprudência dessa corte, de número 377, referente ao período de 17 a 21 de novembro de 2008, cujo conteúdo encontra-se disponível em sua página na internet, na seção de jurisprudência. O teor da publicação é o seguinte:

> EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO.
>
> O Tribunal de origem reconheceu, *in casu*, que a Fazenda Pública sempre promoveu o andamento do feito e que, somente após seis anos da citação da empresa, consolidou-se a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional. Assim, ainda que a citação dos administradores-gerentes tenha sido realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa, não houve prescrição, aplicando-se ao caso o princípio da *actio nata*. Precedentes citados:

17 *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

REsp 996.409-SC, DJ 11/3/2008, e REsp 844.914-SP, DJ 18/10/2007. AgRg no REsp 1.062.571-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/11/2008.

Cremos, portanto, que o c. Superior Tribunal de Justiça, por meio desse caso, vem a fixar a sua orientação específica relativa ao termo inicial da prescrição para o caso do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, e o faz no sentido da tese defendida neste trabalho.

## 4. Conclusão

Concluímos que o prazo de prescrição do direito de redirecionar a execução fiscal para a pessoa dos administradores responsáveis, quando do encerramento irregular das atividades, é de cinco anos, somente se iniciando com a constituição de seu fato jurídico na linguagem competente do direito, isto é, com a constatação, nos autos, do encerramento irregular das atividades, sendo inaplicável ao caso a tese que prevê a contagem desse prazo a partir do despacho que determinar a citação da pessoa jurídica para a execução fiscal.

## Referências


CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Regras para fixação do critério temporal das normas de decadência e prescrição no direito tributário* in *Decadência e prescrição no direito tributário*, São Paulo: MP Editora, 2007.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Sobre a interpretação e a aplicação do direito*, texto inédito.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*. 3. ed., São Paulo: Annablume, 2007.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

SCAVINO, Dardo. *La filosofia actual*. 4. ed. 1999.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.

**PROTOCOLO GSJDC Nº:** 270/2010 (23752-166536/2010)
**SOCIEDADE:** Richard Saigh Indústria e Comércio S.A
**ASSUNTO:** Reclamação feita pelo advogado Arnoldo Wald de que a Jucesp, em caso do seu interesse profissional, adotou práticas nocivas e ilegais ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

**PARECER CJ/JUCESP Nº 175/2010**

**1.** Vistos.

**2.** Chega ao conhecimento do senhor presidente da Jucesp carta do Dr. Arnoldo Wald na qual este ilustre causídico solicita a intervenção do senhor secretário da Justiça e da Defesa da Cidadania para que, dentro da esfera de competência dessa autoridade, sejam coibidas práticas que vêm sendo adotadas por este órgão nocivas ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

**3.** O senhor chefe de gabinete da Pasta, por ofício, dirigiu a missiva ao senhor presidente da Jucesp porque a matéria não se engloba na esfera de competência da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

**4.** Recepcionado o ofício e conhecido o teor da reclamação, solicita o senhor presidente da Jucesp, por primeiro, a manifestação desta unidade da Procuradoria Geral do Estado.

**5.** Estes os fatos, passamos à manifestação solicitada.

**6.** O missivista, respeitado advogado e jurista, imputa a este órgão de registro a prática de ações prejudiciais à arbitragem no País só porque os interesses de um cliente dele foram frustrados pela posição jurídica adotada no caso.

**7.** O cliente do Dr. Arnoldo Wald, detentor de 50% das ações representativas do capital social da sociedade anônima Richard Saigh Indústria e Comércio S.A, defende a inserção de cláusula no estatuto (art. 30[1]) segundo a qual todos os li-

1 "RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS - Artigo 30 - Todos os litígios surgidos em relação às disposições deste Estatuto social serão dirimidos, de forma definitiva, segundo as Regras de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá vigentes à época do conflito. O Tribunal Arbitral será composto de 3 (três) árbitros nomeados de acordo com tais Regras. O procedimento de arbitragem será conduzido na cidade de São Caetano - SP. A língua da Arbitragem será o português e o direito material que rege as relações previstas no presente Estatuto Social é o direito brasileiro. Os acionistas desde já especificamente renunciam, de forma irrevogável e irretratável, a toda e qualquer espécie de recurso ou outra medida que porventura pudesse ser dirigida ao Poder Judiciário, relativa à validade da presente Cláusula Arbitral, ficando convencionado, ainda, que a decisão dos árbitros será final e irrecorrível, desde já renunciando ao eventual direito de recorrer ou, de qualquer forma, impugnar a referida decisão".

tígios decorrentes da relação jurídica societária passam a ser dirimidos, de forma definitiva, por arbitragem.

**8.** Na oportunidade, nos pronunciamos sobre a competência do Registro do Comércio para examinar matéria e embasamos a resposta afirmativa no artigo 97 da Lei de Sociedades Anônimas[1] e, no mérito, emitimos a opinião de que o consentimento é indispensável para que se possa, validamente, suprimir o conflito da apreciação da jurisdição estatal e submetê-lo à jurisdição convencional, pois, em princípio, o compromisso em adotar a chamada jurisdição convencional para a solução de controvérsias é uma opção, uma escolha do indivíduo: **um ato essencialmente voluntário**[3].

---

2 Art. 97. Cumpre ao registro do comércio examinar se as prescrições legais foram observadas na constituição da companhia, bem como se no estatuto existem cláusulas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Se o arquivamento for negado, por inobservância de prescrição ou exigência legal ou por irregularidade verificada na constituição da companhia, os primeiros administradores deverão convocar imediatamente a assembleia geral para sanar a falta ou irregularidade, ou autorizar as providências que se fizerem necessárias. A instalação e funcionamento da assembleia obedecerão ao disposto no artigo 87, devendo a deliberação ser tomada por acionistas que representem, no mínimo, metade do capital social. Se a falta for do estatuto, poderá ser sanada na mesma assembleia, a qual deliberará, ainda, sobre se a companhia deve promover a responsabilidade civil dos fundadores (artigo 92).

§ 2º Com a 2ª via da ata da assembleia e a prova de ter sido sanada a falta ou irregularidade, o registro do comércio procederá ao arquivamento dos atos constitutivos da companhia.

§ 3º A criação de sucursais, filiais ou agências, observado o disposto no estatuto, será arquivada no registro do comércio.

3 Segundo explica Diego Mattos Osegueda[3], "a autonomia da vontade como lei entre as partes terá no plano contratual e obrigacional papel fundamental na definição das normas que incidirão sobre determinado negócio jurídico, ultrapassando os limites da lei interna, se for o caso, com limites impostos apenas pela ordem pública. Sob esse aspecto da vontade das partes fundamenta-se a arbitragem em atribuir faculdade às partes envolvidas em conflitos, existentes ou potenciais, de subtrair da jurisdição ordinária a apreciação e o julgamento, buscando no foro privado a prestação jurisdicional. Dessa forma não poderão existir quaisquer incertezas sobre a intenção da parte em adentrar no juízo arbitral, sob pena de se macular a autonomia da vontade. Nesse sentido, destaca o Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence quando do julgamento da Sentença Estrangeira Contestada 6757-7 Reino Unido:

> "Em que pese não se exija, ao menos segundo a lei nacional, uma forma solene rígida para cláusula compromissória, é essencial que o ajuste, além de escrito, surja de uma comunhão de vontades. Admite-se, é certo, sua convenção mediante troca de correspondência, telegrama, *fac simile*, ou outro modo expresso qualquer, desde que, conforme assevera Carreira Alvim, "comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra" (grifo aditado)".

E quando a vontade do sócio, no que tange à adoção do juízo estatutário arbitral, diverge – como no presente caso – da vontade da pessoa jurídica, que é possuidora de existência legal distinta das pessoas que a formam, e que foi manifestada em legítimo processo deliberatório? Qual resolução deve prevalecer nesse terreno: a individual ou a social?[3]

O já citado doutor Diego Mattos Osegueda (ob. cit.) comenta que "há quem aponte a regra da maioria como uma necessidade fisiológica inerente à disciplina das sociedades por ações", mas, uma consideração de tal jaez contribui apenas para "ilustrar que válida e eficaz é a disposição arbitral no estatuto da sociedade quanto a sociedade em si quando regularmente aprovada em assembleia; porém, limitada estará sua eficácia quando esta envolver um interesse particular de um determinado acionista, em meio à pluralidade das relações societárias". Frente ao acionista que não aderiu expressamente à cláusula arbitral, para o autor em referência, não terá nenhuma eficácia, constituindo verdadeira exceção ao princípio da unicidade da assembleia.

**9.** Para nós – CONFORME MANIFESTADO ALHURES – a cláusula de previsão de arbitragem para a solução dos conflitos decorrentes do vínculo social não é uma cláusula direcionada aos interesses gerais da sociedade e sim às partes que a compõem.

**10.** A natureza personalíssima do pacto deflui do preceito do artigo 109 da Lei 6.404/76:

> Art. 109: Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista de:
>
> § 2° Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral.
>
> §3° - O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

**12.** O assunto foi submetido ao Poder Judiciário (mandado de segurança – processo n° 053.08.607775-1) e a sentença proferida pelo MM. juiz da 7ª Vara da Fazenda Pública considerou o nosso parecer PERFEITO E IRREPARÁVEL (fls. 12) e também declarou que AS INFORMAÇÕES PRESTADAS BEM ENFRENTARAM A QUESTÃO (fls. 11); e, ao contrário do que sustenta o missivista, a sentença considerou a atuação da Jucesp – em conclusão – legal.

A posição da Jucesp, como se vê, foi endossada por uma sentença judicial. E a não ser que o Dr. Arnoldo Wald também coloque em dúvida a idoneidade da sentença nada há para ser revisto.

Sendo assim, dado que a Jucesp não se houve, no episódio, nem em qualquer outro que tenhamos conhecimento, de maneira prejudicial à dinâmica da arbitragem, como foi asperamente posto, entendemos que a carta há de ser anexada ao expediente administrativo relativo ao caso.

São Paulo, 19 de março de 2010.

Nelson Lopes de Oliveira Ferreira Jr.
Procurador do Estado
De acordo:

ELIANA M. B. BERTACHINI
Procuradora do Estado
Chefe da Procuradoria da Jucesp

# Consultoria

**13) Vantagem pecuniária. Adicional de função.**

Integrantes da Polícia Civil e da Polícia Militar sujeitos ao Regime Especial de Trabalho Policial (RETP). Lei Estadual nº 10.291/68 e Lei Complementar Estadual nº 207/79. Fórmula de cálculo da vantagem definida no artigo 3º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 731/93. Condições específicas inerentes ao cargo. Não é gratificação, mas adicional de função. Precedente: Parecer PA nº 62/2009. Base de cálculo que leva em conta apenas o valor do respectivo padrão de vencimento. Incorreta a inclusão de outras vantagens para apuração do RETP. Divergência entre DDPE/Sefaz e o órgão de pessoal da PMESP que não encontra solução adequada na alteração legislativa proposta. Erro da Administração que deve ser analisado em cada caso concreto. Observância da Lei estadual nº 10.177/98. Dispensa de reposição de vencimentos sujeita a averiguação da boa-fé do servidor. Precedentes indicados, recentemente, no Parecer PA nº 32/2010. Prescrição dos valores recebidos a maior. Artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil. (Parecer PA n. 25/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 23.03.2011).

**14) Licença-Prêmio. Indenização.**

Período relativo a 05.04.77 a 04.04.79 e 08.05.79 a 06.05.82, averbado para gozo oportuno e não usufruído. Aplicação do artigo 2º das Disposições Transitórias do Decreto Estadual nº 25.013, de 16 de abril de 1986, mediante o preenchimento dos seguintes requisitos: I) o requerente deve ser funcionário público ou servidor da Administração Centralizada e Autarquias do Estado na data da publicação do decreto (16.04.1986) e manter essa condição até o preenchimento das condições para aposentadoria voluntária; II) os períodos de licença-prêmio devem estar averbados para gozo oportuno, não terem sido usufruídos para qualquer efeito e terem sido adquiridos até 31.12.1985; III) o requerimento deve ser formulado no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data em que completadas as condições necessárias à aposentadoria voluntária. Elementos que indicam o preenchimento dos requisitos, destituídos, porém, de caráter oficial. Necessidade de complementação da instrução com a juntada de certidão de liquidação de tempo de serviço para fins de aposentadoria. Proposta de deferimento de pleito se confirmadas as informações. (Parecer PA nº 195/2010 – Aprovada pelo Procurador Geral do Estado em 30.03.2011).

**15) Secretário de Estado. Agente público. Agente político. Cargo público. Administração indireta.**

Consulta formulada pelo secretário-chefe da Casa Civil. Viabilidade de secretário de Estado, detentor de mandato parlamentar, ser membro de conselho de administração ou ter assento em empresa paraestatal. Não incidência do disposto no artigo 54, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal. Possibilidade de secretário de Estado exercer, em regime de acumulação, cargo de professor em universidade pública estadual. Divergência de entendimento no âmbito do Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. (Parecer GPG/CONS nº 31/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 05.04.2011).

**16) Concurso público. Pessoa portadora de deficiência.**

Reserva de cargos e empregos públicos. Artigo 37, VIII, da Constituição Federal. Comando constitucional e regra geral, definida na Lei federal nº 7.853/89, observadas na edição da Lei Complementar Estadual nº 683/92. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Observância da normatização federal, em especial disposições do Decreto federal nº 3.298/99 dirigidas à administração federal e empresas de natureza privada. Inadequação da proposta de assinatura frente à autonomia administrativa do Estado federado em matéria de gestão de pessoal dos seus órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional (artigo 25, da Constituição Federal) e em razão da competência legislativa concorrente em matéria de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (artigo 24, inciso XIV, da Constituição Federal). Exigência de caráter geral de aprovação em concurso (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal) não pode ser afastada pela reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência. Estruturação específica do concurso público regido pelo Edital SPPrev nº 01/2009 discutida em demanda judicial ainda em trâmite. Prejudicada a análise do caso em particular. (Parecer PA nº 201/2010 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 15.04.2011).

**17) Fundação de direito privado instituída ou mantida pelo Poder Público.**

Personalidade privatística. Alienação de bem imóvel. Desnecessidade de autorização legislativa. Inaplicabilidade do art. 17, I da Lei 8.666/93. Violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da federação. (Parecer SubGCons n. 33/2011 – Aprovado pelo Procurador Geral do Estado em 20.04.2011).

# Contencioso Geral

**18) Ato Administrativo – Demissão** – Punição disciplinar após regular processo administrativo – Contraditório e ampla defesa assegurados – Vícios no procedimento não comprovados – Independência das esferas administrativa e penal – Discricionaridade da Administração exercida sem configuração de violação ao ordenamento jurídico – Recurso não provido. (Apelação n. 994.06.177084-7 - São Paulo – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Luís Francisco Aguilar Cortez – 22/02/2011 – 6196 – Unânime).

**19) Servidor Público Estadual – Vencimentos** – Quinquênio – Adicional por tempo de serviço – Incidência sobre a totalidade dos vencimentos, excluídas as vantagens de natureza eventual – Possibilidade – Embargos da Fazenda rejeitados. (Embargos Infringentes n. 994.09.263770-0/50003 – São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Angelo Malanga – 08/02/2011 – 3720 – Maioria de votos).

**20) Ação Civil Pública – Improbidade administrativa** – Desvio de dinheiro público mediante a simulação de compra e venda de peças para veículos, através de notas fiscais fraudulentas – Ressarcimento – Procedimento licitatório dispensado – Ausência, no entanto, das formalidades legais – Configuração – Mesmo quando legal a dispensa de licitação, é necessário procedimento formal para a aquisição de mercadorias ou serviços – Os artigos 14 e 15, incisos IV e V, da Lei n. 8666/93 e o artigo 70 da Constituição Federal não permitem qualquer compra pela Administração, ainda que de pequeno valor, sem a formação de procedimento que contenha, ao menos, pesquisa de preço – Improbidade configurada – Recurso ministerial parcialmente provido. (Apelação n. 994.06.112157-1 – Cunha – 10ª Câmara de Direito Público – Relator: Teresa Cristina Motta Ramos Marques – 07/02/2011 – 8094 – Unânime).

**21) Recurso – Agravo de instrumento** – Decisão judicial transitada em julgado – Pretendida rediscussão da causa – Descabimento – Coisa julgada material – Ocorrência – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 990.10.504471-9 – São Paulo – 2ª Câmara de Direito Público – Relator: Lineu Bonora Peinado – 15/03/2011 – 20682 – Unânime).

**22) Tutela Antecipada – Requisitos** – Servidor Público Estadual – Autarquia – USP – Procuradora Chefe – Cargo em comissão – Livre nomeação e exoneração – Insurgência contra o deferimento da antecipação para reintegrar a autora no cargo que ocupava – Acolhimento – Ausência de comprovação de admissão no cargo por meio de concurso de provas e títulos – Ausência de demonstração de qualquer matiz de estabilidade empregada ao cargo – Permanência no regime próprio dos servidores públicos não transforma seu cargo de comissão

em efetivo – Caso, ademais, em que os cargos de atribuições técnicas, como os de advogado, não podem mais ser providos de forma comissionada – Portaria GR n. 4.797, de 2.8.2010, da Reitoria – Ausência de prova que conduza à verossimilhança do direito alegado – Decisão concessiva da antecipação da tutela afastada – Recurso provido para este fim. (Agravo de Instrumento n. 0531899-13.2010.8.26.0000 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: Francisco Antonio Bianco Neto – 21/03/2011 – 1179 – Unânime).

**23) Tutela Antecipada – Requisitos – Concessão em face da Fazenda Pública** – Possibilidade – Vedação apenas nas demandas que versem sobre aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos – Inteligência do artigo 1º da Lei n. 9494/97 – Recolhimento e vacinação de cães e gatos errantes e implantação de programa permanente de castração de animais, de forma gratuita, para contenção do crescimento populacional – Incumbência do ente municipal – Fornecimento de ração aos animais sob custódia de particulares, a qualquer título, e custeio de transporte para esterilização que não podem ser carreados ao poder público – Exigência de taxa para aprovação do projeto de construção de canil e gatil – Possibilidade – Ausência de lei veiculadora de isenção – Exegese do artigo 176 do Código Tributário Nacional – "Astreintes" – Instrumento de coerção ao qual deve se sujeitar o Poder Público – Redução da multa – Razoabilidade e proporcionalidade – Recurso provido em parte. (Agravo de Instrumento n. 990.10.354899-0 – São Sebastião – 12ª Câmara de Direito Público – Relator: Osvaldo José de Oliveira – 30/03/2011 – 6696, 6701 e 7083 – Unânime).

**24) Complementação de precatório e citação da Fazenda Pública** – A 1ª Turma iniciou julgamento de agravo regimental interposto contra decisão do Min. Ricardo Lewandowski, que provera agravo de instrumento, do qual relator, para conhecer de recurso extraordinário e determinar a expedição de novo precatório derivado do reconhecimento, pelo tribunal de origem, de saldo remanescente de parcelas de acordo, com a conseguinte citação da Fazenda Pública. Sustenta a recorrente que o Estado-membro já havia sido citado quando da interposição dos embargos à execução, na forma do art. 730 do CPC. O relator negou provimento ao recurso. Destacou a necessidade de se realizar a citação do agravado para complementação de eventuais débitos decorrentes de decisões judiciais, porquanto seriam regidos exclusivamente pela sistemática do art. 100 e parágrafos da CF, sendo defesa a expedição de mero ofício complementar ao Poder Público para que promovesse o pagamento em prazo assinalado pelo juiz. Após, pediu vista o Min. Luiz Fux. AI 646081 AgR/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.4.2011. (AI-646081).

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

# Contencioso Tributário-Fiscal

**25) Execução Fiscal – Penhora** – Nomeação de apólice de seguro garantia judicial – Recusa da Fazenda – Admissibilidade – Execução que se faz no interesse do credor e não do devedor – Caução, ademais, não inserida na ordem legal prevista no artigo 9º, da Lei Federal n. 6830/80 – Rejeição mantida – Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 990.10.417354–0 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Thales Estanislau do Amaral Sobrinho – 07/02/2011 – 10827 – Unânime).

**26) Execução Fiscal – Valor inferior ao de alçada** (artigo 34 da Lei das Execuções Fiscais), de acordo com a atualização do IPCA–E – Remessa à origem para processamento dos Embargos Infringentes, se presentes os requisitos de admissibilidade – Apelo não conhecido. (Apelação n. 0012777–76.2009.8.26.0236 – Ibitinga – 15ª Câmara de Direito Público – Relator: Sérgio Godoy Rodrigues de Aguiar – 24/02/2011 – 16465 – Unânime).

**27) Execução Fiscal – Certidão da Dívida Ativa** – Alegação de nulidade – Descabimento – Atendimento dos pressupostos legais insertos nos artigos 202 do Código Tributário Nacional e 2º, § 5º da Lei n. 6830/30 – Presunção de liquidez e certeza não abalada – Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 990.10.126582–6 – São Bernardo do Campo – 15ª Câmara de Direito Público – Relator: Eutálio José Porto Oliveira – 24/02/2011 – 13439 – Unânime).

**28) Execução Fiscal – Cobrança do saldo devedor** – Contador judicial – Multa ambiental – Insurgência contra decisão que aprovou cálculo do contador judicial de apuração de saldo devedor pendente em execução fiscal de multa administrativa – Desacolhimento – Correção monetária e juros corretamente aplicados – Agravo de instrumento não provido. (Agravo de Instrumento n. 0030141–22.2011.8.26.0000 – Barra Bonita – Câmara Reservada ao Meio Ambiente – Relator: Antonio Celso Aguilar Cortez – 03/03/2011 – 1937 – Unânime).

**29) Execução Fiscal – Embargos à execução** – Garantia do juízo – Necessidade – Prevalência da norma especial (artigo 16, § 1º, da Lei Federal n. 6830/80) sobre a norma geral (artigo 736 do Código de Processo Civil) – Aplicação do princípio da especialidade – Embargos rejeitados liminarmente – Apelo do embargante improvido. (Apelação n. 0014514–27.2010.8.26.0577 – São José dos Campos – 18ª Câmara de Direito Público – Relator: Osvaldo Capraro – 17/03/2011 – 13380 – Unânime).

**30) Juros Moratórios – Termo inicial** – Monitoria – Contrato – Prestação de serviços – Fixação dos juros moratórios a partir do vencimento da

obrigação – Artigo 397 do Código Civil – Embargos monitórios improcedentes – Recurso desprovido. (Apelação n. 0002441–21.2009.8.26.0104 – Cafelândia – 6ª Câmara de Direito Público – Relator: Decio Leme de Campos Júnior – 28/03/2011 – 15623 – Unânime).

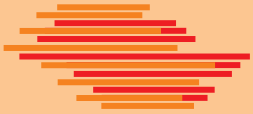
**31) Imunidade tributária: Art. 150, VI, d, da CF e peças sobressalentes** – A imunidade tributária conferida a livros, jornais e periódicos abrange todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição de veículos de comunicação. Com base nessa orientação, a 1ª Turma, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário no qual discutida a abrangência normativa da imunidade tributária do art. 150, VI, d, da CF ("Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... VI – instituir impostos sobre: ... d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão"). No caso, a União sustentava a exigibilidade do imposto sobre circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, do imposto sobre produto industrializado – IPI e do imposto de importação – II, no despacho aduaneiro de peças sobressalentes de equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão off set para jornais — v. Informativo 506. A Ministra Cármen Lúcia, ao desempatar a votação, ressaltou que o entendimento firmado asseguraria e homenagearia o princípio da liberdade de imprensa. Vencidos os Ministros Menezes Direito, relator, e Ricardo Lewandowski. RE 202149/RS, rel. orig. Ministro Menezes Direito, red. p/ o acórdão Ministro Marco Aurélio, 26.4.2011. (RE–202149).

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

editoração, ctp, impressão e acabamento

10 anos | Imprensa Oficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO